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

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

Actes et documents

de la Vingtième session
14 au 30 juin 2005

Proceedings

of the Twentieth Session
14 to 30 June 2005

Tome III

Élection de for
Choice of Court

Edités par le Bureau Permanent de la Conférence
Publiés par Intersentia/Anvers – Oxford – Portland/2010

Edited by the Permanent Bureau of the Conference
Published by Intersentia/Antwerp – Oxford – Portland/2010

ISBN 978-94-000-0053-7

Printed on acid-free paper.

© 2010 Hague Conference on Private International Law

Published by Intersentia
<www.intersentia.com>

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

Avis au lecteur

Le présent tome contient la quasi-totalité des documents et procès-verbaux des discussions de la Vingtième session de la Conférence de La Haye, consacrée à la Convention sur les accords d'élection de for, qui s'est déroulée du 14 au 30 juin 2005.

Cet ouvrage regroupe les seuls documents directement consacrés au texte final de la Convention sur les accords d'élection de for. Les documents consacrés à la première phase du projet dit « des jugements », avant la réorientation de 2002, sont publiés dans le tome II des *Actes et documents de la Vingtième session.*

Le présent tome regroupe les documents préliminaires et documents de travail, parmi lesquels le Rapport rédigé par Andrea Schulz matérialisant le changement d'orientation retenu à l'égard de la Convention et les premières étapes des nouvelles pistes de travail, ainsi que plusieurs rapports de réunion du Groupe de travail chargé de la question, accompagnés des avant-projets de convention successifs.

Les principaux documents de travail et procès-verbaux produits pour les réunions de la Commission spéciale de 2003 et 2004 figurent, à titre exceptionnel, dans le présent tome, accompagnés des conclusions auxquelles ont abouti les participants de ces deux réunions.

Suivent les documents de travail et les procès-verbaux de la Commission II chargée des travaux lors de la Session diplomatique de juin 2005. Enfin, le présent tome contient le texte définitif de la Convention adoptée, ainsi que son Rapport explicatif, rédigé par les Professeurs Trevor Hartley et Masato Dogauchi.

L'édition de ces *Actes et documents* a été assurée par Mmes Sarah Adam, Christelle Gavard et Mathilde Waszink-Prénas, sous la direction de Mme Céline Chateau. La qualité de la composition et de la typographie témoigne de leur expérience et minutie.

Le présent ouvrage peut être commandé auprès de la maison d'édition Intersentia ou par l'intermédiaire des librairies. Les publications proposées par la Conférence de La Haye de droit international privé peuvent être consultées sur le site Internet de la Conférence (<www.hcch.net>, sous la rubrique « Publications »). Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé peut être contacté à l'adresse suivante : Scheveningseweg 6, 2517 KT La Haye, Pays-Bas (télécopie : +31(70) 360 48 67, courriel : <secretariat@hcch.net>).

Le Secrétaire général de la Conférence,

J.H.A. VAN LOON

Le Président de la Vingtième session,

A.V.M. STRUYCKEN

Notice to the reader

This volume contains most of the relevant documents and minutes of the discussions of the Twentieth Session of the Hague Conference on Private International Law, dedicated to the Convention on Choice of Court Agreements, which took place from 14 to 30 June 2005.

This volume encompasses only the documents directly related to the final text of the Convention on Choice of Court Agreements. The documents concerning the initial phase of the so-called "Judgments Project", which took on a new direction in 2002, are published in Tome II of the *Proceedings of the Twentieth Session.*

This volume contains the preliminary documents and working documents, among which the Report drawn up by Andrea Schulz which contextualises the change in direction decided upon with regard to the Convention along with the initial stages of the new working routes, as well as a number of reports of the meetings of the Working Group charged with the question and the successive draft Convention texts.

The principal working documents and reports of the meetings of the Special Commission of 2003 and 2004 are also included, exceptionally, in this volume, accompanied by the conclusions reached by the participants in these two meetings.

There then follow the working documents and minutes of Commission II, the organ charged with this work during the Diplomatic Session in June 2005. In conclusion, this volume contains the final adopted text of the Convention, as well as its Explanatory Report drawn up by Professors Trevor Hartley and Masato Dogauchi.

Editing of the *Proceedings* has been carried out by Mmes Sarah Adam, Christelle Gavard, and Mathilde Waszink-Prénas, and co-ordinated by Ms Céline Chateau. The quality of the layout and the typescript bear witness to their professionalism and their attention to detail.

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

The Secretary General of the Conference,

J.H.A. VAN LOON

The President of the Twentieth Session,

A.V.M. STRUYCKEN

Vingtième session
Twentieth Session

Travaux préliminaires
Preliminary work

Liste des documents préliminaires[1, 2, 3]

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

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

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

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

Document de réflexion pour aider à la préparation d'une Convention sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (*Document préliminaire No 19 d'août 2002*), *infra*, p. 10.

Rapport de la Première réunion du Groupe de travail informel sur le projet des jugements – 22 au 25 octobre 2002 (*Document préliminaire No 20 de novembre 2002*), *infra*, p. 36.

Rapport de la Deuxième réunion du Groupe de travail informel sur le projet des jugements – 6 au 9 janvier 2003 (*Document préliminaire No 21 de janvier 2003*), *infra*, p. 54.

Rapport sur le travail du Groupe de travail informel sur le projet des jugements, notamment sur le texte préliminaire issu de sa Troisième réunion – 25 au 28 mars 2003 (*Document préliminaire No 22 de juin 2003*), *infra*, p. 76.

Mécanismes de renvoi des affaires au sein de systèmes fédéraux – Note de recherche (*Document préliminaire No 23 d'octobre 2003*), *infra*, p. 118.

La relation entre le projet sur les jugements et d'autres instruments internationaux (*Document préliminaire No 24 de décembre 2003*), *infra*, p. 148.

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

Avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for – Rapport explicatif *(Document préliminaire No 25 de mars 2004)*, *cf.* site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé, <www.hcch.net>.

Avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for – Rapport explicatif *(Document préliminaire No 26 de décembre 2004)*, *infra*, p. 166.

La relation entre le projet sur les jugements et certains instruments régionaux dans le cadre de la communauté d'États indépendants (*Document préliminaire No 27 d'avril 2005*), *infra*, p. 230.

Rapport sur la réunion du Comité de rédaction du 18 au 20 avril 2005 en préparation de la Vingtième session de juin 2005 (*Document préliminaire No 28 d'avril 2005*), *infra*, p. 272.

Observations relatives à l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for (*Document préliminaire No 29 de mai 2005*), *infra*, p. 298.

Note sur les formules pour la reconnaissance et l'exécution des jugements (*Document préliminaire No 30 de juin 2005*), *cf.* site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé, <www.hcch.net>.

Les instruments américains du droit international privé: une note sur leurs rapports avec une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for (*Document préliminaire No 31 de juin 2005*), *infra*, p. 318.

La future Convention sur les accords exclusifs d'élection de for et l'arbitrage. (*Document préliminaire No 32 de juin 2005*), *infra*, p. 348.

[1] La table des matières se trouve à la fin du présent tome.
[2] Tout au long du processus d'élaboration de la Convention Election de for, la Commission I sur les affaires générales et la politique de la Conférence a été informée de l'évolution des travaux pour se prononcer sur leur orientation. Ces rapports d'étape n'apportent pas d'élément nouveau par rapport aux documents préliminaires énumérés ici, mais peuvent être consultés dans le tome I, *Matières diverses*, des Actes et documents de cette Session.
[3] Certains documents figurant dans la liste des documents préliminaires au projet sur l'élection de for, mais ne présentant pas d'éléments essentiels à sa compréhension, ne sont pas reproduits ici mais peuvent être consultés sur le site Internet de la Conférence de La Haye (<www.hcch.net>).

Liste des documents préliminaires

List of preliminary documents[1, 2, 3]

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

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

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

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

Reflection Paper to Assist in the Preparation of a Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (*Preliminary Document No 19 of August 2002*), *infra*, p. 11.

Report on the First Meeting of the Informal Working Group on the Judgments Project – 22 to 25 October 2002 (*Preliminary Document No 20 of November 2002*), *infra*, p. 37.

Report on the Second Meeting of the Informal Working Group on the Judgments Project – 6 to 9 January 2003 (*Preliminary Document No 21 of January 2003*), *infra*, p. 55.

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

Mechanisms for the Transfer of Cases within Federal Systems – A Research Paper (*Preliminary Document No 23 of October 2003*), *infra*, p. 119.

The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments (*Preliminary Document No 24 of December 2003*), *infra*, p. 149.

The Hague project on judgments: progress made since the meeting of the Special Commission on general affairs and policy of the Conference of April 2004 (*Preliminary Document No 24 of December 2005*), *cf. Proceedings of the Twentieth Session,* Tome I, *Miscellaneous matters*.

Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements – Explanatory Report (*Preliminary Document No 25 of March 2004*), *cf.* website of the Hague Conference on Private International Law, <www.hcch.net>.

Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements – Explanatory Report (*Preliminary Document No 26 of December 2004*), *infra*, p. 167.

The Relationship between the Judgments Project and Certain Regional Instruments in the Arena of the Commonwealth of Independent States (*Preliminary Document No 27 of April 2005*), *infra*, p. 231.

Report on the Meeting of the Drafting Committee of 18 to 20 April 2005 in Preparation of the Twentieth Session of June 2005 (*Preliminary Document No 28 of April 2005*), *infra*, p. 273.

Comments on the Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements (*Preliminary Document No 29 of May 2005)*, *infra*, p. 298.

Note on Forms for the Recognition and Enforcement of a Foreign Judgment (*Preliminary Document No 30 of June 2005*), *cf.* website of the Hague Conference on Private International Law, <www.hcch.net>.

The American Instruments on Private International Law: A Paper on their Relation to a Future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements (*Preliminary Document No 31 of June 2005*), *infra*, p. 319.

The Future Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and Arbitration (*Preliminary Document No 32 of June 2005*), *infra*, p. 349.

[1] The table of contents appears at the end of this volume.

[2] Throughout the process of negotiation for the Choice of Court Convention, Commission I on General Affairs and Policy of the Conference was kept informed of the development of the work so as to be able to take the necessary decisions as to orientation. These intermediary reports do not provide any new information with regard to the preliminary documents mentioned here. They are, however, available for consultation in Tome I, *Miscellaneous matters*, of the Proceedings of this Session.

[3] A number of documents included in the list of preliminary documents for the Choice of Court project are not reproduced in this tome as they do not provide essential information with regard to comprehension of the project. These documents are, however, available for consultation on the Hague Conference website (<www.hcch.net>).

Document de réflexion pour aider à la préparation d'une Convention sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale

PRÉPARÉ PAR ANDREA SCHULZ
PREMIER SECRÉTAIRE

Document préliminaire No 19 d'août 2002

A. REMARQUES LIMINAIRES

I. Procédure

1 Du 22 au 24 avril 2002, la Commission I sur les affaires générales et la politique de la Dix-neuvième Session de la Conférence de La Haye s'est réunie à la Haye pour décider, entre autres, de l'orientation future des travaux de la Conférence pour une Convention universelle sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (le « Projet sur les jugements »).

2 À cet égard, la Commission a adopté les conclusions suivantes :

« La Commission I de la Dix-neuvième Session diplomatique, ayant repris ses travaux du 22 au 24 avril 2002 à La Haye afin de décider, en particulier, des négociations sur une convention mondiale sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale,

Considérant le « Résumé des résultats des discussions de la Commission II de la Première partie de la Conférence diplomatique du 6 au 20 juin 2001 », préparé par le Bureau Permanent et les co-rapporteurs (ci-après le texte provisoire),

Consciente des décisions prises lors de sa première réunion des 21 et 22 juin 2001,

Considérant l'état actuel des travaux de la Conférence sur les différents sujets de son ordre du jour,

1. Compétence et reconnaissance et exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale

La Commission réaffirme unanimement l'importance majeure qu'elle attache à l'harmonisation, sur un plan universel, des règles de compétence et reconnaissance et exécution des jugements en matière civile et commerciale. La Commission estime que les efforts menés pour trouver des solutions communes à ces questions dans le domaine du droit international privé devraient être poursuivis par la Conférence, car le besoin mondial de telles solutions communes ne fera qu'augmenter.

Avec l'aide d'un groupe de travail informel, le Bureau Permanent va faciliter et conduire un processus de travail informel en vue de préparer un texte à soumettre à une Commission spéciale au premier semestre 2003, suivie d'une Conférence diplomatique qui se tiendra, si possible, à la fin de l'année 2003. Le point de départ de ce processus informel sera le domaine central et les ajouts possibles identifiés par la Commission I.

(...) ».

3 En outre, il a été décidé de consacrer la deuxième partie de la Dix-neuvième Session diplomatique à l'adoption d'un projet de Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, en la tenant si possible avant la fin de l'année 2002, ce qui conclurait la Dix-neuvième Session. Une première partie de la Dix-neuvième Session diplomatique tenue en juin 2001 avait été consacrée au Projet sur les jugements. Cependant, en avril 2002, la Commission I a décidé que la Commission II, qui traitait de la préparation du Projet sur les jugements pendant la Dix-neuvième Session, ne devrait pas se réunir de nouveau pendant cette Session, et que la deuxième partie de la Session diplomatique ne serait pas consacrée au Projet sur les jugements. Les États membres souhaitaient passer à un processus intermédiaire informel, explorant de nouveaux moyens de négocier tout en réexaminant les règles de compétence à la fois du Projet de 1999 et du Texte provisoire de 2001 avant de convoquer éventuellement une Commission spéciale, et une réunion ultérieure à caractère diplomatique pendant la Vingtième Session devant se tenir, si possible, avant la fin de l'année 2003.

II. Fond

4 Quant au fond, le procès-verbal de la réunion de la Commission I d'avril 2002 fait apparaître qu'outre les dispositions sur la reconnaissance et l'exécution telles qu'elles figurent à la fois dans le Texte provisoire et le Projet de 1999, le « domaine central et les ajouts possibles identifiés par la Commission I » pourraient inclure les conventions d'élection de for dans les affaires entre professionnels, le consentement à la compétence, le for du défendeur, les demandes reconventionnelles, les trusts, les succursales, et les dommages matériels[1].

5 En vue de faciliter les travaux du groupe informel, il a été demandé au Bureau Permanent de préparer un document « Et si »[2] résumant cette démarche d'avance étape par étape, les questions à résoudre et les conséquences que les divers ajouts possibles dans le chapitre sur la compétence auraient sur la structure et le champ d'application de la Convention dans son ensemble. Le présent document débattra donc tout d'abord des questions non résolues et des conséquences structurelles à l'égard d'une Convention comportant une règle unique en matière de compétence, à savoir une disposition sur les clauses d'élection de for. Ensuite, le présent document examinera certaines des règles de compétence supplémentaires possibles identifiées à titre de proposition par la Commission I (c'est-à-dire consentement à la compétence, for du défendeur, et demandes reconventionnelles). En tant que tels, ces chefs de compétence n'ont trait à aucun domaine particulier.

6 Pour chaque ajout possible d'un chef de compétence en liste blanche, les questions non résolues ainsi que les effets possibles sur la structure de la Convention seront identifiés. Par souci de simplification, il sera renvoyé aux articles selon leur numérotation dans le Texte provisoire produit en 2001 (par numéro uniquement) ou le Projet de 1999 (par numéro, suivi de « (1999) »).

7 Afin de ne pas surcharger le présent texte et la première réunion du groupe informel, l'ajout possible de règles

[1] Le concept de « *physical torts* » a été utilisé pendant la réunion pour distinguer l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, les « délits de parole » (par ex. diffamation orale ou écrite) et les pertes purement économiques des délits impliquant un dommage corporel ou matériel. Dans la version française du présent document, on utilisera le terme « dommage matériel » pour exprimer cette même idée.

[2] Cette expression (« *What if* ») a été créée par feu Peter Nygh lors de la réunion de la Commission I en avril 2002.

Reflection Paper to Assist in the Preparation of a Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters

PREPARED BY ANDREA SCHULZ
FIRST SECRETARY

Preliminary Document No 19 of August 2002

A. INTRODUCTORY REMARKS

I. Procedure

1 From 22 to 24 April 2002, Commission I on General Affairs and Policy of the Nineteenth Diplomatic Session of the Hague Conference met in The Hague in order to decide, *inter alia*, about the future direction of the Conference's work on a global Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (the Judgments Project).

2 In this respect, the Commission adopted the following conclusions:

"Commission I of the Nineteenth Diplomatic Session, having reconvened at The Hague from 22-24 April 2002 with a view to deciding, in particular, on the negotiations on a worldwide convention on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters,

Having regard to the 'Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6-20 June 2001', prepared by the Permanent Bureau and the Co-Reporters ('the Interim Text'),

Mindful of its decisions taken at its first meeting on 21-22 June 2001,

Having regard to the state of the current work of the Conference on the various topics of its agenda,

1. Jurisdiction and recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters

The Commission unanimously reconfirms the great importance it attaches to harmonising the rules on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters on a worldwide basis. The Commission feels that the efforts to find common solutions for these issues in the area of private international law should be pursued by the Conference because the global need for such common solutions will only increase.

Assisted by an informal working group the Permanent Bureau will facilitate and conduct an informal working process with a view to preparing a text to be submitted to a special commission during the first half of 2003 followed by a Diplomatic Conference to be held, if possible, at the end of 2003. The starting point for this informal process will be the core area and possible additions identified by Commission I.

(...)"

3 Moreover, it was decided to devote the Second Part of the Nineteenth Diplomatic Session to the adoption of a draft Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary, to be held, if possible, before the end of 2002, thereby concluding the Nineteenth Session. The First Part of the Nineteenth Diplomatic Session, which took place in June 2001, had been dedicated to the Judgments Project. However, in April 2002, Commission I decided that Commission II, which had been dealing with the preparation of the Judgments Project during the Nineteenth Session, should not reconvene during this Session, and that the Second Part of the Diplomatic Session would not be devoted to the Judgments Project. It was the wish of the Member States to move to an interim informal process, exploring new ways of negotiating while revisiting the jurisdiction rules of both the 1999 Draft and the 2001 Interim Text before possibly convening a Special Commission, and a subsequent meeting with a diplomatic character during the Twentieth Session, to be held, if possible, before the end of 2003.

II. Substance

4 As to substance, it emerges from the minutes of Commission I's meeting in April 2002 that, in addition to the provisions on recognition and enforcement as contained in both the 2001 Interim Text and the 1999 Draft, "the core area and possible additions identified by Commission I" might include choice of court agreements in business-to-business (B2B) cases, submission, defendant's forum, counterclaims, trusts, branches and physical torts.[1]

5 With a view to facilitating the work of the informal group, the Permanent Bureau was asked to draw up a "What if"[2] paper outlining this step-by-step approach, the *issues* to be resolved and the consequences that the various possible additions in the chapter on jurisdiction would have on the *structure* and scope of the Convention as a whole. Therefore, this paper will first discuss the unresolved issues and the structural consequences with regard to a Convention containing only a single rule on jurisdiction, namely a provision on choice of forum clauses. Secondly, this paper will discuss some of the possible additional jurisdiction rules as tentatively identified by Commission I (*i.e.* submission, defendant's forum and counterclaims). As such, these grounds of jurisdiction do not relate to specific subject matters.

6 For each possible addition of a white list ground of jurisdiction, both unresolved issues and possible effects on the structure of the Convention will be identified. For the sake of simplification, Articles are referred to according to their numbering in the 2001 Interim Text (by number alone) or in the 1999 Draft (by number, followed by "(1999)").

7 In order not to overburden this paper and the first meeting of the informal group, the possible addition of rules on

[1] The concept of "physical torts" was used during the meeting in order to distinguish the infringement of intellectual property rights, the so-called "speech torts" (*e.g.*, defamation, libel, slander) and pure economic loss from torts involving damage to the person or to tangible property. In the French version of the present document, the expression *dommage materiel* will be used to express this same idea.

[2] This expression was coined by the late Peter Nygh during the meeting of Commission I in April 2002.

de compétence pour certains domaines particuliers[3] tels que les trusts et les dommages matériels sera réservé à un autre document qui traitera également de la possible inclusion des succursales. Bien que ce soit là un chef de compétence qui, comme ceux du premier groupe, n'est lié à aucun domaine particulier, l'ajout d'une compétence concernant les succursales peut dépendre en partie de la décision prise quant à l'inclusion d'un for du défendeur général. En outre, des recherches supplémentaires seront réalisées par le Bureau Permanent à cet égard.

8 Il faut rappeler que la décision de la Commission I était de prendre « le domaine central et les ajouts possibles » comme point de départ. Si les travaux du groupe informel sur les règles de compétence identifiées par la Commission I et les consultations ultérieures au sein des États membres donnaient lieu de croire qu'il était possible de parvenir à des éléments d'accord sur une gamme élargie de règles de compétence, des documents supplémentaires seraient présentés par le Bureau Permanent pour préparer et faciliter les travaux du groupe en conséquence.

9 Le présent document n'a de prétentions ni scientifique – les questions en suspens ayant été suffisamment définies et complétées par la recherche dans des documents antérieurs – ni politique. Il ne considère pas les avantages et inconvénients de l'insertion d'une quelconque règle de compétence supplémentaire parce que cette décision ne relève pas des attributions du groupe informel[4].

10 Chaque fois qu'il est mentionné qu'il ne semble pas nécessaire de discuter d'une certaine question plus avant, cela est dû au fait qu'il semble y avoir eu un consensus sur cette question, soit en 1999 et confirmé en 2001, soit uniquement et définitivement en 2001. En outre, lorsqu'il est question de structure, on suppose pour le moment que les règles sur la reconnaissance et l'exécution ainsi que les règles en matière de litispendance / refus d'exercer la compétence seront en général conservées. Là où des modifications du chapitre sur la compétence nécessiteraient des modifications des dispositions en matière de litispendance / refus d'exercer la compétence, ceci sera indiqué car ces questions sont étroitement liées à celles de la compétence. Les changements conséquents dans le chapitre sur la reconnaissance et l'exécution ne seront toutefois pas examinés car la tâche première confiée au groupe informel était d'examiner les motifs possibles de compétence comme point de départ.

B. LE DOMAINE CENTRAL DE COMPÉTENCE IDENTIFIÉ PAR LA COMMISSION I – DÉCISIONS DE POLITIQUE À PRENDRE, QUESTIONS À RÉSOUDRE ET CERTAINS EFFETS SUR LA STRUCTURE DE LA CONVENTION

I. Et si la Convention était limitée aux clauses d'élection de for dans les affaires entre professionnels?

Questions

[3] La question de l'inclusion éventuelle de règles de compétence particulières pour certains domaines (contrats, délits, trusts, etc.) doit être soigneusement distinguée de la question de la portée matérielle de la Convention. Il est tout à fait possible de rédiger une convention comportant un nombre limité de chefs de compétence mais une portée matérielle étendue, et couvrant donc un grand nombre d'affaires. Cependant, les questions sont liées parce que les chefs de compétence supplémentaires peuvent imposer une limitation de champ d'application afin d'exclure certains problèmes pouvant résulter de l'ajout de ces chefs de compétence.

[4] Le groupe pourrait donc proposer diverses alternatives pour la consultation sans prendre parti quant à une préférence.

a) Validité formelle et matérielle

aa) Validité formelle

11 L'article 4(2) qui contient les exigences conventionnelles de validité formelle d'une clause d'élection de for a été accepté par accord en juin 2001[5]. Les conditions qui y sont exposées sont, dans des alternatives, des conditions à la fois maximum et minimum et excluent donc[6] l'application du droit national sur la question[7]. Si des travaux supplémentaires devaient être nécessaires ici, ils porteraient sur la définition de la limite entre forme et substance. La réponse à cette question est étroitement liée au traitement accordé à la validité matérielle, comme exposé aux paragraphes suivants.

bb) Validité matérielle

12 Le Projet de 1999 ne comportait aucune disposition quant à la validité matérielle d'une clause d'élection de for. Selon le Rapport Nygh / Pocar, cette question devait être laissée au droit du for saisi, y compris ses règles de droit international privé[8]. En 2001, cela a été explicitement prévu à l'article 4(4). Cependant, cette proposition n'a pas recueilli de consensus. Une autre proposition destinée à atteindre un objectif semblable a été d'ajouter une nouvelle phrase à la fin de l'article 4(1) soumettant le consentement et la capacité au droit national, y compris les règles de droit international privé du for saisi. Cette proposition non plus n'a pas recueilli de consensus.

13 Les deux démarches ont plus en commun qu'il n'y paraît au premier abord. Elles partagent le fait que les questions de consentement et de capacité devraient dépendre de la loi du for, y compris ses règles de droit international privé.

14 La différence entre les deux propositions semble être que la démarche proposée à l'article 4(1) *in fine* semble limiter cette règle au consentement et à la capacité alors que l'autre démarche, proposée à l'article 4(4), l'étend à tout ce qui n'est pas relié à la forme – et donc couvrant éventuellement aussi les questions liées à la *licéité*[9] d'une clause d'élection de for.

15 Cependant, en gardant à l'esprit le fait que l'article 4(4) traduit presque mot à mot ce qui, en 1999, ne figurait que dans le rapport, et le fait que la structure de la Convention dans le Texte provisoire était restée quasiment inchangée par rapport au Projet de 1999, on peut supposer que le sens de ces termes avait également vocation à rester inchangé. Les termes supplémentaires du Rapport Nygh / Pocar concernant la question de la licéité resteraient donc applicables. Le Rapport indiquait sur cette question dans le Projet de 1999 qu'il n'y avait pas place pour l'imposition par le droit national de

[5] Voir note 25 du Texte provisoire.

[6] Dans la mesure où le droit national fixe des normes plus strictes, celles-ci ne peuvent plus être appliquées. Dans la mesure où le droit national est moins strict que la norme minimum de la Convention, une clause d'élection de for conforme au droit national mais non aux normes de la Convention donnerait lieu à une compétence en zone grise uniquement, le jugement n'ayant donc pas droit à la reconnaissance et à l'exécution en application de la Convention.

[7] Voir le rapport sur l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale de Peter Nygh et Fausto Pocar, Doc. prél. No 11 d'août 2000, publié dans les *Actes et documents de la Vingtième session*, tome II, *Jugements*. Également disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye à l'adresse <www.hcch.net> (ci-après le « Rapport Nygh/Pocar »).

[8] Rapport Nygh / Pocar, para. 69 à 72.

[9] Dans certains systèmes juridiques, il existe des dispositions expresses limitant ou excluant la possibilité de conclure des conventions d'élection de for pour certains types de contrats (par ex. contrats entre professionnels et consommateurs, contrats de travail, d'assurance ou de franchise). Ils sont mentionnés ici à titre d'exemples pour illustrer le concept juridique. Cependant, comme il sera montré ultérieurement, certains d'entre eux seront dépourvus de pertinence à l'égard du Projet sur les jugements si certains domaines sont exclus du champ d'application de la règle de compétence sur les clauses d'élection de for ou, dans le cas d'une Convention comportant plus d'une compétence en liste blanche, du champ d'application de la Convention dans son ensemble (par ex., dans le cas d'une limitation aux affaires entre professionnels).
À titre alternatif ou supplémentaire, certains systèmes juridiques pourraient soumettre une clause d'élection de for à un contrôle général de conformité à l'ordre public ou de caractère raisonnable, rendant ainsi illicite toute clause contraire à ces exigences. En outre, il peut exister des critères appliqués à tout type de convention y compris les clauses d'élection de for (*public policy*/ordre public/*bona fide*/*buon costume*/*gute Sitten*/*Treu und Glauben*, etc.).

jurisdiction for certain specific subject matters[3] such as trusts and physical torts will be reserved for a second paper. That paper will also deal with the possible inclusion of branches. Although this is a basis of jurisdiction which, like those in the first group, is unrelated to any specific subject matter, the addition of a branch jurisdiction may partly depend on the decision taken on the inclusion of a general defendant's forum. Moreover, some further research will be carried out by the Permanent Bureau in this respect.

8 It has to be recalled that Commission I's decision was to take the "core area and possible additions" as a starting point. Should the informal group's work on the jurisdiction rules identified by Commission I and the subsequent consultations within Member States give reason to believe that common ground could be reached on a wider range of jurisdiction rules, further papers would be submitted by the Permanent Bureau to prepare and facilitate the work of the group accordingly.

9 This paper is neither intended to be a scientific paper – the outstanding issues probably having been sufficiently defined and supplemented by research in previous documents – nor a policy paper. It does not discuss the pros and cons of including any additional rule on jurisdiction because this would not be for the informal group to decide.[4]

10 Whenever it is stated that there does not seem to be a need for further discussion of a certain issue, this is due to the fact that there seems to have been consensus on that issue, either in 1999 and upheld in 2001, or solely and finally in 2001. Moreover, whenever structure is discussed, it is assumed for the time being that both the rules on recognition and enforcement and the rules on *lis pendens* / declining jurisdiction will in general be retained. Where changes in the chapter on jurisdiction would require any amendments of the provisions on *lis pendens* / declining jurisdiction, this will be noted because these issues are closely interrelated with jurisdiction. Consequential changes in the chapter on recognition and enforcement, however, will not be discussed because the primary task which was given to the informal group was to examine possible bases of jurisdiction as a starting point.

B. THE CORE JURISDICTION AREA AS IDENTIFIED BY COMMISSION I – POLICY CHOICES TO BE MADE, ISSUES TO RESOLVE AND SOME EFFECTS ON THE STRUCTURE OF THE CONVENTION

I. What if the Convention were limited to choice of court clauses in B2B cases?

Issues

[3] The question of whether specific rules of jurisdiction for certain subject matters (contracts, torts, trusts, etc.) should be included must be carefully distinguished from the question of the substantive scope of the Convention. It is quite conceivable to draw up a convention with a limited number of grounds of jurisdiction but a wide substantive scope, thereby covering a wide range of cases. However, the issues are interrelated because additional bases of jurisdiction may require a restriction in scope in order to carve out certain problems which may arise from the addition of such bases of jurisdiction.

[4] Therefore the group might suggest different alternatives for consultation without taking a position on its preference.

a) Formal and substantive validity

aa) Formal validity

11 Article 4(2) which contains the conventional requirements for formal validity of a choice of forum clause was accepted by agreement in June 2001.[5] The conditions set out there are, in alternatives, both minimum and maximum requirements and thus exclude[6] the application of national law on the subject.[7] If any additional work were required here it would be with regard to the question of where to draw the line between form and substance. The answer to this question is closely related to the treatment given to substantive validity as explained in the following paragraphs.

bb) Substantive validity

12 The 1999 Draft did not contain any provisions on substantive validity of a choice of forum clause. According to the Nygh-Pocar Report this was to be left to the law of the forum seized, including its rules of private international law.[8] In 2001 this was made explicit in Article 4(4). However, this proposal did not receive consensus. Another suggestion to achieve a similar goal was to add a new sentence at the end of Article 4(1) which subjected *consent and capacity* to the national law, including the private international law rules of the forum seized. This proposal did not receive consensus either.

13 The two approaches have more in common than one might think at first sight. There is common ground between them in that the issues of consent and capacity should depend on the law of the forum, including its private international law rules.

14 The difference between the two proposals appears to be that the approach suggested in Article 4(1) at the end seems to limit this rule to consent and capacity while the other approach, as suggested in Article 4(4), extends it to anything not related to form – thus possibly also covering issues related to the *lawfulness*[9] of a choice of court clause.

15 However, keeping in mind that Article 4(4) reflects almost word for word what, in 1999, was only set out in the Report, and the fact that the structure of the Convention in the 2001 Interim Text had remained more or less the same as in the 1999 Draft, one may assume that the meaning of these words was also intended to remain the same. Therefore the additional words in the Nygh-Pocar Report which relate to the question of lawfulness would still apply. The Report stated on this issue in the 1999 Draft that there was no room for national laws that impose conditions on the lawfulness of the forum choice. This was deduced from the explicit provisions

[5] See footnote 25 of the 2001 Interim Text.

[6] To the extent that national law establishes stricter standards, these may no longer be applied. To the extent that national law is less strict than the Convention's minimum standard, a choice of court clause which complies with national law but not with Convention standards would create grey area jurisdiction only, the judgment thus not being entitled to recognition and enforcement under the Convention.

[7] See the Report on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters by Peter Nygh and Fausto Pocar, Preliminary Document No 11 of August 2000, *Proceedings of the Twentieth Session*, tome II, *Judgments*. Also available on the Hague Conference's website at <www.hcch.net> (hereinafter Nygh-Pocar Report).

[8] Nygh-Pocar Report, paras. 69 to 72.

[9] In some legal systems, there are explicit provisions restricting or excluding the possibility to enter into choice of court agreements for certain types of contracts (*e.g.*, consumer contracts, employment contracts, insurance contracts, franchise agreements). These are listed here by way of example in order to illustrate the legal concept. However, as will be shown later, some of them will be without relevance for the Judgments Project if certain areas were to be excluded from the scope of the jurisdiction rule on choice of court clauses or, in the case of a Convention containing more than one white list jurisdiction, from the scope of the Convention as a whole (*e.g.*, in case of a limitation to B2B cases).
Alternatively or in addition, some legal systems might subject a choice of court clause to a general public policy control or a reasonableness test, thus making any clause which is contrary to these requirements unlawful. Furthermore, there may be tests which are applied to any kind of agreement including choice of court agreements (public policy / *ordre public* / *bona fide* / *buon costume* / *gute Sitten* / *Treu und Glauben* etc.).

conditions à la licéité de l'élection de for. Cela était déduit des dispositions expresses du Projet de 1999 interdisant les clauses d'élection de for dans les contrats entre professionnels et consommateurs, contrats de travail et actes constitutifs de trusts qui ne seraient pas conformes aux exigences (matérielles) de la Convention et dans des domaines couverts par une compétence exclusive en application de la Convention; du fait que l'article 17 ne permettait l'application de règles de compétence de droit national que « sous réserve de l'article 4 »; et de l'absence d'une réserve d'ordre public dans le chapitre sur la compétence.

16 Déclarant que la Convention établissait donc ses propres normes de licéité, les rapporteurs concluaient que cela excluait l'application d'exigences supplémentaires que pourrait comporter le droit national.

17 Cela signifie qu'en application du Projet de 1999 – et donc probablement[10] également dans la proposition d'article 4(4) du Texte provisoire de 2001 –, les deux sous-ensembles de questions de validité matérielle seraient traités différemment: si *la licéité* d'une clause d'élection de for était régie par des règles autonomes exposées dans la Convention sans accorder de place à un quelconque droit national, un droit national désigné par les règles de conflit de lois du for devrait régir les questions de capacité et de consentement.

18 Cette distinction soulève trois questions:

– Existe-t-il de bonnes raisons justifiant le maintien d'un traitement différent des deux sous-ensembles de validité matérielle?

– S'il en est ainsi, comment les deux sous-groupes de validité matérielle doivent-ils être délimités? Par exemple, le dol peut donner lieu à une clause déraisonnable ainsi qu'à un vice du consentement, et également à des considérations d'ordre public. La question de savoir si une clause d'élection de for dans un contrat d'adhésion a été intégrée au contrat peut concerner aussi bien le consentement que la licéité / le caractère raisonnable. Un problème semblable peut survenir au sujet des conditions d'âge établies par le droit national, qui peuvent être considérées comme un aspect à la fois de la licéité et de la capacité.

– Enfin, quelle devrait être la norme (règles autonomes / droit désigné par les règles de conflit de lois du for saisi / autres)?

19 Jusqu'à présent, la réponse à la première question semblait être affirmative. La raison en est qu'il y a eu un accord commun selon lequel la Convention ne devrait toucher aux questions allant au-delà de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution, à savoir les règles de conflit de lois ou même les principes matériels, que lorsque cela était absolument nécessaire pour atteindre les objectifs de la Convention. Àprésent, et à la suite d'une étude préliminaire réalisée par le Bureau Permanent, cela ne semble pas être le cas à l'égard de la capacité et du consentement. En revanche, la diversité des critères nationaux en matière de licéité[11] et les activités législatives en cours aux niveaux national, supranational[12] et international traitant, en particulier, des questions soulevées par Internet, semblent plaider en faveur de l'établissement dans la Convention de normes autonomes communes en ce qui concerne la validité matérielle (à l'exception du consentement et de la capacité).

20 Dans le cas d'un traitement différent des divers aspects de la validité, la Convention elle-même devrait prévoir des critères pour les délimiter.

21 Les questions telles que le dol ou la contrainte devraient-elles être considérées comme relevant du « consentement », laissant donc place aux normes nationales identifiées par les règles de conflit de lois du for, ou relèvent-elles de la catégorie de la licéité, et nécessitant donc une règle autonome matérielle explicite (et complète) dans la Convention? En outre, la délimitation des divers aspects de validité matérielle n'est pas la seule difficulté. La qualification[13] – matérielle ou formelle – diverge d'un pays à l'autre. Si ces termes seuls étaient utilisés, en établissant simplement une règle telle que le projet d'article 4(4), une incertitude subsisterait donc[14].

22 Si l'on devait renoncer au traitement différent des deux sous-ensembles de validité matérielle, on pourrait soit fixer des normes autonomes pour toutes ces question dans la Convention; soit les laisser toutes au droit (y compris le droit international privé) du for effectivement saisi; soit inclure une règle de conflit de lois soumettant toutes ces question au droit (y compris le droit international privé) du for choisi, quelle que soit la juridiction effectivement saisie de l'affaire.

23 Si, par contre, l'on devait traiter les deux catégories différemment, les options suivantes se présenteraient:

– le consentement et la capacité pourraient dépendre du droit national déterminé par les règles de conflit de lois du for effectivement saisi;

– alternativement, une règle de conflit de lois désignant la loi du for choisi, y compris ses règles de droit international privé, serait une autre possibilité;

– pour l'autre groupe, la Convention pourrait comporter des règles autonomes, excluant donc[15] la poursuite de l'application de toute loi nationale à la validité matérielle, hormis les règles de consentement et de capacité.

24 Lors de la rédaction de règles autonomes sur la validité matérielle, il faudrait envisager comment traiter des règles particulières existant dans de nombreux droits nationaux et qui restreignent la liberté de conclure de clauses d'élection de for dans certains domaines.

25 Ces limites peuvent consister en règles de compétence exclusive pour certaines matières, auxquelles les parties ne peuvent déroger (par exemple, procédures concernant les droits réels immobiliers, ou certains litiges concernant les droits de propriété intellectuelle).

26 Les domaines où un choix limité entre un certain nombre de fors pourrait subsister dans de nombreux droit nationaux, mais où il est jugé indésirable d'accorder aux parties une pleine liberté de conclure des conventions d'élection de for du fait d'une inégalité supposée dans leur pouvoir de négociation (par exemple, contrats entre professionnels et

[10] Si cette interprétation de l'art. 4(4) n'était pas couramment partagée, cela démontrerait d'autant plus le besoin d'une clarification supplémentaire.
[11] Voir par exemple les illustrations fournies dans le Rapport Nygh / Pocar, aux para. 69 et s. (énumérant l'ordre public et des interdictions juridiques expresses de conventions d'élection de for dans certains connaissements) et le Doc. prél. No 18, para. 12 et s. (y compris la note 49) dans les *Actes et documents de la Vingtième session*, tome I, *Matières diverses*, énumérant entre autres le caractère raisonnable, l'iniquité ou les lois annulant les clauses d'élection de for dans certains types de contrats.
[12] Cela concerne notamment la Communauté européenne.
[13] L'expression « *qualification* » en version anglaise – terme utilisé par la doctrine d'Europe continentale – est dite également « *classification* » ou « *characterisation* » en anglais.
[14] Cela est illustré par la jurisprudence de la CJCE concernant l'art. 17 de la Convention de Bruxelles, qui applique plus ou moins cette démarche sans la rendre explicite. La délimitation entre forme et substance était autrefois une question qui a de manière répétée fait soumettre par les tribunaux à la CJCE la question de savoir si une certaine limitation établie par le droit national relativement à la validité d'une clause d'élection de for devait être qualifiée de formelle (et donc non applicable dans le champ d'application de la convention) ou de matérielle (et donc applicable).
[15] Une exception possible à cette règle est mentionnée en page suivante.

in the 1999 Draft that prohibited choice of forum clauses in consumer and employment contracts and trust instruments which were not in line with the (substantive) requirements of the Convention and on subject matters covered by exclusive jurisdiction under the Convention, from the fact that Article 17 only permitted the application of national law rules on jurisdiction "subject to Article 4", and from the absence of a public policy reservation in the chapter on jurisdiction.

16 Stating that the Convention therefore established its own standards as to lawfulness, the Reporters concluded that this excluded the application of further requirements as might be contained in national law.

17 This means that under the 1999 Draft – and therefore probably[10] also in the suggested Article 4(4) of the 2001 Interim Text – the two sub-groups of substantive validity issues were treated differently: While the *lawfulness* of a choice of court clause was to be governed by autonomous rules set out in the Convention without leaving room for any national law, a national law as designated by the conflict of laws rules of the forum was to govern the questions of *capacity and consent*.

18 This distinction gives rise to three questions:

– Are there good reasons which justify maintaining a different treatment of the two sub-groups of substantive validity?

– If this is the case, how are the two sub-groups of substantive validity issues to be delineated? Fraud, for instance, may lead to an unreasonable clause as well as to a lack of consent, and it may also give rise to public policy considerations. The question whether a choice of court clause in a non-negotiated contract or contract of adhesion has become part of the agreement may relate to consent as well as to lawfulness or reasonableness. A similar problem may arise concerning age requirements established by national law which may at the same time be considered as an aspect of lawfulness and of capacity.

– Finally, what should be the standard (autonomous rules or law designated by conflict of laws rules of the forum seized or other)?

19 Until now, the answer to the first question seemed to be positive. The reason is that there has been a common understanding that the Convention should only touch upon issues going beyond jurisdiction, recognition and enforcement, namely conflict of laws rules or even substantive principles, where this was absolutely necessary in order to achieve the purposes of the Convention. At present and following a preliminary study carried out by the Permanent Bureau, this does not seem to be the case with regard to capacity and consent. On the other hand, the existing variety of national criteria with regard to lawfulness[11] and the ongoing legislative activities at national, supranational[12] and international level addressing, in particular, issues raised by the Internet, seem to plead in favour of common autonomous standards as regards substantive validity (with the exception of consent and capacity) to be established in the Convention.

20 In the case of different treatment of various aspects of validity, the Convention itself would have to provide criteria to delineate them.

21 Should issues like *fraud* or *duress* be treated as belonging to "consent", thereby leaving room for national law standards as identified by the conflict of laws rules of the forum, or do they fall into the category of lawfulness, thus requiring an explicit (and exhaustive) substantive autonomous rule in the Convention? Moreover, not only the delimitation of different aspects of substantive validity is difficult. Also the qualification[13] as substantive or formal varies from country to country. If only these terms were used, therefore, by simply establishing a rule like the proposed Article 4(4), uncertainty would remain.[14]

22 If one were to give up the different treatment of the two sub-categories of substantive validity, one could either establish autonomous standards for all of these issues in the Convention, leave all of them to the law (including the private international law) of the forum actually seized, or include a conflict of laws rule which subjects all these issues to the law (including the private international law) of the chosen forum, no matter which court is actually seized with the case.

23 If, on the other hand, one were to treat the two categories differently, the following options exist:

– Consent and capacity could depend on national law as determined by the conflict of laws rules of the forum actually seized.

– Alternatively, a choice of law rule designating the law of the chosen forum, including its private international law rules, would be another option.

– For the other group, the Convention could contain autonomous rules, thereby excluding[15] the further application of any national law on substantive validity except for rules on consent and capacity.

24 When drafting autonomous rules on substantive validity, one would have to consider how to deal with *specific* rules existing in many national laws which *restrict* the freedom to conclude choice of court clauses in certain areas.

25 Such limitations may consist in rules on *exclusive jurisdiction* for certain issues from which the parties may not deviate (*e.g.*, for actions concerning rights *in rem* in immovable property, or for certain disputes with regard to intellectual property rights).

26 Another example are areas where a limited choice between a number of fora might still exist in many national laws, but it is considered undesirable to give the parties full freedom to enter into choice of court agreements because of an assumed disparity in their bargaining power (*e.g.*, consum-

[10] If this interpretation of Article 4(4) were not commonly shared, this would all the more demonstrate the need for further clarification.
[11] See, for instance, the examples given paras. 69 70 *et seq* of the Nygh-Pocar Report (listing public policy and explicit legal prohibitions for choice of court agreements in certain bills of lading) and paras. 12 *et seq.* of Prel. Doc. No 18 (including footnote 49) in *Proceedings of the Twentieth Session*, Tome I, *Miscellaneous Matters*, listing, *inter alia*, reasonableness, unfairness or laws invalidating jurisdiction clauses in particular types of contracts.
[12] This refers in particular to the European Community.

[13] The term "qualification" in the English version – the term used by continental-European writers – is also referred to in English as "classification" or "characterisation".
[14] This is illustrated by the case law of the CJEC concerning Art. 17 of the Brussels Convention which follows more or less this approach without making it explicit. The delimitation between form and substance used to be a question which repeatedly caused courts to submit the question to the CJEC whether a certain limitation established by national law as to the validity of a choice of court clause was to be qualified as formal (and therefore not applicable within the scope of the Convention) or substantive (and therefore applicable).
[15] A possible exception to this rule is mentioned on the following page.

consommateurs, contrats de travail, de franchise, d'assurance, d'agence ou autres), en sont un autre exemple.

27 Chaque domaine pourrait soit être exclu du champ d'application[16], soit, lorsqu'il est décidé de le conserver dans la Convention[17], les restrictions jugées indispensables devraient être intégrées à l'article 4[18].

28 Il faudrait cependant trouver une solution différente pour les freins et conditions généraux établis par de nombreux droits nationaux à l'égard des clauses d'élection de for. Étant donnée la diversité de concepts sous-tendant des termes tels que caractère raisonnable, équité, ordre public, etc. dans les divers États membres, une simple référence à l'un ou plusieurs de ces termes à l'article 4 ne donnerait pas lieu à une application suffisamment uniforme dans les divers États contractants. Si la distinction entre « licéité » et « consentement et capacité » est maintenue et les deux groupes soumis à des régimes juridiques différents – le premier à une norme autonome résultant de la Convention et le second à un droit national identifié par les règles de droit international privé du for –, tout critère général tel que ceux de caractère raisonnable, équité ou ordre public pourrait donc devoir être défini de manière directe et autonome dans la Convention en des termes visant à assurer autant que possible une interprétation uniforme[19].

29 Une autre option serait de n'avoir aucun critère général de ce genre dans la Convention, tout en interdisant l'utilisation d'un tel critère établi par le droit national[20].

30 On peut envisager de distinguer entre les critères généraux qui s'appliquent aux seules clauses d'élection de for et les tests généraux figurant dans le droit national et qui s'appliquent à tous les types de contrat, y compris les clauses d'élection de for (ordre public / *bona fide* / *Treu und Glauben* / *buon costume* / *gute Sitten*, etc.).

31 En outre, quelle que soit la décision relative à l'insertion d'un ou plusieurs critères généraux concernant la validité matérielle, afin d'éviter tout malentendu, il pourrait être souhaitable d'indiquer dans la Convention dans quelle mesure tout critère général de licéité (supplémentaire) qui pourrait figurer dans le droit national resterait applicable dans le cadre de la Convention. Par exemple, toute exigence supplémentaire d'un lien entre le litige ou le défendeur et la juridiction choisie outre la clause d'élection de for elle-même[21].

cc) Quelle juridiction tranchera?

32 Chacun des aspects exposés ci-dessus pourrait en théorie être tranché par soit la juridiction choisie seulement, soit toute juridiction effectivement saisie.

33 Le Projet de 1999 ainsi que le Texte provisoire laissent la décision à toute juridiction.

Cela devrait-il être remplacé par une limitation à la seule juridiction choisie?

34 Le présupposé de base est qu'un tel changement serait justifié si l'on prévoyait qu'à défaut, les juridictions de différents États parviendraient très probablement à des résultats différents dans leur évaluation de la validité d'une clause d'élection de for particulière. On pourrait alors examiner la question de savoir si la Convention devrait permettre à une seule juridiction – celle choisie – d'exercer ce contrôle, ou s'il existe d'autres moyens de parvenir à une application suffisamment uniforme.

35 Les arguments suivants peuvent être pris en considération pour répondre à cette question :

– En ce qui concerne la validité formelle, les règles de la Convention sont complètes et concluantes, ne permettant pas l'application d'exigences de forme supplémentaires que le droit national pourrait comporter. Il est donc probable que l'application des règles de la Convention produira les mêmes résultats, quel que soit l'État les appliquant.

– Dans la mesure où des règles concernant la validité matérielle sont incluses dans la Convention, il en serait de même, ce qui ne donnerait lieu à aucun besoin particulier[22] de laisser l'application de ces règles à la seule juridiction choisie.

– Pour chaque question devant être tranchée par le droit de la juridiction choisie (y compris ses règles de droit international privé), les résultats de cet examen de validité matérielle peuvent varier d'un État contractant à un autre.

36 Pour ces seules questions, il faudrait décider si cela est acceptable ou si la juridiction choisie devrait seule avoir le droit de trancher ces questions.

37 Laisser la décision à la juridiction choisie exclusivement peut également donner aux parties la possibilité de « contourner » les règles du système dans lequel ils traitent en fait, par exemple, dans une affaire où la capacité est en cause. Cela est-il souhaitable?

38 Cependant, étant données les complications de procédure qu'entraînerait cette dernière option[23], il serait nécessaire

[16] Si le champ d'application de la Convention en tant que tel était limité aux contrats entre professionnels, cela exclurait déjà les contrats entre professionnels et consommateurs et contrats de travail, ce qui rendrait superflue une mention explicite à l'art. 4. Il faut garder à l'esprit, cependant, qu'une telle exclusion pourrait ne pas être si simple. On peut trouver des exemples de la manière d'exclure les contrats entre professionnels et consommateurs à l'art. 2 c) de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, ainsi qu'à l'art. 2 a) de la *Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*.
Cependant, afin de faciliter le travail du groupe et en tenant compte du fait qu'il ne relève pas de sa tâche de prendre des décisions de politique mais uniquement de les préparer, la méthodologie suivante est proposée : lors de l'examen de chacun des chefs de compétence blancs possibles, le groupe devrait se limiter à la présentation d'une proposition en substance quant à savoir si un quelconque domaine ou sujet (par ex. contrats entre professionnels et consommateurs, contrats de travail, etc., et plus encore des matières couvertes par une compétence exclusive dans certains pays telles que validité de brevets, droits réels immobiliers, etc.) devrait être exclu de l'application de cette disposition particulière. Si, à la suite de ce processus d'examen des divers chefs de compétence et après consultation, il apparaît qu'il existe un souhait commun d'exclure certains sujets de tous les chefs de compétence blancs, à titre de question de rédaction, l'exclusion pourrait alors être déplacée vers la disposition concernant le champ d'application. Voir également ci-dessous.

[17] Une justification possible de ce procédé pourrait être un intérêt commun pour l'harmonisation de ces restrictions dans un domaine particulier.

[18] Ce pourrait être le cas pour les domaines d'inégalité de pouvoir de négociation même dans les affaires entre professionnels (par ex. contrats impliquant des petites et moyennes entreprises (PME), contrats de franchise, contrats d'adhésion en général, etc.). Les textes de 1999 et 2001 comportent tous deux des limitations établies par d'autres compétences en liste blanche pour les contrats entre professionnels et consommateurs (art. 7), contrats de travail (art. 8) et pour les matières énumérées à l'art. 12 qui relèvent d'une compétence exclusive en liste blanche (voir art. 4(5)).

[19] L'art. V (1) *a)* de la *Convention des Nations Unies du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (la Convention de New York sur les sentences arbitrales de 1958), au lieu de proposer une harmonisation matérielle, prévoit entre autres une règle de conflit de lois (à titre de condition indirecte de validité matérielle, figurant dans la partie concernant la reconnaissance et l'exécution). L'incertitude concernant le droit applicable serait donc supprimée. En outre, la Loi-modèle sur l'arbitrage commercial international de 1985 de la CNUDCI en cours de mise en œuvre dans de nombreux États prévoit une harmonisation matérielle de la validité des conventions d'arbitrage. Cependant, étant donnée l'absence d'une harmonisation semblable dans le domaine des clauses d'élection de for et la grande diversité de concepts de validité matérielle de ces clauses, on peut douter qu'une telle règle puisse suffire dans le Projet sur les jugements.

[20] Si cela ne peut être obtenu, on peut envisager d'atténuer cette règle stricte en permettant une clause d'ordre public pour couvrir les situations exceptionnelles. Ceci pourrait s'appliquer, notamment, à un ensemble de normes générales que la plupart des États semblent appliquer aux contrats en général, c'est à dire des normes qui ne visent pas spécifiquement les clauses d'élection de for.

[21] Voir également sur cette question Doc. prél. No 18, para. 2 et s, *Actes et documents de la Vingtième session*, tome I, *Matières diverses*.

[22] Le risque général d'interprétation divergente d'un concept autonome relevant d'une Convention lorsqu'il n'y a pas d'autorité habilitée à en donner une interprétation obligatoire n'est pas évoqué ici.

[23] Si une juridiction effectivement saisie mais non choisie n'a pas le droit de trancher la question, une règle de sursis à statuer serait nécessaire, ce qui rendrait les procédures plus longues et plus coûteuses.

er contracts, employment contracts, franchise agreements, insurance contracts, agency contracts or other).

27 Each subject matter could either be excluded from scope,[16] or, where it is decided to keep it in the Convention,[17] the restrictions regarded as indispensable would have to be incorporated in Article 4.[18]

28 A different solution would however have to be found for the *general* checks and conditions established by many national laws with regard to choice of court clauses. Given the variety of concepts underlying terms such as reasonableness, fairness, public policy etc. in the various Member States, a mere reference to one or more of these terms in Article 4 would not create a sufficiently uniform application in different Contracting States. If the distinction between "lawfulness" and "consent and capacity" were upheld and both groups subjected to different legal regimes (the former to an autonomous convention standard and the latter to the national law identified by the choice of law rules of the forum), any general lawfulness test such as reasonableness, fairness, or public policy control may therefore have to be defined directly and autonomously in the Convention in terms which try to ensure uniform interpretation as much as possible.[19]

29 Another option would be not to have any general criterion of this kind in the Convention and at the same time prohibit the use of any such criterion established by national law.[20]

30 It may be considered to distinguish between general criteria, which apply to choice of court clauses only, and general tests contained in national law, which apply to all kinds of agreements including choice of court clauses (public policy / *bona fide* / *Treu und Glauben* / *buon costume* / *gute Sitten* etc.).

31 Moreover, whatever the decision on including one or more general criteria on substantive validity, in order to avoid any misunderstanding, it might be desirable to make it explicit in the Convention to which extent any (further) general lawfulness criteria as may be contained in national law shall remain applicable within the scope of the Convention, *e.g.*, any further requirement of a connection between the dispute or the defendant and the chosen court in addition to the choice of court clause itself.[21]

cc) Which court shall decide?

32 With regard to every aspect set out above, this could in theory be decided by either the chosen court only, or by any court actually seized.

33 Both the 1999 Draft and the 2001 Interim Text leave it to any court to decide.

Should this be changed in favour of the chosen court only?

34 The basic assumption is that such a change would be justified if it were otherwise expected that courts in different countries would most likely come to different results when assessing the validity of a particular choice of court clause. In that case it may be considered whether the Convention should permit only one – namely the chosen – court to exercise such control, or whether there are other ways to achieve a sufficiently uniform application.

35 The following arguments may be taken into consideration when answering this question:

– As to formal validity, the rules in the Convention are exhaustive and conclusive, not permitting the application of further requirements on form as might be contained in national law. Therefore it is likely that the application of the Convention rules will lead to the same results, regardless of the State which applies them.

– As far as rules on substantive validity were included in the Convention, the same would apply, thus creating no specific[22] need to leave the application of these rules to the chosen court only.

– For every issue which is to be determined by the law of the court seized (including its choice of law rules) the results of such examination of substantive validity may vary from one Contracting State to the other.

36 For these issues only, it would have to be decided whether this is acceptable or whether the chosen court only should be entitled to decide these issues.

37 Leaving the decision exclusively to the court chosen may also give parties the opportunity to "evade" the rules of the system in which they are in fact contracting, *e.g.* in a case where capacity is in issue. Is this desirable?

38 However, given the procedural complications the latter option would involve,[23] the need for leaving such a

[16] If the scope of the Convention as such were limited to B2B contracts, this would already exclude consumer and employment contracts, thus making an explicit reference in Article 4 superfluous. It has to be kept in mind, though, that such an exclusion might not be so simple. Examples of how to exclude consumer contracts can be found in Article 2 c) of the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods* as well as in Article 2 a) of the *1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.
However, in order to facilitate the work of the group and taking into account that it is not the task of the group to take policy decisions but only to prepare them, the following methodology is suggested: When looking at each of the possible white grounds of jurisdiction, the group should limit itself to making a suggestion in substance as to whether any area or subject matter (*e.g.*, consumer contracts, employment contracts etc., moreover issues covered by exclusive jurisdiction in some countries like the validity of patents, rights *in rem* relating to immovable property etc.) should be excluded from the application of this specific provision. If, following this process of examining various bases of jurisdiction and after consultation, it emerges that there is a common wish to exclude certain areas from *all* white grounds, as a drafting matter the exclusion could then be moved to the scope provision. See *infra*.

[17] A possible justification for this could be a common interest in harmonising such restrictions for a certain area.

[18] This could be the case in areas of unequal bargaining power even in B2B cases (*e.g.*, contracts involving small and medium enterprises (SMEs), franchise agreements, non-negotiated contracts or contracts of adhesion in general, etc). The 1999 and 2001 texts both contain limitations established by other white list jurisdictions for consumer contracts (Article 7), employment contracts (Article 8) and for the issues listed in Article 12 which are covered by exclusive white list jurisdiction (see Article 4(5)).

[19] Article V (1) (a) of the *10 June 1958 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (the 1958 New York Convention on Arbitral Awards), instead of proposing substantive harmonisation, provides, *inter alia*, for a conflict of laws rule (as an indirect condition for substantive validity, contained in the section on recognition and enforcement). Uncertainty concerning the law applicable would thereby be removed. Moreover, the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration that is being implemented in many States provides for substantive harmonisation of the validity of arbitration agreements. However, given the absence of similar harmonisation in the area of choice of court clauses and the wide variety of existing concepts of substantive validity of such clauses, it is doubtful whether such a rule would be sufficient in the Judgments Project.

[20] If this cannot be achieved, it may be considered to soften this strict rule by permitting a public policy clause to cover exceptional cases. This could apply, in particular, to a set of general standards which most States seem to apply to contracts in general, *i.e.*, standards which are not specifically directed at choice of court clauses.

[21] See further on this issue in Prel. Doc. No 18, paras. 2 *et seq.* in *Proceedings of the Twentieth Session. Tome I. Miscellaneous Matters*.

[22] The general risk of divergent interpretation of an autonomous Convention concept where there is no binding authority to interpret it is not being discussed here.

[23] If a court actually seized but not chosen is not entitled to decide the issue, a rule on a stay of proceedings would be required, making proceedings more lengthy and costly.

de démontrer le besoin de laisser le soin d'une telle décision à la seule juridiction choisie.

Existe-t-il, par exemple, une grande divergence entre fors dans les décisions concernant le consentement et la capacité[24] *?*

39 Une solution d'une plus faible portée et atteignant un degré d'harmonisation quelque peu semblable consisterait à permettre à toute juridiction saisie de trancher ces questions mais d'inclure une règle de conflit de lois indiquant le droit de la juridiction choisie, y compris ses règles de droit international privé.

b) Champ d'application de la Convention

aa) Champ d'application matériel

40 Comme indiqué ci-dessus[25], à l'égard des clauses d'élection de for, cette question est étroitement liée à la validité matérielle. Lorsque l'autonomie des parties impliquant des clauses d'élection de for est jugée indésirable, cela pourrait être traité en excluant l'objet concerné du champ d'application de la Convention dans son ensemble ou de l'article 4.

41 Si le champ d'application de la Convention en tant que tel était limité aux contrats entre professionnels, ceci exclurait déjà les contrats entre professionnels et consommateurs et contrats de travail, ce qui rendrait superflue une mention expresse à l'article 4.

42 Cependant, il faudra trouver une définition appropriée des contrats entre professionnels – ou une définition négative énumérant les domaines non couverts[26].

43 Si la Convention elle-même ne comporte aucune règle concernant la compétence exclusive, quels doivent être les rapports avec les règles nationales fixant une compétence exclusive dans certains domaines[27] ?

44 Notamment, que faire du contentieux de la propriété intellectuelle ? Avec des différences de détail, dans de nombreux États, des aspects plus ou moins étendus de ce domaine relèvent des règles nationales de compétence exclusive[28]. Cependant, une quelconque exclusion générale du contentieux ayant trait à la propriété intellectuelle du champ d'application entraînerait une énorme réduction de l'applicabilité de la Convention car le large domaine du contentieux des licences de propriété intellectuelle serait exclu. C'est là un domaine où les clauses d'élection de for sont particulièrement courantes, et le fait que les règles de la Convention en matière de clauses d'élection de for soient applicables constituerait donc un énorme avantage. Par contre, la concession de licence peut être très étroitement liée à la contrefaçon. Une contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle peut se produire dans une situation de « piraterie pure » en l'absence de toute relation contractuelle entre les parties, mais peut également résulter de l'inobservation d'un contrat de licence, par l'exploitation du droit de propriété intellectuelle au-delà des modalités de la licence. S'il était décidé d'inclure le contentieux des licences de propriété intellectuelle mais d'exclure d'autres questions ayant trait à la propriété intellectuelle, telles la validité ou les dommages immatériels, cette distinction nécessiterait une clause de délimitation très soigneusement rédigée.

45 Si la Convention était limitée aux clauses d'élection de for, devrions-nous envisager de (ré-)inclure les contrats de transport maritime de marchandises qui comportent traditionnellement des clauses d'élection de for[29] ? D'autres éléments actuellement exclus du champ d'application par l'article 1 (II) devraient-ils être réexaminés[30] ?

bb) Champ d'application territoriale

46 Si une règle sur les clauses d'élection de for était le seul chef de compétence expressément prévu par la Convention, il resterait à régler une question à l'égard de la portée territoriale de cette règle :

Un élément international – autre que le fait que la clause d'élection de for indique une juridiction d'un autre État – est-il requis pour que la Convention soit applicable ?

47 Cette question a été identifiée dans la partie entre crochets de l'article 2(1) du Texte provisoire mais il n'y a pas encore de consensus à cet égard[31]. Si un élément international était requis pour que la Convention ou une clause d'élection de for soit applicable, serait-il nécessaire de définir cet « élément international » ? Si c'est le cas, une définition positive est-elle possible, ou une description négative telle que celle utilisée à l'article 3(3) de la Convention de Rome[32] serait-elle suffisante ?

48 Si aucun élément international n'est requis et qu'il est décidé en même temps que certaines questions concernant la validité matérielle d'une clause d'élection de for ne peuvent être tranchées que par la juridiction choisie, le lieu approprié pour l'indiquer est l'article 4 lui-même. Cela assurerait que, par le visa de l'article 2(1) *a*), cette règle devrait également être observée par une juridiction saisie mais non choisie si toutes les parties sont habituellement résidentes de l'État de la juridiction saisie.

c) Compétence rationae personae ou compétence rationae materiae

49 En juin 2001, certains participants souhaitaient assurer qu'une juridiction choisie ne soit pas tenue par l'article 4 d'entendre une affaire à défaut de compétence *rationae materiae*. Ce souci a donné lieu à l'ajout des éléments entre crochets de l'article 4(1), à l'exception de la dernière phrase.

50 Ce souci a été bien accueilli mais les propositions pour y répondre n'ont pas été jugées satisfaisantes par la réunion dans son ensemble, une autre manière possible de traiter la

[24] Tel pourra être le cas si la question d'inégalité de pouvoir de négociation est jugée relever de la catégorie du consentement. Là encore, cela concerne la question de délimitation des deux groupes de manière suffisamment claire dans la Convention. Si cela ne peut être obtenu, c'est un argument possible en faveur du rejet d'un traitement distinct des diverses questions.

[25] Voir ci-dessus.

[26] Là encore, on peut se référer aux exemples fournis par l'art. 2 *c*) de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* et l'art. 2 *a*) de la *Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*.

[27] Cette question a déjà été examinée ci-dessus à l'égard de la validité matérielle d'une clause d'élection de for. Si la Convention était limitée aux clauses d'élection de for, la réponse serait probablement que les règles nationales relatives à la compétence exclusive devraient soit être intégrées à la Convention à titre de restrictions de la validité matérielle, soit être dépourvues de pertinence. Si la Convention devait comporter d'autres chefs de compétence, il faudrait discuter de la question de savoir si les règles nationales existantes concernant la compétence exclusive nécessitent certaines exclusions du champ d'application de la Convention en tant que telle ou de la règle de compétence concernée (voir *infra*).

[28] Cela concerne en particulier la validité de droits de propriété industrielle déposés, dans une moindre mesure la contrefaçon de ces droits, et dans une faible mesure le droit d'auteur. Le contentieux relatif à la concession de licences de droits de propriété intellectuelle ne relève cependant généralement pas de l'exclusivité.

[29] Dans le Projet de 1999 et le Texte provisoire, les matières maritimes sont exclues du champ d'application par l'article 1(2) *h*). Ceci était étroitement lié à la présence d'une disposition sur les contrats de travail à cette époque. En l'absence d'une telle disposition, la ré-inclusion de l'aspect des questions maritimes mentionné ici peut éventuellement être envisagée.

[30] Cela est mentionné ici dans un but d'exhaustivité. Cependant, quant à la méthode de travail relative aux exclusions et inclusions, il est proposé de suivre la démarche proposée, *supra*, note 16, en envisageant la question à l'égard de chaque chef de compétence en liste blanche séparément.

[31] Voir la note 15 du Texte provisoire pour les différentes propositions sur cette question.

[32] L'art. 3(3) de la *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (JO L 266, 09.10.1980, p. 1) implique que la Convention est également applicable dans les cas où les parties ont choisi un droit étranger mais « tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays ».

decision to the chosen court only would have to be demonstrated.

Is there, for instance, a wide discrepancy among fora in decisions relating to consent and capacity?[24]

39 A less far-reaching solution achieving some similar degree of harmonisation may be to allow any court seized to decide these issues but to include a choice of law rule pointing to the law of the chosen court, including its private international law rules.

b) Scope of the Convention

aa) Substantive scope

40 As mentioned above,[25] with regard to choice of court clauses this issue is closely related to substantive validity. Where party autonomy involving choice of court clauses is deemed undesirable, this could be dealt with either by excluding the respective subject matter from the scope of the Convention as a whole or from Article 4.

41 If the scope of the Convention as such were limited to B2B contracts, this would already exclude consumer and employment contracts, thus making an explicit reference in Article 4 superfluous.

42 However, an appropriate definition of B2B contracts – or a negative definition listing the areas not covered – would have to be found.[26]

43 If the Convention itself does not contain any rules on exclusive jurisdiction, what should the relationship to national rules establishing exclusive jurisdiction for certain areas be?[27]

44 In particular, what should be done about intellectual property (IP) litigation? With variations in detail, in many States some or more aspects of this area fall under national rules on exclusive jurisdiction.[28] However, a general exclusion of any kind of IP-related litigation from scope would reduce the applicability of the Convention enormously because the large area of IP licensing litigation would be excluded. This is an area where choice of court clauses are particularly common, and therefore it would be a huge benefit if the Convention rules on choice of court clauses were applicable. On the other hand, licensing can be very closely related to infringement. An infringement of an IP right may occur in a situation of "sheer piracy" where there is no contractual relation between the parties at all, but it could also be created by non-compliance with a license agreement by exploiting the IP right beyond the terms of the license. If it were decided to include IP license litigation but to exclude other IP-related issues such as validity or non-physical torts, this distinction would require a very carefully drafted delimitation clause.

45 If the Convention were limited to choice of court clauses, should we consider (re-)including contracts for the carriage of goods by sea which traditionally include choice of court clauses?[29] Should other items currently excluded from scope under Article 1(2) be revisited?[30]

bb) Territorial scope

46 If a rule on choice of court clauses were the only basis of jurisdiction explicitly provided by the Convention, one question would still have to be resolved with regard to the territorial scope of that rule:

Is an international element – other than the fact that the choice of court clause points to a court in another State – required to make the Convention applicable?

47 The issue was identified in the bracketed part of Article 2(1) *a)* of the 2001 Interim Text but there has been no consensus yet on this question.[31] If an international element were required for a Convention on choice of court clauses to apply, would this "international element" have to be defined? If this is the case, can a positive definition be achieved, or would a negative description like the one used in Article 3(3) of the Rome Convention[32] be sufficient?

48 If no international element is required and at the same time it is decided that some issues with regard to the substantive validity of a choice of court clause may only be decided by the chosen court, the right place to state this would be in Article 4 itself. This would ensure that, through the reference in Article 2(1) *a)*, this rule would also have to be observed by a court seized but not chosen if all the parties are habitually resident in the State of the court seized.

c) Personal versus subject matter jurisdiction

49 In June 2001, some participants wanted to ensure that a chosen court would not be obliged by Article 4 to hear a case if it lacked subject matter jurisdiction. This concern led to the addition of the bracketed parts in Article 4(1), except for the last sentence.

50 Since the concern was well-received but the proposals to meet it were not considered satisfactory by the meeting as a whole, another way to deal with the issue could be to

[24] This may be the case where the issue of unequal bargaining power is considered to belong to the category of consent. Again, this relates to the question of delineating the two groups sufficiently clearly in the Convention. If this cannot be achieved, this may speak in favour of not treating the various issues separately.

[25] See *supra*.

[26] Again, reference is made to the examples provided by Article 2 c) of the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods* and by Article 2 a) of the *1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

[27] This issue has already been discussed *supra*, in relation to substantive validity of a choice of court clause. If the Convention were limited to choice of court clauses, the answer would probably be that national rules on exclusive jurisdiction would either have to be incorporated into the Convention as restrictions on substantive validity, or they would not be of relevance. Were the Convention to contain further bases of jurisdiction, it would have to be discussed whether existing national rules on exclusive jurisdiction require certain carve-outs from the scope of the Convention as such or from the respective rule on jurisdiction (see *infra*).

[28] This applies in particular to the validity of registered industrial property rights, to a lesser extent to the infringement of those rights and to a minor extent to copyright. Litigation related to IP licensing, however, is generally not covered by exclusivity.

[29] In the 1999 Draft and the 2001 Interim Text, admiralty or maritime matters are excluded from scope under Article 1(2) h). This was closely related to the presence of a provision on employment contracts at that time. Without such a provision, re-inclusion of the aspect of maritime matters mentioned here may perhaps be considered.

[30] This is mentioned here for the sake of completeness. However, as to the working method regarding exclusions and inclusions, it is suggested to follow the approach proposed *supra*, in footnote 16 by considering the question with regard to each white list ground of jurisdiction separately.

[31] See footnote 15 of the 2001 Interim Text for the different proposals on this issue.

[32] Article 3(3) of the *Rome Convention of 19 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations* (O.J L 266, 09.10.1980, p. 1) implies that the Convention is also applicable in cases where the parties have chosen a foreign law but "all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only".

question serait d'ajouter un alinéa ou article supplémentaire[33] comme suit : « Aucune disposition de la présente Convention n'affectera la compétence *rationae materiae* ».

d) Mesures provisoires

51 La situation actuelle – très simplifiée – est la suivante : un certain nombre de ressorts du Commonwealth ne prévoient pas de mesures provisoires à moins que la procédure au fond n'y soit également pendante. Dans d'autres États, il est courant de demander une mesure provisoire dans l'État où elle doit être exécutée, indépendamment de la procédure au fond en cours ou devant être engagée ailleurs. En outre, les Conventions de Bruxelles[34] et Lugano[35] ainsi que le Règlement de Bruxelles[36] prévoient la reconnaissance et l'exécution de mesures provisoires dans d'autres États contractants, sous réserve de l'accomplissement de certaines conditions.

52 Si le Projet sur les jugements devait désormais fixer certaines règles sur les clauses d'élection de for, notamment lorsqu'elles sont exclusives, il faudrait répondre aux questions suivantes :

– Devrait-il être possible d'obtenir une mesure provisoire d'une juridiction autre que celle choisie ? Si la réponse à la première question est affirmative en principe, faudrait-il faire une distinction entre clauses d'élection de for exclusives et non exclusives ? Si la réponse à la première question est affirmative en principe, faudrait-il faire une distinction entre différents types de mesures provisoires[37] ?

– Serait-il nécessaire de rendre la décision (affirmative ou négative) explicite ?

53 À ce stade, la question n'est pas encore de savoir s'il devrait y avoir un chef de compétence dans la Convention pour délivrer des mesures provisoires ou si de telles mesures devraient être reconnues et exécutées en application de la Convention – une question qui était controversée dans les débats passés. La question est de savoir si nous souhaitons dire explicitement que seule la juridiction choisie peut prendre de telles mesures provisoires, ou si nous souhaitons dire que, nonobstant une clause d'élection de for (non) exclusive, la Convention n'entend pas faire obstacle à l'obtention de mesures provisoires auprès de juridictions autres que la juridiction choisie.

54 Si l'on devait limiter la possibilité d'accorder des mesures provisoires à la seule juridiction choisie, il faudrait probablement discuter plus tard de la reconnaissance et de l'exécution de telles mesures provisoires dans les autres États contractants afin d'assurer que les actifs qui y sont situés peuvent être exploités par le demandeur. Dans le cas contraire, cette règle pourrait être équivalente à un déni de justice.

55 Si, en revanche, la réponse aux première, deuxième et quatrième questions était affirmative, permettant donc à des juridictions autres que les juridictions choisies à titre exclusif d'accorder des mesures provisoires, il serait nécessaire de développer ce point.

Structure

a) Blanc / gris / noir

56 Une Convention sur les clauses d'élection de for dans les affaires entre professionnels ne comporterait qu'une seule règle blanche de compétence, plus des règles sur la reconnaissance et l'exécution de décisions fondées sur cette disposition. Cela implique nécessairement que les règles de compétence en droit national restent applicables dans chaque État partie, maintenant donc le statu quo sous la forme d'une large zone grise.

57 Cependant, bien que cela ne soit pas strictement nécessaire au fonctionnement des règles susvisées qui sont essentielles pour une telle « convention minimum », l'ajout d'une liste noire est théoriquement possible dès ce stade d'une Convention très restrictive. À l'égard de sa nécessité, de son opportunité et de sa teneur possible, les États membres pourraient cependant souhaiter rechercher un équilibre entre blanc et noir selon des considérations de politique et à la lumière des discussions antérieures.

b) Forum non conveniens, refus d'exercer la compétence et questions apparentées

58 La principale valeur ajoutée d'une Convention sur les clauses d'élection de for identifiée par le Document préliminaire No 18 est la certitude juridique. Les parties pourraient en tirer la certitude que (aa) la juridiction choisie (à titre exclusif ?) et effectivement saisie n'aura pas le pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer sa compétence pour des raisons d'incommodité. En outre, les parties pourraient être certaines de ce que (bb) toute juridiction d'un État contractant renverrait l'affaire pour incompétence ou surseoirait à statuer si les parties avaient choisi à titre exclusif les juridictions d'un autre État (contractant ?). Enfin, les parties pourraient avoir la certitude que (cc) tout tribunal d'un État contractant autre que la juridiction choisie à titre exclusif ne s'immiscerait d'une quelconque autre manière dans la compétence exclusive de la juridiction choisie.

59 Un choix d'orientation politique devra donc être fait quant à savoir si les États sont disposés à adopter ces trois objectifs des clauses d'élection de for dans la Convention. En cas de réponse affirmative, il faudra alors décider si des règles régissant le pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer la compétence seraient nécessaires dans la Convention. En outre, il faudra décider si une règle est nécessaire pour interdire aux juridictions autres que la juridiction choisie de s'immiscer dans l'audition de l'affaire par la juridiction choisie.

60 Les paragraphes ci-dessous démontreront que pour atteindre ces objectifs, des règles selon le modèle de celles figurant actuellement aux articles 21 et 22 du Texte provisoire pourront également être nécessaires dans une Convention limitée à une compétence unique en liste blanche sur les clauses d'élection de for. En outre, nous indiquerons les endroits où des décisions de fond sont nécessaires et ceux où de légères modifications pourront être nécessaires du fait de la limitation d'une telle Convention à une seule compétence en liste blanche. Comme point de départ, on suppose que le consensus atteint sur les objectifs de politique sous-tendant les articles 21 et 22 reste en vigueur.

aa) Discrétion de la juridiction choisie?

61 Le silence de la Convention donnerait probablement lieu à des avis divergents quant à savoir si les principes et règles nationaux de la juridiction saisie, qui prévoient le pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer la compétence, resteraient applicables. Les juridictions des États de *common law* familiers du principe de *forum non conveniens* pourraient continuer d'exercer la discrétion permise par le droit national

[33] La création d'un article général distinct faciliterait la rédaction si de nouveaux motifs en liste blanche étaient ajoutés par la suite, car l'article couvrirait alors également ces motifs supplémentaires.
[34] JO C 27, 26.01.1998, p. 1.
[35] JO L 319, 25.11.1988, p. 9.
[36] JO L 12, 16.01.2001, p. 1.
[37] On pourrait par exemple discuter d'une distinction entre (1) les ordonnances conservatoires rendues dans un État contractant autre que l'État contractant de la juridiction choisie en vue de protéger les actifs à l'appui d'une procédure au fond devant la juridiction choisie ; (2) les ordonnances provisoires de paiement et autres comportant une injonction de faire ; (3) les mesures interdisant des conduites prétendument illicites ou occasionnant / susceptibles d'occasionner un préjudice actuel ou imminent.

include a further paragraph or article[33] as follows: "Nothing in this Convention shall affect subject matter jurisdiction."

d) Interim relief

51 The present situation is – very simply speaking – as follows: A number of Commonwealth jurisdictions do not provide for interim relief unless the proceedings on the merits are also pending there. In other States, it is common practice to request interim relief in the State where it is supposed to be enforced, independent of proceedings on the merits which are pending or will have to be brought elsewhere. In addition, the Conventions of Brussels[34] and Lugano[35] as well as the Brussels Regulation[36] provide for recognition and enforcement of interim measures in other Contracting States, provided that certain conditions are fulfilled.

52 If the Judgments Project now were to establish certain rules on choice of court clauses, in particular where they are exclusive, the following questions would have to be answered:

– Should it be possible to obtain interim relief from a court other than the chosen court? If the answer to the first question in principle is positive, should there be a distinction between exclusive and non-exclusive choice of court clauses? If the answer to the first question in principle is positive, should there be a distinction between different types of interim measures?[37]

– Would it be necessary to make the decision (whether positive or negative) explicit?

53 At this stage, the question is not yet whether there should be a basis of jurisdiction in the Convention to issue interim measures or whether such measures should be recognised and enforced under the Convention – an issue which used to be controversial in past discussions. The question is whether we want to say explicitly that only the chosen court may issue such interim relief, or whether we want to say that, notwithstanding a(n) (non-)exclusive choice of court clause, the Convention does not want to create an obstacle for interim relief being obtained from courts other than the chosen court.

54 If one were to restrict the possibility of granting interim relief to the chosen court only, one would later probably need to discuss recognition and enforcement of such interim measures in other Contracting States in order to make sure that the assets located there can be exploited by the plaintiff. Otherwise the rule could amount to a denial of justice.

55 If, on the other hand, the answers to the first, second and fourth questions were in the affirmative, thus allowing courts other than the exclusively chosen courts to grant interim relief, it would be necessary to expand further on this.

[33] To make it a separate general article would facilitate drafting if further white list bases were added later because the article would then equally cover these additional bases.
[34] OJ C 27, 26.01.1998, p. 1.
[35] OJ L 319, 25.11.1988, p. 9.
[36] OJ L 12, 16.01.2001, p. 1.
[37] One could, for instance, discuss a distinction between (1) freezing orders taken in a Contracting State other than the Contracting State of the chosen court in order to protect assets in support of proceedings on the merits before the chosen court, (2) interim payment orders and other orders ordering specific performance, (3) measures restraining conduct which is allegedly unlawful or which is causing or likely to cause current or imminent future harm.

Structure

a) White / grey / black

56 A Convention on choice of court clauses in B2B cases would include only one white rule on jurisdiction, plus rules on recognition and enforcement of decisions based on that provision. This necessarily implies that the rules on jurisdiction under national laws continue to apply in each State Party, thus retaining the status quo in the form of a large grey area.

57 However, although not strictly required for the functioning of the aforementioned rules, which are essential for such a "minimum Convention", the addition of a black list is theoretically possible already at this stage of a very restricted Convention. With regard to its necessity, desirability and possible content, however, Member States might wish to strike a balance between white and black according to policy considerations and in the light of previous discussions.

b) Forum non conveniens, declining jurisdiction and related issues

58 The major added value of a Convention on choice of court clauses as identified by Preliminary Document No 18 is legal certainty. Parties could thereby be certain that (aa) the court (exclusively?) chosen and actually seized will have no discretion to decline jurisdiction for reasons of inconvenience. Moreover, parties could be certain that (bb) any court of a Contracting State would dismiss the case for lack of jurisdiction or suspend proceedings if the parties had exclusively chosen the courts of another (Contracting?) State. Thirdly, parties could be certain that (cc) any court of a Contracting State other than the court exclusively chosen would not interfere in any other way with the exclusive jurisdiction of the chosen court.

59 A policy choice will therefore have to be made as to whether States are prepared to adopt these three goals of a rule on choice of court clauses in the Convention. In the case of an affirmative answer, it will then have to be decided whether any rules governing discretion to decline jurisdiction would be necessary in the Convention. Moreover, it will have to be decided whether any rule is required to prevent courts other than the court exclusively chosen from interfering with the chosen court's hearing the case.

60 The following paragraphs will demonstrate that, in order to achieve these goals, rules along the lines of those contained presently in Articles 21 and 22 of the 2001 Interim Text may also be necessary in a Convention limited to one white list jurisdiction on choice of court clauses. Moreover, it will be demonstrated where decisions on substance would be necessary and where slight amendments may be required due to the limitation of such a Convention to one white list jurisdiction only. As a starting point, it is assumed that the consensus achieved on the policy goals underlying Articles 21 and 22 still stands.

aa) Discretion of the chosen court?

61 If nothing were said in the Convention, this is likely to give rise to different opinions on whether any existing national doctrines and rules of the court seized providing for discretion to decline jurisdiction would continue to apply. Courts in common law States familiar with the doctrine of *forum non conveniens* might continue to exercise discretion offered by

quant à la décision de rejeter une affaire. Ceci nuirait gravement à l'atteinte des objectifs de la Convention.

62 Un moyen simple d'y remédier serait d'inclure une interdiction de l'application du principe de *forum non conveniens* ou toute règle semblable de refus d'exercer la compétence, suivant l'exemple de l'article 22(7) du Texte provisoire. Cela nécessiterait une décision quant à savoir si l'application d'un quelconque principe national de *forum non conveniens* ou autre semblable devrait être interdit à la juridiction choisie uniquement dans le cas d'une clause d'élection de for exclusive, ou également si la clause d'élection de for était non exclusive.

63 Afin d'expliquer pourquoi une réponse à cette seconde question est essentielle, il peut être utile d'examiner la solution actuelle de l'article 22 du Texte provisoire qui fait effectivement une distinction[38] entre clauses d'élection de for exclusives et non exclusives.

Clause d'élection de for exclusive

64 L'article 22, selon son alinéa 1, ne s'applique que lorsque la compétence de la juridiction saisie n'est pas fondée sur une clause d'élection de for exclusive valable en application de l'article 4. L'idée sous-jacente était de donner à la juridiction choisie par une clause d'élection de for non exclusive une discrétion autonome limitée dans le cadre de la Convention, et ce qui est plus important, d'interdire à la juridiction choisie cette discrétion limitée de se déclarer incompétente au bénéfice de la prévisibilité. Cette exclusion serait encore plus nécessaire à l'égard de la discrétion – généralement plus étendue – accordée par les principes nationaux de *forum non conveniens*, notamment lorsque cette prévisibilité est le principal objectif de l'existence d'une Convention sur les clauses d'élection de for.

65 Bien que le Texte provisoire démontre qu'il n'y avait pas de consensus sur une règle proposée à l'article 22(7) qui interdisait à toute juridiction disposant d'une compétence en liste blanche d'appliquer le principe national de *forum non conveniens*, ceci peut résulter du grand nombre de motifs en liste blanche qui figuraient dans cette disposition. Cette évaluation pourrait être différente si une telle clause devait être limitée à la seule juridiction choisie.

Existe-t-il un consensus selon lequel une juridiction saisie sur le fondement d'une clause d'élection de for exclusive ne peut appliquer aucun principe national de forum non conveniens que connaîtrait son État ?

66 Si tel est le cas, aucune règle autonome sur la déclaration d'incompétence ne serait nécessaire dans la Convention. Cependant, une interdiction à l'égard de l'application de règles nationales dans ce domaine, comme indiqué ci-dessus, serait nécessaire.

Clause d'élection de for non exclusive

67 Lorsque la clause d'élection de for n'est pas exclusive, l'article 22(1) actuel permet bien à la juridiction choisie et effectivement saisie de refuser d'exercer sa compétence conformément à l'article 22.

Existe-t-il un consensus selon lequel une juridiction saisie sur le fondement d'une clause d'élection de for non exclusive peut exercer un pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer sa compétence en application de l'article 22 mais ne peut appliquer aucun principe national de forum non conveniens *que connaîtrait son État ?*

[38] La première phrase de l'art. 4(1) crée une présomption d'exclusivité de la clause d'élection de for, sauf accord contraire des parties.

68 S'il était décidé que les principes et règles nationaux restent applicables, aucune règle dans la Convention ne serait nécessaire. Si, en revanche, il était décidé que les principes et règles nationaux ne devraient pas être appliqués par la juridiction choisie, une règle autonome dans la Convention telle que celle actuellement proposée à l'article 22 serait nécessaire. Dans un but de clarté, il pourrait être nécessaire de la compléter d'une interdiction d'application de ces principes et règles nationaux.

bb) Obligation pour toute juridiction saisie dans un État contractant de rejeter l'affaire pour incompétence ou surseoir à statuer si les parties avaient choisi les juridictions d'un autre État

Clause d'élection de for exclusive

69 Si la clause d'élection de for était exclusive, toute juridiction d'un État contractant autre que l'État de la juridiction choisie serait tenue de rejeter l'affaire pour incompétence à moins que la Convention ne lui accorde le droit d'invalider et de ne pas tenir compte d'une clause d'élection de for indiquant un autre État. Cette obligation n'est actuellement exprimée qu'en partie dans l'article 4 lui-même : la deuxième phrase de l'article 4(1) oblige les tribunaux des États contractants à « se déclarer incompétents »[39] ou surseoir à statuer au bénéfice d'une juridiction choisie dans un État non contractant. Si la juridiction choisie est située dans un État contractant, la même obligation de rejeter l'affaire pour incompétence découle indirectement des termes d'introduction de l'article 17 permettant aux juridictions des États contractants de faire usage des règles de compétence prévues par le droit national seulement « sous réserve de l'article 4 ».

70 Si la Convention ne devait comporter qu'un chef de compétence sur le modèle de l'article 4, il serait nécessaire d'indiquer[40] que lorsqu'il existe un accord exclusif d'élection de for, toute juridiction d'un État contractant autre que la juridiction choisie doit (surseoir à statuer ou)[41] rejeter l'affaire pour incompétence même si la compétence existe en droit national.

71 On peut supposer que les juridictions pourraient faire un usage plus étendu du sursis, au moins tant qu'il n'est pas clair si la juridiction choisie va considérer la clause d'élection de for comme valable.

72 Si la juridiction choisie juge la clause valable, la juridiction (non choisie) première saisie devra rejeter l'affaire. Si la juridiction choisie juge la clause non valable et ne se déclare pas compétente en vertu de son droit national mais rejette l'affaire, la procédure devant la juridiction (non choisie) première saisie peut reprendre. Si la juridiction choisie juge la clause non valable mais souhaite néanmoins exercer sa compétence en vertu de son droit national, il faudra examiner si ceci devrait être traité par les articles 21 et 22 afin d'éviter des

[39] Il faut remarquer que l'expression « *to decline jurisdiction* » dans la deuxième phrase de la version anglaise de l'art. 4(1) (« se déclarer incompétents » dans la version française) n'a pas le même sens que la même expression utilisée dans la version anglaise de l'art. 22 (« refuser d'exercer la compétence » dans la version française). À l'art. 4, cela signifie que la juridiction est incompétente en application de la Convention. L'art. 22, en revanche, est fondé sur l'hypothèse que la juridiction est effectivement compétente (compétence en liste blanche ou éventuellement, comme proposé dans la partie entre crochets de l'art. 22(6), compétence en zone grise compatible avec la liste blanche). L'art. 22 accorde alors à cette juridiction un pouvoir discrétionnaire limité pour refuser d'exercer cette compétence existante. Afin d'éviter la confusion, dans le présent document l'expression « refuser d'exercer la compétence / *to decline jurisdiction* » est donc limitée à l'art. 22. En dépit de la formulation de l'art. 4(1) en sa version anglaise, les termes « rejeter l'affaire pour incompétence / *to dismiss the case for lack of jurisdiction* » seront utilisés lorsqu'il sera question des obligations d'une juridiction incompétente.

[40] Ceci pourrait être traité soit à l'art. 4, soit dans un article sur le modèle de l'actuel art. 17, délimitant la Convention du droit national.

[41] La décision de savoir si les juridictions sont tenues de rejeter l'affaire pour incompétence ou uniquement de surseoir à statuer est liée à la question de savoir si l'on souhaite réserver la décision concernant (tout ou partie des éléments de) la validité à la seule juridiction choisie, ou si toute juridiction saisie peut en décider.

national law as to whether to dismiss the case. This would seriously hamper achieving the aim of the Convention.

62 A simple way to remedy this would be to include a prohibition on application of the doctrine of *forum non conveniens* or any similar rule for declining jurisdiction, following the example of Article 22(7) of the 2001 Interim Text. This would require a decision as to whether the application of any national doctrine of *forum non conveniens* or similar should be barred for the chosen court only in cases of an *exclusive* choice of court clause or also if the clause were *non-exclusive*.

63 In order to make clear why it is essential to answer this second question, it might help to take a look at the present solution in Article 22 of the 2001 Interim Text which does distinguish[38] between exclusive and non-exclusive choice of court clauses:

Exclusive choice of court clause

64 Article 22, according to its paragraph 1, only applies when the jurisdiction of the court seized is not founded on an *exclusive* choice of court agreement valid under Article 4. The underlying idea was to give the court chosen in a non-exclusive choice of court clause a limited autonomous discretion under the Convention, and, more importantly, to *exclude* even such limited discretion to decline jurisdiction for the court exclusively chosen in favour of foreseeability. This exclusion would be even more necessary with regard to the – generally wider – discretion offered by national doctrines of *forum non conveniens*, in particular where such foreseeability is the major purpose in having a Convention on choice of court clauses.

65 Although the 2001 Interim Text demonstrates that there was no consensus on a rule proposed in Article 22(7) which would prohibit any court having white-list jurisdiction to apply the national doctrine of *forum non conveniens*, this may be due to the large number of white list grounds which were contained in that provision. The assessment might be different if such a clause were limited to the chosen court only.

Is there consensus that a court seized on the basis of an exclusive choice of court clause may not apply any national doctrine of forum non conveniens which might be known in its State?

66 If this is the case, no autonomous rule on declining jurisdiction would be required in the Convention. However, a prohibition with regard to the application of national rules in this area, as mentioned above, would be necessary.

Non-exclusive choice of court clause

67 Where the choice of court clause is *not exclusive*, the present Article 22(1) *does* allow the court chosen and actually seized to decline jurisdiction in accordance with Article 22.

Is there consensus that a court seized on the basis of a non-exclusive choice of court clause may exercise discretion to decline jurisdiction according to Article 22 but may not apply any national doctrine of forum non conveniens *which might be known in its State?*

[38] Article 4(1), first sentence, establishes the presumption that the choice of court clause is exclusive unless the parties have agreed otherwise.

68 If it were decided that national doctrines and rules may continue to apply, no rule in the Convention would be necessary. If, on the contrary, it were decided that national doctrines and rules should not be applied by the chosen court, an autonomous rule in the Convention such as the one presently suggested in Article 22 would be required. For the sake of clarity, it may have to be complemented by a prohibition to apply these national doctrines and rules.

bb) Obligation of any court seized in a Contracting State to dismiss the case for lack of jurisdiction or to suspend proceedings if the parties had chosen the courts of another State

Exclusive choice of court clause

69 If the choice of court clause were *exclusive*, any court in any Contracting State other than the State of the chosen court would be obliged to dismiss the case for lack of jurisdiction unless it is entitled by the Convention to invalidate and disregard a choice of court clause pointing to another State. This obligation is at present only partly expressed in Article 4 itself: Article 4(1), second sentence, obliges courts of Contracting States to "decline"[39]jurisdiction or to suspend proceedings in favour of a chosen court in a *non-Contracting* State. If the chosen court is located in a *Contracting* State, the same obligation to dismiss the case for lack of jurisdiction flows indirectly from the introductory words to Article 17 that allow the courts of Contracting States to make use of jurisdiction rules provided by national law only "subject to Article 4".

70 If the Convention were to contain only one basis of jurisdiction along the lines of Article 4, it would be necessary to make it explicit[40] that where there is an exclusive choice of court agreement, any court in a Contracting State other than the chosen court must (suspend proceedings or)[41] dismiss the case for lack of jurisdiction although there might exist jurisdiction under national law.

71 It is to be expected that courts might make more use of a suspension, at least as long as it is not clear whether the chosen court will consider the choice of court clause to be valid. If the chosen court holds the clause to be valid, the (non-chosen) court first seized shall dismiss the case.

72 If the chosen court holds the clause to be invalid and does not assume jurisdiction under its national law but dismisses the case, the proceedings before the (non-chosen) court first seized may be resumed. If the chosen court holds the clause to be invalid and would nevertheless wish to assume jurisdiction under its national law, it will have to be examined whether this should be dealt with by Articles 21 or 22 in order to avoid parallel proceedings in the two States having both grey area jurisdiction, or whether two grey bases were such a weak connection to the Convention that the ques-

[39] It has to be pointed out that the expression "to decline jurisdiction" in the English version of Article 4(1), second sentence ("*se déclarer incompétents*" in the French version), does not have the same meaning as the same expression used in the English version of Article 22 ("*refuser d'exercer la compétence*" in the French version). In Article 4, this means that the court lacks jurisdiction under the Convention. Article 22, on the other hand, is based on the assumption that the court does have jurisdiction (either white list jurisdiction or perhaps, as suggested in the bracketed part of Article 22(6), a grey area jurisdiction consistent with the white list). Article 22 then gives this court a limited discretion to decline the exercise of this existing jurisdiction. In order to avoid confusion, in this paper the expression "to decline jurisdiction / *refuser d'exercer la compétence*" is therefore limited to Article 22. In spite of the words used in the English version of Article 4(1), whenever the obligations of a court *not* having jurisdiction are being discussed, the words "to dismiss the case for lack of jurisdiction / *rejeter l'affaire pour incompétence*" are used.

[40] This could be dealt with either in Article 4 or in an article along the lines of the present Article 17, delineating the Convention from national law.

[41] The decision whether the court shall be obliged to dismiss the case for lack of jurisdiction or only to suspend proceedings is related to whether one wants to reserve the determination of (some or all elements of) validity to the chosen court only, or whether any court seized may decide this.

procédures parallèles dans les deux États tous deux compétents en zone grise, ou si deux chefs gris sont un lien avec la Convention si ténu que les questions de litispendance / *forum non conveniens* devraient être laissées au droit national.

Serait-il nécessaire de traiter les clauses d'élection de for en faveur de juridictions dans d'autres États contractants différemment de celles visant les juridictions d'États non contractants[42] *?*

Clause d'élection de for non exclusive

73 Bien qu'en vertu de la Convention, aucun motif concurrent de compétence blanche ne serait disponible, dans le cas d'une clause d'élection de for non exclusive, il est concevable que les juridictions de deux États contractants différents soient licitement saisis, l'une en application de la Convention, sur le fondement de la clause d'élection de for (motif blanc) et l'autre en droit national (zone grise) par un demandeur ne se fondant pas sur la clause d'élection de for.

74 Si, dans une Convention concernant uniquement les clauses d'élection de for, l'article 17 actuel manquait, il faudrait ailleurs disposer explicitement que, dans les cas où il n'existe pas de clause d'élection de for exclusive visant un autre État, les règles de compétence du droit national restent disponibles en principe.

75 Il n'y a donc pas d'obligation de la juridiction saisie mais non choisie de rejeter l'affaire.

Mais y-a-t-il une discrétion de refuser d'exercer sa compétence ?

76 Actuellement, la règle autonome de la Convention sur le refus d'exercer la compétence ne s'applique pas si la juridiction saisie n'a qu'une compétence en zone grise (art. 22(6)). Les règles nationales, là où elles existent effectivement, s'appliqueraient donc. Les juridictions des pays de *common law* pourraient donc disposer de larges pouvoirs discrétionnaires pour refuser d'exercer leur compétence en vertu du droit national en faveur de la juridiction choisie, alors que les juridictions des pays de droit civil pourraient ne pas en disposer. Une règle dans la Convention n'est pas requise si les décisions de politique et d'orientation prises dans l'article 22 actuel sont maintenues. Si, en revanche, il est jugé opportun d'établir une norme commune, il sera nécessaire de modifier l'article 22(6).

cc) Immixtion possible d'une juridiction d'un État contractant autre que la juridiction choisie par les parties à titre exclusif

77 Cela concerne la question des injonctions anti-procédures (« *anti-suit injunctions* ») dans les cas suivants : les juridictions d'un État contractant ont été désignées par une clause d'élection de for exclusive, et la procédure y est effectivement engagée. Cependant, le défendeur de cette procédure s'adresse alors à la juridiction d'un autre État contractant et demande une injonction anti-procédures interdisant au demandeur de la première procédure de poursuivre la procédure. Cela pourrait survenir, par exemple, dans une affaire où la personne demandant l'injonction anti-procédures souhaite recouvrer une indemnité auprès d'un tiers si ce requérant est condamné dans la première procédure devant la juridiction choisie et le tiers n'est pas soumis à la compétence de la juridiction choisie. Elle pourrait également survenir lorsque d'autres questions d'efficacité de la justice sont en cause, par exemple en cas de pluralité de défendeurs où un seul, parmi un grand nombre de défendeurs, est soumis à la compétence de la juridiction choisie.

La Convention devrait-elle comporter une règle interdisant aux juridictions d'États contractants de délivrer des injonctions anti-procédures à l'égard de procédures devant la juridiction d'un autre État contractant qui a été désignée par une clause d'élection de for exclusive ?

dd) Conclusion

Pouvoir discrétionnaire de la juridiction choisie

78 Dans le cas d'une juridiction choisie dans une clause d'élection de for exclusive, une règle autonome dans la Convention est nécessaire pour exclure tout pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer la compétence pour des raisons de commodité dont cette juridiction pourrait disposer selon son droit national. Afin d'atteindre cet objectif, une simple interdiction selon le modèle de l'article 22(7) pourrait suffire.

79 Cependant, dans le cas d'une clause d'élection de for non exclusive, une règle autonome dans la Convention établissant un mécanisme complet, c'est-à-dire quelque chose de semblable à l'article 22 du Texte provisoire, est nécessaire pour remplacer la discrétion éventuelle de la juridiction choisie en droit national de refuser d'exercer sa compétence pour des raisons de commodité.

Obligations de la juridiction saisie mais non choisie

80 À l'égard de toute juridiction saisie qui n'est pas la juridiction choisie, il faudrait dire que :

– dans le cas d'une clause d'élection de for non exclusive, une disposition telle que l'article 17 pourra être nécessaire pour expliciter que les chefs de compétence nationaux restent utilisables ;

– dans le cas d'une clause d'élection de for exclusive, il faudrait expliciter un devoir pour la juridiction saisie mais non choisie de rejeter l'affaire pour incompétence (ou surseoir à statuer ?) ;

– il pourra être envisagé de distinguer entre les clauses d'élection de for en faveur des juridictions d'États contractants ou d'États non contractants.

Obligation de toute juridiction non choisie de ne pas s'immiscer dans la procédure devant la juridiction choisie

81 Il pourra être nécessaire de discuter de la nécessité éventuelle d'une règle interdisant les injonctions anti-procédures à l'encontre de procédures engagées devant la juridiction exclusivement choisie d'un État contractant.

c) Litispendance

82 Lorsque la juridiction première saisie n'est pas la juridiction choisie, il faut décider si des règles en matière de litispendance sont nécessaires.

aa) Clause d'élection de for exclusive

83 Lorsque la juridiction première saisie dispose d'une compétence selon son droit national mais n'est pas située dans l'État choisi par une clause d'élection de for exclusive, l'article 4 obligerait cette juridiction à donner effet à la clause et rejeter l'affaire pour incompétence.

[42] Une distinction possible pourrait consister à obliger expressément la juridiction non choisie d'un État contractant à rejeter l'affaire pour incompétence immédiatement si la juridiction choisie est dans un autre État contractant. Si elle est située dans un État non contractant, la Convention pourrait prévoir d'abord un sursis, puis, dès qu'il est clair que la juridiction choisie se déclare compétente, un rejet par la juridiction non choisie. D'une manière générale, il faudra discuter de la question de savoir si les clauses d'élection de for en faveur d'États non contractants seront honorées en application de la Convention. Il est bien possible qu'un demandeur saisisse la juridiction d'un État contractant qui n'est pas choisie parce que la décision devra être exécutée dans cet État et qu'il est clair qu'un jugement rendu par la juridiction choisie dans un État non contractant ne serait pas exécutée dans cet État contractant.

tion of *lis pendens / forum non conveniens* should be left to national law.

Would it be necessary to treat choice of court agreements in favour of courts in other Contracting States differently from those in favour of courts of non-Contracting States?[42]

Non-exclusive choice of court clause

73 Although under the Convention, no competing white bases of jurisdiction would be available, in the case of a *non-exclusive* choice of court clause it is conceivable that courts in two different Contracting States are being lawfully seized – one under the Convention, relying on the choice of court clause (white ground), and the other one under national law (grey area) by a plaintiff not relying on the choice of court clause.

74 If, in a Convention on choice of court clauses only, the present Article 17 were lacking, it would have to be made explicit elsewhere that, in cases where there is no exclusive choice of court clause pointing to another State, the jurisdiction rules under national law are in principle still available.

75 Therefore, there is no *obligation* of the court seized but not chosen to dismiss the case.

But is there a discretion to decline jurisdiction?

76 At present, the Convention's autonomous rule on declining jurisdiction does not apply if the court seized only has grey area jurisdiction (Article 22(6)). Therefore, national rules, where they do exist, would apply. Courts in common law States might thus have wide discretion to decline jurisdiction under national law in favour of the chosen court while courts in civil law countries may not have this discretion. A rule in the Convention is not required if the policy choices made in the current Article 22 are to be maintained. If, on the other hand, it is considered desirable to establish a common standard, Article 22(6) would have to be amended.

cc) Possible interference of a court of a Contracting State other than the court exclusively chosen by the parties

77 This relates to the issue of anti-suit injunctions in the following case: the courts of one Contracting State were designated by an exclusive choice of court clause, and proceedings are actually brought there. However, the defendant in those proceedings then goes to the court of another Contracting State and asks for an anti-suit injunction ordering the plaintiff of the first proceedings to refrain from continuing the suit. This could happen, for example, in a case where the person requesting an anti-suit injunction wants to recover an indemnity from a third party if the requesting person is held liable in the first proceedings before the chosen court, and the third party is not subject to the chosen court's jurisdiction. It could also arise where other issues of efficiency of justice are concerned, *e.g.*, in a case with multiple defendants where only one out of a large number of defendants were subject to the jurisdiction of the chosen court.

Should the Convention contain a rule prohibiting the courts of Contracting States from issuing anti-suit injunctions with regard to proceedings before the court in another Contracting State which was designated by an exclusive choice of court clause?

dd) Conclusion

Discretion of the chosen court

78 In the case of a court chosen in an *exclusive* choice of court clause, an autonomous rule in the Convention is required in order to *exclude* any discretion to decline jurisdiction for reasons of inconvenience which that court may have under its national law. To achieve this purpose, a simple *prohibition* along the lines of Article 22(7) might be sufficient.

79 In the case of a *non-exclusive* choice of court clause, however, an autonomous rule in the Convention setting up a *full mechanism*, *i.e.*, something along the lines of Article 22 of the Interim text, is required in order to *replace* the chosen court's discretion which may exist under national law to decline jurisdiction for reasons of inconvenience.

Obligations of the court seized but not chosen

80 With regard to any court seized which is *not* the chosen court, it would have to be said that:

– In the case of a non-exclusive choice of court clause, a provision like Article 17 may be needed to make clear that national bases of jurisdiction may still be used.

– In the case of an exclusive choice of court clause, a duty of the court seized but not chosen to dismiss the case for lack of jurisdiction (or to suspend proceedings?) would have to be made explicit.

– It may be considered to distinguish between choice of court clauses in favour of courts in Contracting States and in non-Contracting States.

Obligation of any court not chosen not to interfere with proceedings before the chosen court

81 It may have to be discussed whether a rule prohibiting anti-suit injunctions to the detriment of proceedings brought before the exclusively chosen court of a Contracting State might be necessary.

c) Lis pendens

82 Where the court first seized is not the chosen court, it has to be determined whether rules on *lis pendens* are necessary.

aa) Exclusive choice of court clause

83 Where the court first seized has jurisdiction under its national law but is not located in the State chosen in an exclusive choice of court clause, Article 4 would oblige that court to enforce the clause and dismiss the case for lack of jurisdiction.

[42] One possible distinction could be to explicitly oblige the non-chosen court of a Contracting State to dismiss the case for lack of jurisdiction immediately if the court chosen is in another Contracting State. If it is in a non-Contracting State, the Convention could provide for suspension first and, as soon as it is clear that the chosen court accepts jurisdiction, a subsequent dismissal by the non-chosen court.
In general, it will have to be discussed whether choice of court clauses in favour of non-Contracting States shall be honoured under the Convention. It may well be that a plaintiff seizes the court of a Contracting State which is not chosen because the decision will need to be enforced in that State and it is clear that a judgment rendered by the chosen court in a non-Contracting State would not be enforced in that Contracting State.

84 L'article 21 comporte des règles à l'adresse de la juridiction saisie en second. L'article 21 indique actuellement que la juridiction saisie en second n'est pas tenue de surseoir à statuer en application de l'article 21 si elle est compétente en vertu d'une clause d'élection de for exclusive. La clause d'élection de for exclusive prévaut donc sur l'antériorité à l'égard de la compétence grise.

Avons-nous besoin d'une règle telle que l'article 21(1) in fine qui explicite que la juridiction saisie en second[43] *(mais qui était celle exclusivement choisie) n'est pas tenue de surseoir à statuer ou rejeter l'affaire immédiatement, alors que la juridiction première saisie n'a pas encore rejeté l'affaire ?*

85 Si nous n'incorporions pas de règle autonome à cet égard dans la Convention, il appartiendrait au droit national de la juridiction saisie en second de décider de la marche à suivre à l'égard de la procédure dont elle est saisie alors que la juridiction première saisie n'a pas encore rejeté. Afin de parvenir à l'uniformité et d'éviter un rejet inutile par la juridiction II, suivie de l'engagement ultérieur d'une nouvelle procédure après le rejet par la juridiction I, une règle autonome pourrait être souhaitable.

bb) Clause d'élection de for non exclusive

86 Lorsque la juridiction première saisie dispose d'une compétence grise mais n'est pas dans l'État choisi par une clause d'élection de for non exclusive, l'article 4 n'obligerait pas cette juridiction première saisie à donner effet à la clause et rejeter l'affaire pour incompétence.

87 En supposant que la juridiction saisie en second est la juridiction choisie par la clause non exclusive[44], l'article 21(1) dans sa rédaction actuelle n'impose pas à cette juridiction saisie en second de rejeter l'affaire en faveur d'une simple compétence en zone grise de la juridiction première saisie.

88 Cela semble suggérer que la Convention ne prévoit aucun outil permettant à l'une des deux juridictions saisies de rejeter l'affaire.

89 Cependant, il peut y avoir un chevauchement partiel avec l'article 22. Le problème décrit ici pourrait donc en partie être traité par l'article 22. Cet article accorde à une juridiction (ici la juridiction saisie en second) la possibilité de refuser d'exercer sa compétence également en faveur d'une compétence en zone grise dans un autre État contractant[45].

90 La situation inverse n'est cependant pas corrigée par l'article 22. En effet, si la juridiction première saisie souhaitait refuser d'exercer sa compétence au bénéfice de la juridiction saisie en second désignée par une clause d'élection de for non exclusive, l'article 22 ne serait pas applicable : l'article 22(7) renvoie expressément au droit national si la juridiction première saisie n'a qu'une compétence en zone grise.

91 Si la juridiction saisie en second désignée par une clause d'élection de for non exclusive se considère comme le for le plus approprié et ne souhaite donc pas exercer la discrétion visée au paragraphe précédent, ceci entraînerait des procédures menées dans deux États sans que la Convention ne prévoie de solution.

92 On pourrait conclure de l'absence, dans la Convention, d'une règle pour cette situation que cela laisse un espace d'application au droit national. Les juridictions de *common law* pourront tendre à appliquer les règles de refus d'exercer leur compétence comme le permet l'article 22(7). Cependant, les juridictions des pays de droit civil suivant une stricte démarche de litispendance ne pourraient pas refuser d'exercer une compétence en zone grise en faveur d'une juridiction d'un autre État contractant désignée par une clause d'élection de for non exclusive et saisie en second.

93 Si cela était jugé inopportun, il faudrait modifier l'article 21.

d) Bilatéralisation

94 La question d'une possible bilatéralisation de la Convention (en tout ou partie) n'a jamais été discutée de manière approfondie. Lors de la réunion d'Édimbourg en avril 2001, et de nouveau lors de la première partie de la Session diplomatique de juin 2001, une proposition[46] a été présentée à cet égard.

95 Cependant, on peut supposer qu'avec cette seule et unique compétence blanche fondée sur l'accord des parties, plus une zone grise préservant le statu quo national, une clause prévoyant la bilatéralisation n'est pas nécessaire.

e) Déconnexion

96 La question de la déconnexion n'a pas encore été discutée en détail à l'égard de règles particulières de compétence. Cependant, un certain nombre de propositions a été présenté, qui figurent en annexe I au Texte provisoire. Au cours de l'année 2000, le Bureau Permanent a présenté une analyse des conflits possibles entre le Projet sur les jugements et les instruments existants[47].

97 En outre, il a été demandé aux États membres de fournir des listes et, si possible, les textes des instruments internationaux qui les lient et qui devraient être pris en compte lors de la rédaction d'une clause de déconnexion.

98 Au cours du premier semestre 2001, l'Union européenne et ses États membres ont présenté une liste comportant, entre autres, la Convention de Bruxelles[48] et Lugano. Depuis le 1er mars 2002, la Convention de Bruxelles a été remplacée par le Règlement (CE) No 44/2001 sur la compétence judiciaire et la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale du 22 décembre 2000 pour 14[49] des 15 États membres de l'Union européenne. Dans les paragraphes ci-dessous, ces trois actes seront désignés par l'expression « instruments européens ».

99 Dans un but de clarté, il sera montré ci-dessous comment les propositions figurant en annexe au Texte provisoire affecteraient la déconnexion entre la règle en liste blanche sur les clauses d'élection de for dans le Projet sur les jugements et la règle correspondante des instruments européens[50]. Cette illustration pourra aider à décider si des règles de déconnexion supplémentaires sont nécessaires.

100 La Proposition 3 traite de la déconnexion du chapitre sur la reconnaissance et l'exécution et n'est donc pas examinée ici.

[43] L'obligation de la juridiction première saisie et qui n'est pas la juridiction choisie à titre exclusif est discutée ci-dessus.

[44] À l'heure actuelle, il n'a pas été décidé de manière générale si l'art. 21 (la solution autonome de la Convention en cas de litispendance) contraint la juridiction choisie à titre non exclusif saisie en second à surseoir à statuer en faveur de la juridiction première saisie ne disposant que d'une (catégorie particulière quelconque de) compétence grise (voir le second jeu de crochets dans l'art. 21(1)). Cependant, les chefs de compétence gris privilégiés dans le Texte provisoire par les termes entre crochets ne seraient que celles des compétences grises compatibles avec d'autres chefs en liste blanche dans la Convention. Dans une convention ne comportant qu'une compétence en liste blanche fondée sur l'attribution de compétence, cela n'est pas concevable.

[45] Voir en particulier l'art. 22(4), seconde phrase.

[46] Doc. trav. No 48.

[47] « Note sur les relations entre la future Convention de La Haye sur les jugements et des accords régionaux », notamment les instruments de Bruxelles et de Lugano, diffusée comme annexe II – Ottawa II et annexe Q – Édimbourg. Pour éviter les redondances, le lecteur est invité à se référer à ce document.

[48] Cette Convention reste en vigueur entre les 14 États membres de l'Union européenne désormais liés par le Règlement (CE) No 44/2001 et le Danemark.

[49] À l'exception du Danemark.

[50] On suppose que dans la Proposition 1, le terme « instrument international » comprendrait les actes de la Communauté européenne tels que les règlements.

84 Article 21 contains rules addressed to the court second seized. Article 21 currently states that the court second seized does not have to suspend proceedings under Article 21 if it has jurisdiction under an exclusive choice of court clause. Therefore the exclusive choice of court clause prevails over priority in time in relation to a grey jurisdiction.

Do we need a rule like Article 21(1) in fine which makes it clear that the court second seized[43] *(but which was the one exclusively chosen) does not have to suspend proceedings or dismiss the case immediately, i.e., during the period where the court first seized has not yet dismissed?*

85 If we did not include an autonomous rule on this in the Convention, it would be left to the national law of the court second seized to decide what to do with the proceedings before it while the court first seized has not yet dismissed. To achieve uniformity and avoid an unnecessary dismissal by the court second seized, followed by new proceedings being brought later before that court after dismissal by the court first seized, an autonomous rule may be desirable.

bb) Non-exclusive choice of court clause

86 Where the court first seized has grey jurisdiction but is not in the State chosen in a non-exclusive choice of court clause, Article 4 would not oblige the court first seized to enforce the clause and dismiss the case for lack of jurisdiction.

87 Assuming that the court second seized is the court chosen in the non-exclusive clause,[44] Article 21(1) in its present version does not oblige this court second seized to dismiss the case in favour of a mere grey area jurisdiction of the court first seized.

88 This seems to suggest that the Convention does not provide any tool to enable one of the two courts seized to dismiss the case.

89 However, there may be a partial overlap with Article 22. Therefore the problem described here could in part be dealt with by Article 22. This Article gives a court (here: the court second seized) the possibility to decline jurisdiction also in favour of a grey area jurisdiction in another Contracting State.[45]

90 The reverse situation, however, is not remedied by Article 22: if the court first seized wished to decline jurisdiction in favour of the court second seized which was designated in a non-exclusive choice of court clause, Article 22 would not apply; Article 22(7) explicitly refers to national law if the court first seized only has grey area jurisdiction.

91 If the court second seized which was designated in a non-exclusive choice of court clause considered itself to be the more appropriate forum and would therefore not exercise the discretion mentioned in the preceding paragraph, this would result in proceedings pending in two States without a remedy provided by the Convention.

92 It could be concluded from the lack of a rule for this case in the Convention that this may leave room for national law to apply. Common law courts may tend to apply rules on declining jurisdiction as permitted by Article 22(7). However, courts in civil law countries following the strict *lis pendens* approach would not have the option to refuse to exercise grey area jurisdiction in favour of a court of another Contracting State which was designated in a non-exclusive choice of court clause and seized secondly.

93 If this were considered undesirable, Article 21 would have to be amended.

d) Bilateralisation

94 The question of a possible bilateralisation of the Convention (in whole or in part) has never been thoroughly discussed. At the Edinburgh meeting in April 2001, and again during the First Part of the Diplomatic Conference in June 2001, a proposal[46] was submitted with regard to this issue.

95 However, it may be assumed that with this one white jurisdiction only, based on the agreement of the parties, plus a grey area preserving the national status quo, there is no need for a clause providing for bilateralisation.

e) Disconnection

96 The issue of disconnection has not yet been discussed in detail with regard to specific jurisdiction rules. However, a number of proposals were submitted which are contained in Annex I to the 2001 Interim Text. In the year 2000, the Permanent Bureau presented an analysis of possible conflicts between the Judgments Project and existing instruments.[47]

97 Moreover, Member States were asked to provide lists and, if possible, texts of those international instruments binding them which would have to be taken into account when drafting a disconnection clause.

98 In the first half of the year 2001, the European Union and its Member States submitted a list including, *inter alia*, the Convention of Brussels[48] and Lugano. Since 1 March 2002, the Brussels Convention has been replaced by *Regulation (EC) No. 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters of 22 December 2000* for 14[49] of the 15 European Union Member States. In the following paragraphs, these three instruments will be referred to as "the European instruments".

99 For the sake of clarity, it will be demonstrated below how the proposals contained in Annex I to the 2001 Interim Text would affect the disconnection between the white list rule on choice of court clauses in the Judgments Project and the corresponding rule in the European instruments.[50] This illustration may help to decide whether further disconnection rules are needed.

100 Proposal 3 deals with the disconnection of the chapter on recognition and enforcement and is therefore not discussed here.

[43] The obligation of a court first seized which is not the court exclusively chosen was discussed *supra*.
[44] At present it has not been decided in general whether Article 21 (the Convention's autonomous solution on *lis pendens*) obliges the non-exclusively chosen court second seized to suspend proceedings in favour of a court first seized that only has (some specific sort of) grey jurisdiction (see the second set of square brackets in Article 21(1)). The grey bases of jurisdiction privileged in the 2001 Interim Text by the words between square brackets, however, would only be those grey jurisdictions consistent with other white list bases in the Convention. In a Convention having only one white list jurisdiction based on choice of court, this is not conceivable.
[45] See in particular Article 22(4), second sentence.

[46] Working Document No 48.
[47] Note on the relationship between the future Hague Judgments Convention and regional arrangements, in particular the Brussels and Lugano instruments, distributed as Annex II – Ottawa II and Annex Q – Edinburgh. In order to avoid repetition, reference is made to this document.
[48] This Convention is still in force between the 14 European Union Member States now bound by the Regulation (EC) No. 44/2001 (EC) and Denmark.
[49] With the exception of Denmark.
[50] It is assumed that in Proposal 1, the expression "international instrument" would include European Community instruments such as regulations.

101 Si les Propositions 1 et 4 sont des clauses à large portée rédigées en termes généraux, la Proposition 4 ne fait que disjoindre les règles de compétence dans le Projet sur les jugements de la loi applicable sur le territoire d'une organisation régionale d'intégration économique, et notamment la Communauté européenne.

102 La Proposition 2, en revanche, traite expressément et exclusivement de la déconnexion entre les Conventions de Bruxelles et Lugano et le Règlement de Bruxelles d'une part, et le Projet sur les jugements d'autre part. Si la Proposition 2 était adoptée, ceci signifierait donc qu'une clause supplémentaire disjoignant tout autre instrument international (sur le modèle de la Proposition 1 ?) serait nécessaire.

103 Si, en revanche, au lieu de la Proposition 2, la décision favorisait la Proposition 4, cela aussi nécessiterait une clause de déconnexion générale supplémentaire (sur le modèle de la Proposition 1 ?), couvrant cette fois tout autre instrument international, y compris la Convention de Lugano.

104 En vertu de la Proposition 1, le Projet sur les Jugements prévaudrait sauf déclaration contraire des États parties aux instruments européens. En vertu de la Proposition 2, devant les juridictions d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à la Convention de Lugano (États relevant des instruments européens), les instruments européens prévaudraient dans deux situations : lorsque la juridiction choisie est située dans un État relevant des instruments européens et que soit le demandeur soit le défendeur est domicilié dans un tel État. Si la juridiction choisie n'est pas dans un État relevant des instruments européens, l'article 4 du Projet sur les jugements prévaut même si les deux parties sont domiciliées dans l'Union européenne. La Proposition 4 conduirait au même résultat dans ce cas à l'égard des États membres de l'Union européenne.

II. Et si nous ajoutions une règle de consentement / renonciation / acceptation?

Questions

105 Cette question est traitée immédiatement après la disposition sur les clauses d'élection de for parce qu'il a été décidé en 2001 de supprimer ce qui avait été l'article 5 (consentement à la compétence) dans le Projet de 1999 et d'inclure ce qui est maintenant l'article 4(3) dans le Texte provisoire, intégrant donc cette question dans ce qui vient d'être examiné.

106 Étant donnée la structure possible d'une convention mixte comportant nécessairement au moins un motif en liste blanche et une zone grise (éventuellement complétées par une liste noire), le problème identifié en juin 2001 qui a entraîné la suppression de l'article 5 ancien (consentement à la compétence) continue d'exister. Même si la juridiction saisie est compétente en droit national (mais pas selon la Convention), un défendeur serait obligé de soulever une exception d'incompétence pour éviter le « blanchissage » de ce motif gris de compétence, qui autrement donnerait lieu à reconnaissance et exécution en vertu de la Convention. Cela a entraîné la suppression de l'article 5 tel qu'il figurait dans le Projet de 1999 et l'insertion de ce qui est maintenant l'article 4(3) du Texte provisoire. Cette disposition, dont l'idée a recueilli un consensus[51], augmente les exigences de consentement à la compétence, qui passent de la simple absence de contestation à une acceptation expresse de la compétence par le défendeur devant une juridiction d'un État contractant, complétée par des conditions de forme.

[51] En ce qui concerne la rédaction, on a exprimé l'opinion que la référence à l'expression « par écrit » devait être alignée sur l'art. 4(2). Voir note 26 du Texte provisoire.

107 En tenant compte de cette portée limitée de la disposition et de son intégration actuelle à l'article 4, il est peu probable que cet ajout donnerait lieu à un réexamen du champ d'application matériel de la Convention ou à de nouvelles questions devant être réévaluées.

Structure

a) Blanc / gris / noir et litispendance / refus d'exercer la compétence

108 Si cette forme assez limitée de consentement à la compétence définie à l'article 4(3) du Texte provisoire devait être retenue, on peut supposer que cela ne donnerait pas encore lieu à une évaluation différente de deux des questions examinées ci-dessous, les blanc / gris / noir et la litispendance / refus d'exercer la compétence.

b) Bilatéralisation

109 L'introduction de cette seconde compétence en liste blanche crée-t-elle déjà le besoin d'une clause de bilatéralisation? En d'autres termes, les États contractants souhaiteraient-ils créer la possibilité d'exclure l'application de certaines parties de la Convention à l'égard de certains États?

110 En ce cas, il faudrait définir ces États auxquels une telle bilatéralisation pourrait être appliquée :

– États non membres adhérant à la Convention ?

– tout État non membre de la Conférence de La Haye au moment de l'adoption du projet de Convention ?

– tout État ?

111 En outre, il serait alors nécessaire de décider quelle serait la règle et quelle serait l'exception (c'est-à-dire application à défaut de déclaration contraire ou application uniquement en cas d'acceptation affirmative).

c) Déconnexion

112 Les considérations suivantes sont, pour les raisons indiquées ci-dessus, également limitées aux instruments européens.

113 La règle sur le consentement à la compétence figurant dans les instruments européens (article 18 des Conventions de Bruxelles et Lugano; article 24 du Règlement (CE) No 44/2001) est plus large que l'article 4(3); la compétence en liste blanche est donc établie plus facilement en vertu des instruments européens. Dans la mesure où elle est plus large que dans le Projet sur les jugements, cette compétence serait, dans le contexte du Projet sur les jugements, une compétence grise.

114 En ce qui concerne les instruments européens, il faudra donc décider quand la compétence d'une juridiction d'un État lié par un instrument européen à l'égard d'une personne doit suivre les règles établies par le Projet sur les jugements, et quand la compétence doit suivre les instruments européens[52].

115 Les propositions de clause de déconnexion indiquées en annexe I au Texte provisoire sont examinées ci-dessous en ce qui concerne leurs effets sur le consentement à la compétence. Certaines de ces propositions ayant été rédigées sous l'empire du Projet de 1999, quand il existait encore une règle de consentement à la compétence étendue en article 5,

[52] Cela est compliqué par le fait qu'il existe différentes opinions quant au champ d'application de l'art. 18 des Conventions de Bruxelles et Lugano et de l'art. 24 du Règlement de Bruxelles. Si certains disent que ces dispositions imposent seulement la saisine d'une juridiction d'un État relevant des instruments européens, d'autres y voient des considérations supplémentaires, dérivées de la structure de l'instrument dans son ensemble. Certains en concluent qu'une partie au moins doit être domiciliée dans un État relevant des instruments européens; d'autres exigeraient que le défendeur le soit. L'une des conditions d'une déconnexion efficace – l'identification des conflits possibles – fait donc défaut.

101 While both Proposals 1 and 4 are generally-phrased catch-all clauses, Proposal 4 only disconnects the jurisdiction rules of the Judgments Project from the law applicable within the territory of a regional economic integration organisation, in particular the European Community.

102 Proposal 2, on the other hand, specifically and exclusively addresses the disconnection of the Conventions of Brussels and Lugano and the Brussels Regulation from the Judgments Project. If Proposal 2 were adopted, this would mean that an additional clause disconnecting any other international instrument (along the lines of Proposal 1?) would be necessary.

103 If, on the other hand, instead of Proposal 2 the decision were in favour of Proposal 4, this would again require an additional general disconnection clause (along the lines of Proposal 1?), this time covering any other international instrument including the Lugano Convention.

104 Under Proposal 1, the Judgments Project would prevail unless a contrary declaration is made by the States Parties to the European instruments. Under Proposal 2, before the courts of a European Union Member State or a State Party to the Lugano Convention (European instrument States), the European instruments would prevail in two cases: where the chosen court is in a European instrument State and either the plaintiff or the defendant is domiciled in such a State. If the court chosen is not in a European instrument State, Article 4 of the Judgments Project prevails even if both parties are domiciled in the European Union. Proposal 4 would lead to the same result in this case with regard to European Union Member States.

II. What if we added a rule on consent / waiver / submission?

Issues

105 This question is being dealt with immediately after the provision on choice of court clauses because, in 2001, it was decided to delete what had been Article 5 (submission) in the 1999 Draft and to include what is now Article 4(3) in the 2001 Interim Text, thereby making this issue part of what has just been discussed.

106 Given the possible structure of a mixed convention that necessarily contains at least one white list ground and a grey area (supplemented perhaps by a black list), the problem identified in June 2001 which led to the deletion of the previous Article 5 (submission) continues to exist. Even if there is jurisdiction of the court seized under national law (but not under the Convention), a defendant would be obliged to plead lack of jurisdiction in order to avoid the "whitewashing" of this grey basis of jurisdiction which would otherwise lead to recognition and enforcement under the Convention. This led to the deletion of Article 5 as contained in the 1999 Draft and to the inclusion of what is now Article 4(3) in the 2001 Interim Text. This provision, the idea of which received consensus,[51] increases the requirements of submission from the mere lack of contestation to express acceptance of the jurisdiction by the defendant before a court of a Contracting State, complemented by some formal requirements.

107 Taking into account this limited scope of the provision and its present incorporation into Article 4, it is unlikely that this addition would either give rise to a re-examination of the substantive scope of the Convention or to any other issue to be re-assessed.

Structure

a) White / grey / black and lis pendens / declining jurisdiction

108 If this rather limited form of submission as defined in Article 4(3) of the 2001 Interim Text were to be included, it may be assumed that this would not yet give rise to a different assessment of two of the issues addressed above, namely white / grey / black and *lis pendens* / declining jurisdiction.

b) Bilateralisation

109 Does the introduction of this second white list jurisdiction already create a need for a bilateralisation clause, *i.e.*, would Contracting States like to create the possibility of excluding the application of certain parts of the Convention with regard to certain States?

110 If this were the case, those *States* to which such a bilateralisation might apply would have to be defined:

- Non-Member States acceding to the Convention?

- Any State that is not a Member of the Hague Conference at the time of the adoption of the draft Convention?

- Any State?

111 Moreover, it would then have to be decided which would be the *rule and* which the *exception* (*i.e.*, application unless there is a declaration to the contrary or application only in case of positive acceptance).

c) Disconnection

112 The following considerations are, for the reasons set out above, again limited to the European instruments.

113 The rule on submission contained in the European instruments (Article 18 of the Brussels and Lugano Conventions; Article 24 of Regulation (EC) 44/2001) is wider than Article 4(3); white list jurisdiction is thus established more easily under the European instruments. To the extent that it is wider than under the Judgments Project, such jurisdiction would, in the context of the Judgments Project, be a grey jurisdiction.

114 With regard to the European instruments, it will therefore have to be decided when jurisdiction of a court of a State bound by a European instrument over a person would follow the rules established in the Judgments Project, and when jurisdiction would follow the European instruments.[52]

115 Below, the proposals for a disconnection clause as set out in Annex I to the 2001 Interim Text are being examined as to their effects on submission. Since some of these proposals were drafted under the 1999 Draft where there was still a wide submission rule in Article 5, the following considera-

[51] As to drafting, the view was expressed that the reference to "writing" should be aligned with Article 4(2), see footnote 26 of the 2001 Interim Text.

[52] This is complicated by the fact that there are different opinions as to the scope of application of Article 18 of the Brussels and Lugano Conventions and Article 24 of the Brussels Regulation. While some say that these provisions only require a court in a European instrument State to be seized, others read further conditions into them, deriving from the structure of the instrument as a whole. Some conclude that at least one party must be domiciled in a European instrument State; others would require the defendant to do so. So one condition for successful disconnection – the identification of possible conflicts – is lacking.

les considérations ci-dessous sont fondées sur l'hypothèse que toute règle de consentement dans le Projet sur les jugements relèverait de ces propositions de déconnexion. Si, en revanche, à la lumière de la restriction engagée dans le Texte provisoire de 2001 et des similitudes conséquentes avec les clauses d'élection de for, il semble désormais plus opportun de dissocier ces règles de la même manière que la disposition sur l'élection de for, les arguments développés ci-dessus sous B. I. e) seraient applicables ici, et remplaceraient les considérations ci-dessous.

116 En vertu de la Proposition 1, le Projet sur les jugements prévaudrait, sauf déclaration contraire par les États auxquels les instruments européens s'appliquent. En vertu de la Proposition 2, devant les juridictions d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à la Convention de Lugano, le domicile du défendeur serait déterminant : la règle de La Haye sur le consentement à la compétence prévaudrait si le défendeur n'est pas domicilié dans un État relevant des instruments européens.

117 Ceci signifie que pour un défendeur domicilié dans un État membre de l'Union européenne ou un État partie à la Convention de Lugano, les instruments européens prévaudraient devant les juridictions de ces États. Ces dernières exerceraient donc une compétence grise créée par le consentement à la compétence en vertu des instruments européens même dans les cas où il existe une clause d'élection de for exclusive visant un État partie à la future Convention universelle de la Haye (le Projet sur les jugements) autre que les États auxquels les instruments européens s'appliquent.

118 La Proposition 4 dans ce cas accorde une préférence plus marquée au Projet sur les jugements : ce dernier prévaut sur les Convention et Règlement de Bruxelles devant toute juridiction d'un État Membre de l'Union européenne si l'une des parties (et pas le défendeur seulement) est habituellement résidente hors de l'Union européenne.

III. Et si nous ajoutions une règle sur le for du défendeur (résidence [habituelle])?

Questions

119 En juin 2001, il y avait un accord sur le for du défendeur comme for de compétence générale.

120 Cependant, il n'y avait pas de consensus sur la question de savoir si la « résidence habituelle » ou la « résidence » devrait être ce for général pour les personnes physiques.

121 Il a été proposé par certaines délégations de prévoir une définition de la « résidence habituelle ». Si cette position n'a pas été largement soutenue, le besoin d'une définition a été exprimé par un grand nombre de délégations à l'égard du concept de « résidence »[53].

122 Une fois cette décision prise, la rédaction de l'article 3(3) traitant du for général pour les entités ou personnes autres que les personnes physiques devrait être adaptée en conséquence.

123 Comme pour l'article 4, il faudrait examiner pour le for du défendeur si certains domaines devaient être exclus de l'application de cet article. Cela pourra concerner certains domaines couverts par une compétence exclusive dans certains ou la plupart des droits nationaux (tels que certains aspects du contentieux de la propriété intellectuelle ; le contentieux relatif aux droits réels immobiliers ; etc.).

124 En revanche, là où n'existe aucune compétence exclusive, le for du défendeur est couramment utilisé en vue d'une jonction d'instance ou prorogation de compétence (par exemple dans les affaires de diffamation, responsabilité pour atteinte à l'environnement, contrefaçon de droits d'auteur et autres affaires comportant des effets dans plus d'un État). Il pourra y avoir des domaines où il n'est pas souhaité permettre à ces jugements de bénéficier des règles de reconnaissance et d'exécution de la Convention. Pour traiter cette question au niveau de la compétence, il faudrait retirer de nouveaux pans de cet article.

Structure

a) Champ d'application

125 Si, après avoir discuté et inclus plus d'un chef en liste blanche, il apparaît en définitive qu'il y a un souhait d'exclure un certain sujet de l'application de chacun de ces chefs de compétence en liste blanche, la règle concernant l'exclusion peut être déplacée et insérée dans la disposition générale sur le champ d'application matériel de la Convention.

126 Si, en revanche, un certain sujet n'est exclu que de certains chefs blancs, laissant au moins un chef blanc à disposition, les règles de la Convention en matière de litispendance / refus d'exercer la compétence et sur la reconnaissance et l'exécution resteraient disponibles pour les affaires traitant de ce sujet en ne l'excluant pas du champ d'application.

b) Autres questions d'ordre général

127 Cet ajout n'entraînerait pas nécessairement de changements fondamentaux dans la structure parce que les règles en matière de litispendance / refus d'exercer la compétence seraient, comme nous l'avons vu, probablement déjà nécessaires pour la « convention minimum » susvisée ; il en serait de même pour la clause d'ouverture pour une zone grise ; et pour les règles concernant la reconnaissance et l'exécution[54].

128 Là encore, un changement possible résultant de tout ajout d'un nouveau chef de compétence en liste blanche serait que l'équilibre concernant le besoin et l'opportunité d'une liste noire possible et de son contenu pourrait être recherché à un point différent.

c) Bilatéralisation

129 Si l'ajout précédent à la liste blanche d'un consentement à la compétence ne donnait pas encore lieu à un besoin de bilatéralisation, cela devrait de nouveau être traité ici. En cas de réponse affirmative, outre les questions énumérées ci-dessus en B. II. b), il faudrait décider si une telle bilatéralisation devrait s'appliquer à la Convention dans son ensemble ou à cette seule disposition.

d) Acceptation / opposition (opt in / opt out)

130 À titre soit d'alternative soit de complément à une bilatéralisation (partielle), une disposition d'acceptation / opposition pourrait être discutée.

131 La bilatéralisation se concentre plus sur la concession à des États qui sont ou souhaitent devenir parties à la Convention d'une possibilité de ne pas être automatiquement liés à l'égard de tout autre État déjà partie ou devenant partie par la suite. L'autre État affecté par cette décision n'aurait aucun pouvoir de l'influencer.

[53] Voir l'art. 3(2) et la note 17 du Texte provisoire. Indépendamment de la question de l'existence d'une liste noire, il faudra définir quel degré de présence est nécessaire pour fournir un lien suffisant (comparer avec la « résidence temporaire ou présence du défendeur » mise en liste noire par l'art. 18(2) *i*) du Texte provisoire).

[54] Cependant, le présent document n'examine pas en détail si des modifications mineures, n'affectant pas la structure fondamentale, pourraient être nécessaires dans le chapitre sur la reconnaissance et l'exécution.

tions are based on the assumption that any rule on submission in the Judgments Project would fall under these disconnection provisions. If, on the other hand, in the light of the restriction undertaken in the 2001 Interim Text and of the subsequent similarities to choice of court clauses, it now seems more appropriate to disconnect these rules in the same way as the choice of court provision, the arguments developed above under B. I. e) would apply here, thus replacing the considerations set out below.

116 Under Proposal 1, the Judgments Project would prevail unless a contrary declaration is made by the States to which the European instruments apply. Under Proposal 2, before the courts of an European Union Member State or a State Party to the Lugano Convention, the defendant's domicile would be decisive: The Hague rule on submission would prevail if the defendant is not domiciled in a European instrument State.

117 This means that for a defendant domiciled in an European Union Member State or a State Party to the Lugano Convention, the European instruments would prevail before the courts of those States. The latter would therefore exercise a grey jurisdiction created by submission under the European instruments even in cases where there is an exclusive choice of court clause pointing to a State Party to the future global Hague Convention (the Judgments Project) other than the States to which the European instruments apply.

118 Proposal 4 in this case gives more preference to the Judgments Project: The latter prevails over the Brussels Convention and Regulation before any court in an European Union Member State if any one party (and not only the defendant) is habitually resident outside the European Union.

III. What if we added a rule on the defendant's forum ([habitual] residence)?

Issues

119 In June 2001, there was agreement on the defendant's forum as a forum of general jurisdiction.

120 However, there was no consensus on whether "habitual residence" or "residence" should be this general forum for natural persons.

121 It was suggested by some delegations that there be a definition of "habitual residence". While this was not widely supported, the need for a definition was voiced by a large number of delegations with regard to the concept of "residence".[53]

122 Once this decision has been taken, the drafting of Article 3(3), dealing with the general forum for entities or persons other than natural persons, shall have to be adapted accordingly.

123 As for Article 4, it shall have to be examined for the defendant's forum whether certain areas should be excluded from the application of this Article. This may apply to certain areas which are covered by *exclusive jurisdiction* in some or most national laws (such as certain aspects of IP litigation; litigation relating to rights *in rem* in immovable property, etc.).

124 On the other hand, where *no exclusive jurisdiction* exists, the defendant's forum is frequently being used for consolidation (*e.g.*, in defamation cases, environmental liability, copyright infringement and other cases where there are effects in more than one State). There may be some areas where it is not desired to let such judgments benefit from the Convention's rules on recognition and enforcement. If one were to tackle this at the level of jurisdiction, this would require further carve-outs from this Article.

Structure

a) Scope

125 If, after having discussed and included more than one white list ground, in the end it becomes clear that there is the desire to exclude a certain subject matter from the application of every one of these white list grounds of jurisdiction, the rule on exclusion can be moved to the general provision on the substantive scope of the Convention.

126 If, on the other hand, a certain subject matter is only excluded from some white grounds, leaving at least one white ground available, the Convention rules on *lis pendens* / declining jurisdiction and on recognition and enforcement would remain available for cases covering this subject matter by not excluding it from scope.

b) Further general questions

127 This addition should not necessarily require fundamental changes to the structure because rules on *lis pendens* / declining jurisdiction would, as we have seen, probably already be required for the above-mentioned "minimum Convention"; the same would apply to the opening clause for a grey area, and for the rules on recognition and enforcement.[54]

128 Again, a possible change created by any addition of a further white list ground of jurisdiction might be that the balance concerning the need for or the desirability of a possible black list and its contents may have to be struck differently.

c) Bilateralisation

129 If the previous addition of submission to the white list did not yet give rise to a need for bilateralisation this would again have to be addressed here. In the case of a positive answer, in addition to the questions listed above under B. II. *b)*, it would have to be decided whether such bilateralisation should apply to the Convention as a whole or only to this provision.

d) Opt-in or opt-out

130 Either as an alternative or as a complement to (partial) bilateralisation, an opt-in or opt-out provision could be discussed.

131 Bilateralisation focuses more on giving States which are or wish to become Parties to the Convention the opportunity not to be automatically bound in relation to every other State which is already or shall later become a Party. The other State affected by this decision would not have any power to influence it.

[53] See Article 3(2) and footnote 17 of the 2001 Interim Text. Independent of whether there is to be a black list, it will have to be defined which extent of presence is necessary to provide a sufficient connection (compare with the "temporary residence or presence of the defendant" which was black-listed under Article 18(2) (i) of the 2001 Interim Text).

[54] This paper does not, however, examine in detail whether minor amendments, not affecting the fundamental structure, might be required in the chapter on recognition and enforcement.

132 Une clause d'opposition aurait un effet plus général pour l'État partie qui l'utilise car les règles de compétence affectées par la clause d'opposition ne s'appliqueraient pas à cet État d'une manière générale (et non pas uniquement en relation avec certains autres États parties).

e) Déconnexion

133 Là encore, les rapports avec d'autres instruments internationaux existants devraient être déterminés. À l'égard des instruments européens, il faudrait tenir compte du fait que ces instruments se fondent sur le domicile comme for général du défendeur, alors que le Projet sur les jugements est fondé sur la résidence [habituelle].

134 En ce qui concerne les procédures engagées devant des juridictions d'États relevant des instruments européens, les diverses propositions de déconnexion figurant en Annexe I au Texte provisoire entraîneraient les résultats suivants :

– en vertu de la Proposition 1, la règle de La Haye prévaudrait en l'absence de déclaration contraire effectuée par les États parties aux instruments européens ;

– en vertu de la Proposition 2, la règle de La Haye prévaudrait dans tous les cas ;

– en vertu de la Proposition 4, la règle de La Haye ne prévaudrait que si l'une ou plusieurs parties ne sont pas habituellement résidentes dans l'Union européenne. Il serait encore nécessaire de disjoindre la Convention de Lugano.

IV. Et si nous ajoutions une règle pour les demandes reconventionnelles?

Questions

135 L'insertion d'une règle créant une compétence pour connaître de demandes reconventionnelles (et donc accordant le privilège de reconnaissance et d'exécution en application de la Convention au jugement rendu sur la demande reconventionnelle) devant une juridiction disposant d'une compétence en liste blanche sur le fondement d'un autre motif relevant de la Convention peut aider à contrebalancer les divergences créées par le droit national. Si certains moyens de défense dans certains pays peuvent devoir être soulevés en défense dans la procédure principale, et donc relever de la compétence en liste blanche existant devant cette juridiction pour la demande initiale, dans d'autres pays, le droit procédural national pourra imposer la présentation de ces moyens en défense devant la juridiction au moyen d'une demande reconventionnelle. Si aucun autre motif en liste blanche en vertu de cette Convention n'est applicable, la partie de la décision couvrant la demande reconventionnelle ne serait pas couverte en ce cas par les règles de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution.

136 Un traitement identique de ces deux groupes atténuerait en outre l'importance de la distinction entre les demandes reconventionnelles et des défenses telles que la compensation. Il semble cependant que la distinction visée par les co-rapporteurs aux paragraphes 209 et 210 du Document préliminaire No 11 ait été jugée satisfaisante à ce jour.

137 En juin 2001, il y avait un accord sur le fait qu'il devrait être prévu une compétence fondée sur une demande reconventionnelle et que cette compétence devrait être de celles ouvrant droit à la reconnaissance et à l'exécution en vertu du chapitre III[55].

138 En juin 2001, deux ajouts distincts à l'article 15 ont été proposés afin de prévoir clairement que cet article ne donnerait pas lieu à une compétence *rationae materiae* à l'égard de la demande reconventionnelle si celle-ci ne devait pas par ailleurs relever de la compétence *rationae materiae* de la juridiction en cause. Il n'y avait pas de consensus sur le besoin de rendre cela explicite. Cependant, s'il était décidé de le faire, il pourrait être souhaitable de le faire dans une disposition générale au début de la Convention parce que la même question est posée à l'égard de la disposition d'élection de for[56].

139 Étant donné le fait que la Convention, jusqu'ici, ne comporte aucune règle établissant une compétence exclusive, il faudrait décider comment traiter les questions relevant dans certains droits nationaux d'une compétence exclusive dans des domaines qui ne sont pas exclus du champ d'application de la Convention. Cela se produirait en particulier si un type quelconque de contentieux de la propriété intellectuelle était inclus dans le champ d'application parce que dans les affaires de contrefaçon[57], l'invalidité est un moyen de défense courant qui, selon les règles de procédure de l'État concerné, doit être soulevé en défense dans la procédure initiale, ou à titre de demande reconventionnelle.

Structure

a) Généralités

140 Cet ajout ne devrait pas nécessairement imposer de changements fondamentaux à la structure car les règles de litispendance / refus d'exercer la compétence seraient déjà nécessaires pour les règles de compétence susvisées ; il en serait de même pour la clause d'ouverture pour une zone grise ; et pour les règles concernant la reconnaissance et l'exécution[58].

141 Cependant, à titre de question secondaire de rédaction, il pourra être nécessaire d'adapter l'article 25 en incluant également une référence particulière à la règle de compétence blanche en matière de demandes reconventionnelles[59].

142 En outre, il faudrait examiner si l'ajout d'un nouveau chef de compétence en liste blanche impose déjà une modification de l'équilibre concernant le besoin et l'opportunité d'une éventuelle liste noire et de sa teneur.

b) Bilatéralisation

143 Si les ajouts précédents de consentement à la compétence et de for du défendeur à la liste blanche n'entraînaient pas encore un besoin de bilatéralisation, la question devrait de nouveau être posée ici. Dans l'affirmative, comme pour le for du défendeur, il faudrait décider, outre les questions énumérées ci-dessus en B. II. b), si cette bilatéralisation devrait s'appliquer à la Convention dans son ensemble ou à cette seule disposition. Pour répondre à cette question, il faudrait tenir compte de la réponse apportée à la même question à l'égard du for du défendeur.

c) Acceptation / opposition

144 À titre d'alternative ou de complément à une bilatéralisation (partielle), une disposition d'acceptation / opposition pourrait de nouveau être débattue.

d) Déconnexion

145 Là encore, il faudrait définir les rapports avec les autres instruments internationaux existants. À l'égard des instruments européens, il faudra tenir compte du fait que la règle

[55] Voir note 98 du Texte provisoire.

[56] Voir ci-dessus.

[57] Comme indiqué ci-dessus, s'il était décidé d'exclure le contentieux en matière de contrefaçon de propriété intellectuelle mais d'inclure le contentieux concernant les licences de propriété intellectuelle, la distinction sera difficile à tirer.

[58] Le présent document n'examine cependant pas en détail si des modifications mineures, n'affectant pas la structure fondamentale, pourraient être nécessaires dans le chapitre sur la reconnaissance et l'exécution.

[59] Ce souhait a été exprimé en juin 2001 ; voir la note 98 du Texte provisoire et para. 312 et s. du Doc. prél. No 11.

132 An opt-out clause would have a more general effect for the State Party making use of it because the jurisdiction rules affected by the opt-out clause would not apply to that State in general (and not only in relation to certain other States Parties).

e) Disconnection

133 Again, the relationship to other existing international instruments would have to be determined. In relation to the European instruments it will have to be taken into account that these instruments rely on domicile as the general defendant's forum while the Judgments Project is based on [habitual] residence.

134 As far as proceedings brought before courts of European instrument States are concerned, the various proposals on disconnection set out in Annex I to the 2001 Interim Text would lead to the following results:

– Under Proposal 1, the Hague rule would prevail unless a contrary declaration is made by the States Parties to the European instruments.

– Under Proposal 2, the Hague rule would prevail in any case.

– Under Proposal 4, the Hague rule would only prevail if not all the parties are habitually resident in the European Union. The Lugano Convention would still have to be disconnected.

IV. What if we added a rule on counterclaims?

Issues

135 The inclusion of a rule creating jurisdiction for counterclaims (and thereby according the privilege of recognition and enforcement under the Convention to the judgment given on the counterclaim) for a court that has white list jurisdiction under some other Convention ground can help to counterbalance discrepancies created by national laws. While some defences in some countries may have to be raised as defences in the main proceedings, thereby falling under the white list jurisdiction of that court existing for the initial claim, in other countries national procedural law may require that such defences be brought before the court by a counterclaim. Where no other white list ground under this Convention applies, the part of the decision which covers the counterclaim would in these cases not be covered by the Convention's rules on recognition and enforcement.

136 An identical treatment of these two groups would moreover make the distinction between counterclaims and defences such as set-off less important. However, it seems that the distinction referred to by the co-Reporters on paragraphs 209 and 210 of Preliminary Document No 11 was so far considered satisfactory.

137 In June 2001, there was agreement that there should be provision for a jurisdiction based on a counterclaim and that this jurisdiction should be one that is entitled to recognition and enforcement under Chapter III.[55]

138 In June 2001, two different additions to Article 15 were suggested in order to make clear that this Article would not create subject matter jurisdiction concerning the counterclaim if the latter otherwise would not fall under that court's subject matter jurisdiction. There was no consensus on the need for making this explicit. However, if it were decided to do so, it might be advisable to do this in a general provision in the beginning of the Convention because the same issue arises under the choice of court provision.

139 Given the fact that the Convention so far does not contain any rules establishing exclusive jurisdiction, it would have to be decided how to deal with issues covered by exclusive jurisdiction under certain national laws in areas not excluded from the scope of the Convention. This would arise in particular if any kind of intellectual property litigation were included into the scope because in infringement[56] cases, invalidity is a common defence which, depending on the rules of procedure of the State concerned, would either have to be raised as a defence in the original proceedings, or brought as a counterclaim.

Structure

a) General

140 This addition should not necessarily require fundamental changes to the structure because rules on *lis pendens* / declining jurisdiction would already be required for the above-mentioned rules on jurisdiction, the same would apply to the opening clause for a grey area, and for the rules on recognition and enforcement.[57]

141 As a minor drafting issue, however, Article 25 may have to be adapted by including a specific reference also to the white jurisdiction rule on counterclaims.[58]

142 Moreover, it would have to be examined whether this addition of a further white list ground of jurisdiction already requires that the balance concerning the need for or the desirability of a possible black list and its contents be struck differently.

b) Bilateralisation

143 If the previous additions of submission and defendant's forum to the white list did not yet give rise to a need for bilateralisation, the question would again have to be addressed here. In the case of a positive answer, and as was the case for the defendant's forum, it would have to be decided in addition to the questions listed above under B. II. 2. b) whether such bilateralisation should apply to the Convention as a whole or only to this provision. When answering this question, the answer given to the same question with regard to the defendant's forum should be taken into account.

c) Opt-in or opt-out

144 Either as an alternative or as a complement to (partial) bilateralisation, an opt-in or opt-out provision could again be discussed.

d) Disconnection

145 Again, the relationship to other existing international instruments would have to be determined. In relation to the European instruments it will have to be taken into account that the rule on counterclaim jurisdiction contained in those

[55] See footnote 98 of the 2001 Interim Text.

[56] As stated above, if it were decided to exclude IP infringement litigation but to include IP licensing litigation, the distinction will be difficult to make.

[57] This paper does not, however, examine in detail whether minor amendments, not affecting the fundamental structure, might be required in the chapter on recognition and enforcement.

[58] In June 2001, this desire was expressed; see footnote 98 of the 2001 Interim Text and Prel. Doc. No 11, paras 312 *et seq.*

sur la compétence en matière de demandes reconventionnelles figurant dans ces instruments impose un lien plus étroit entre les deux demandes que le Projet sur les jugements[60].

146 En ce qui concerne les procédures engagées devant des juridictions d'États relevant des instruments européens, les diverses propositions de déconnexion figurant en annexe I au Texte provisoire entraîneraient les résultats suivants :

147 En vertu de la Proposition 1, la règle de La Haye prévaudrait en l'absence de déclaration contraire effectuée par les États parties aux instruments européens ; en vertu de la Proposition 2, la règle de La Haye prévaudrait si le défendeur reconventionnel n'est pas domicilié dans un État relevant des instruments européens ; en vertu de la Proposition 4, la règle de La Haye prévaudrait si l'une des parties n'est pas habituellement résidente dans l'Union européenne.

C. QUESTIONS D'ORGANISATION

148 Il est envisagé de tenir une première réunion du groupe informel au Bureau Permanent à La Haye du 22 au 25 octobre 2002. La date, la durée et le lieu des réunions ultérieures seront convenus lors de cette réunion, en fonction des progrès réalisés lors de celle-ci et de la disponibilité des intéressés.

149 Le présent document sera publié sur le site Internet de la Conférence de La Haye. Les observations sont les bienvenues et peuvent être soumises au Bureau Permanent. Elles seront mises à la disposition des membres du groupe informel.

[60] Voir les observations des co-rapporteurs, para. 199 et note 117 du Doc. prél. No 11, *Actes et documents de la Vingtième session*, tome II, *Jugements*.

instruments requires a closer connection between the two claims than the Judgments Project.[59]

146 As far as proceedings brought before courts of European instrument States are concerned, the various proposals on disconnection set out in Annex I to the 2001 Interim Text would lead to the following results:

147 Under Proposal 1, the Hague rule would prevail unless a contrary declaration is made by the States Parties to the European instruments. Under Proposal 2, the Hague rule would prevail if the defendant to the counterclaim is not domiciled in a European instrument State. Under Proposal 4, the Hague rule would prevail if one of the parties is not habitually resident in the European Union.

C. ORGANISATIONAL ISSUES

148 It is envisaged to hold a first meeting of the informal group at the Permanent Bureau in The Hague from 22 to 25 October 2002. Time, length and place of future meetings will be agreed upon during that meeting, depending on the progress made at that meeting and the availability of those concerned.

149 This paper will be placed on the Hague Conference's website. Comments are welcome and may be submitted to the Permanent Bureau. They will be made available to the members of the informal group.

[59] See the comments of the co-Reporters in para. 199 and footnote 117 of Prel. Doc. No 11, *Proceedings of the Twentieth Session*, Tome II, *Judgments*.

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

Document préliminaire No 20 de novembre 2002

INTRODUCTION

1 Du 22 au 25 octobre 2002, 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 Dogauchi (Japon), Antonio Gidi (Brésil), David Goddard (Nouvelle-Zélande; excusé pour cette réunion), Jeffrey Kovar (États-Unis d'Amérique), Nagla Nassar (Égypte), Gugu Gwen Ncongwane (Afrique du Sud), Tatyana Neshataeva (Fédération de Russie), Fausto Pocar (Italie), Kathryn Sabo (Canada), Peter Trooboff (États-Unis d'Amérique), José Luis Siqueiros (Mexique), Sun Jin (Chine), et Rolf Wagner (Allemagne). Ils participent à titre personnel.

2 Comme décidé par 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 édificatrice « 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.

3 Le groupe a 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 possibles chefs de compétence supplémentaires 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.

4 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.

5 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.

I. VALIDITÉ FORMELLE

6 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 Session diplomatique, en juin 2001.

7 Par souci de clarté, le groupe a proposé de remplacer les mots « les parties » à l'article 4(2) *c*) par « ces parties ». Ce changement devrait davantage préciser que l'alinéa *c*) exige que les parties en cause aient suivi cet usage par le passé, alors que l'alinéa *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.

8 Par ailleurs, afin d'expliciter 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 de l'alinéa *c*).

9 Une préoccupation a été exprimée au sujet de l'alinéa *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* » d'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.

10 Une question a été soulevée pour savoir si le projet d'exigence formelle de l'article 4(2) *b*) couvrait suffisamment les contrats sous forme électronique et autres. Il a été observé

[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.

Report on the First Meeting of the Informal Working Group on the Judgments Project 22 to 25 October 2002

PREPARED BY ANDREA SCHULZ
FIRST SECRETARY

Preliminary Document No 20 of November 2002

INTRODUCTION

1 From 22 to 25 October 2002 the informal working group on the Judgments Project held a first meeting lasting 3½ days. The meeting was chaired by Professor Allan Philip from Denmark and took place at the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law in The Hague. The members of the group, representing the global membership of the Hague Conference and a variety of legal systems, are Marie-Odile Baur (European Commission), Paul Beaumont (United Kingdom), Antonio Boggiano (Argentina; excused absence for this meeting), Alegría Borrás (Spain), Andreas Bucher (Switzerland), Masato Dogauchi (Japan), Antonio Gidi (Brazil), David Goddard (New Zealand; excused absence for this meeting), Jeffrey Kovar (United States of America), Nagla Nassar (Egypt), Gugu Gwen Ncongwane (South Africa), Tatyana Neshataeva (Russian Federation), Fausto Pocar (Italy), Kathryn Sabo (Canada), Peter Trooboff (United States of America), José Luis Siqueiros (Mexico), Sun Jin (China), and Rolf Wagner (Germany). The members participate in their personal capacity.

2 As decided by the Commission on General Affairs and Policy of the Hague Conference at its meeting held from 22 to 24 April 2002, the informal group is to explore whether a text may be presented to a Special Commission, to be held in mid-2003, with a sufficient prospect of reaching agreement. The group therefore discussed the desirability of trying to achieve a single text for referral to a Special Commission, with the belief that a unified endorsement from the group would provide the most effective guidance for government delegations. The work of the group follows a "bottom-up" working method. The first meeting focused on exclusive choice of court clauses in business-to-business (B2B) cases. Possible convention requirements on formal and substantive validity of such clauses were discussed, as well as the possible scope of a rule on choice of court clauses, the relationship with other Conventions, bilateralisation and the applicability or non-applicability of national and/or Convention rules on *lis pendens* and *forum non conveniens,* the problem of personal versus subject matter jurisdiction and the question of interim relief.

3 The group agreed that two or three more meetings would probably be necessary, the next one to take place from 6 to 9 January 2003 in The Hague, stretching over three full working days. The January meeting will continue the discussion on choice of court clauses, including non-exclusive choice of court clauses which might require different treatment in some respects than exclusive choice of court clauses. If time permits, or in future meetings, it is planned to then move on to discuss possible further bases of jurisdiction to be added. Such grounds as identified by the Commission on General Affairs could be consent / waiver / submission, counterclaims, defendant's forum. Subsequent meetings of the informal group could also cover other items explicitly mentioned in April 2002 such as trusts, branch jurisdiction and physical torts.

4 Preliminary Document No 19 which had been prepared by the Permanent Bureau in order to facilitate the work of the informal group, served as a basis for the discussion. The paper suggests that many drafting issues will depend on the final scope and shape of the Convention, in particular on whether there will be several white list grounds of jurisdiction. Therefore, the group focused first on principles rather than on drafting.

5 This report will therefore set out a description of the discussions of those principles. Where the group produced some tentative draft provisions, however, these are attached to this report, and comments on them are welcome. It has to be stressed that the participants took part in the discussions in their personal capacity and are therefore neither in a position nor willing to commit or bind any government. Rather than retracing the sequence of discussions in chronological order, this report will treat the issues item by item.

1. FORMAL VALIDITY

6 As a starting point for its deliberations, the group took Article 4(2) of the Interim Text which had been accepted by agreement during the First Part of the Diplomatic Session in June 2001.

7 For the sake of clarification, the group suggested changing the words "the parties" in Article 4(2) *c)* to "the*se* parties". This amendment was expected to make it even clearer that *c)* requires that the parties in question must have observed the usage in the past, while *d)* requires the objective existence of a usage among parties to contracts of the same nature, but not necessarily a usage of the parties concerned in the individual case.

8 Moreover, in order to make clear that *a)–d)* contain alternatives and not cumulative requirements, the group suggested adding the word "or" at the end of *c)*.

9 A concern was voiced about *d)* which could commit parties to a choice of court clause valid as to form although that party had in fact not known about a usage to this effect. The group suggested replacing the words "were or ought to have been aware" with "knew or ought to have known",[1] thereby following the example of Article 2(a) of the *United Nations Convention of 11 April 1980 on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG). It was stressed that the requirements in cases where a party "ought to have known" a usage are quite high, so the party should be sufficiently protected against being subject to a usage concerning the form of choice of court clauses without actually having known that usage.

10 A question was raised whether the draft form requirement in Article 4(2) *b)* adequately covered electronic and

[1] Note from the Permanent Bureau: This problem is limited to the English version because the French version was already drafted following the model of the text of the CISG.

que les exigences de forme de l'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 aux alinéas *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 des technologies de l'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 annexe I.

11 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.

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

13 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.

14 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 ait pas de zone grise.

15 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.

16 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.

17 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 (les exigences de forme de l'art. 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 des 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.

II. VALIDITÉ MATÉRIELLE

Capacité

18 Dans l'article 4 du Texte provisoire (avec ou sans les parties entre crochets de l'art. 4(1) *in fine* et de l'art. 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 aient été favorables à une règle de conflit de lois plutôt que de laisser la question relever entièrement du droit national, ils étaient divisés sur le point de savoir 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 la règle suivante pour un examen approfondi :

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

Consentement

19 À l'égard du consentement, le point de départ de la discussion était une fois encore l'article 4 du Texte provisoire qui (avec ou sans les parties entre crochets de l'art. 4(1) *in*

Groupe de travail informel – premier rapport

other forms of contracts. It was pointed out that the form requirements in Article 4(2) *b)* as drafted for the digital world followed the example of the 1996 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. It would therefore have to be checked whether the technological development which has taken place since 1996 required any amendments. From recent UNCITRAL texts currently under discussion, however, it became clear that the same words are still being used in order to define the functional equivalent to written form in an electronic environment. The words relating to "data message" and its definition contained in the 1996 UNCITRAL Model Law had not been incorporated into *a)* and *b)* in order to provide a more technology-neutral wording. Participants thought it would be helpful to consult with information technology legal experts in their respective countries on whether or not the additional wording related to "data message" or whether any other words were necessary. In order to facilitate consultation, a text indicating the possible additions relating to "data message" is attached in No 2 of Annex I.

11 It was widely stated that the convention requirements on form should be maximum standards, and that stricter form requirements of national law should not be available to hold a clause invalid.

12 An extensive debate developed about the question whether the conventional form requirement should also be a minimum standard to the extent that any existing national requirements which were less strict could no longer be applied.

13 Some participants were of the opinion that a clause that was invalid as to form under the Convention but valid as to form under less strict national form requirements should fall outside the Convention, as suggested in footnote 6 of Preliminary Document No 19.

14 Other participants, however, favoured full harmonisation of the formal validity aspect so that national law would not apply at all in this area. In their view, it was clear that this had been the approach followed so far in that Article 17 which defines the grey area is "subject to Article 4". This suggests that within the scope of Article 4, *i.e,.* for choice of court clauses, there is no grey area.

15 The arguments presented in favour of the latter position were legal certainty, foreseeability and uniformity, the last point becoming all the more important if the Convention were eventually limited to choice of court agreements only. If the scope were so limited, then at least within that limited scope some harmonisation should be achieved. To allow lower national form requirements to continue to apply would mean to draft a simple convention, not a mixed or double one. Parties would only avail themselves of convention standards where they envisaged a need for recognition and enforcement abroad in the future. Therefore in practice, the jurisdiction rule would not be harmonised. Moreover, it was feared that, if national choice of court form standards remained available, courts would generally look into them first (or even only) instead of applying the Convention and thereby complicate matters if the judgment were to be presented for recognition or enforcement abroad. Even the need for a black list delineating the grey area was raised, should national form standards remain available.

16 One argument advanced against an exhaustive form standard established by the Convention was that this would amount to writing a double convention by "black-listing" national form requirements for choice of court clauses while all other national grounds of jurisdiction would still be available, also in the presence of a choice of court clause which was held invalid as to form under the Convention. Another argument was party autonomy: the proponents of this approach asked whether it would not pay more respect to the will of the parties who had concluded a choice of court agreement and eventually appeared before the chosen court, if that court would be allowed to uphold the clause under its national law where it did not comply with the Convention standards. It was also pointed out that the *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958* (the New York Convention) does not prohibit lower domestic form requirements from operating outside the Convention.

17 The latter example revealed that there is a connection between form requirements and submission to a court by a party, *e.g.,* by filing proceedings or by accepting the jurisdiction of the court. The connection becomes visible if one compares the case of a choice of court agreement concluded after the conflict has emerged (*i.e.,* form requirements of Article 4(2) would apply) with the case of submission where there was no choice of court agreement. A similar treatment of both situations seemed desirable. Therefore the group decided to revisit the issue of exhaustive Conventional form requirements after examining the Conventional form standards for submission and the possible application of lower form standards of national law to submission. It was stressed that, whichever solution was chosen eventually, it would have to be made explicit.

II. SUBSTANTIVE VALIDITY

Capacity

18 In Article 4 of the Interim Text (with or without the bracketed parts in Article 4(1) at the end and in Article 4(4)), questions of capacity had been left to the law of the forum actually seised, with its conflict of laws rules. During the discussion, it was pointed out that in business-to-business (B2B) cases, capacity would often be reduced to the question of who can act in the name of a company, *i.e.,* to substantive company law. The group recognised that it would not be workable to create a substantive rule harmonising capacity in this Convention. It was also considered unwise to restrict the possibility of deciding on this question to the chosen court only. While some members of the group favoured a conflict of laws rule instead of leaving the question fully to national law, there were shared opinions among them on whether such a conflict of laws rule should point to the law, including the private international law rules, of the court actually seised, or of the court chosen only. Moreover, it was expected that regardless of the solution chosen, the results would in most cases be the same. Therefore the group tentatively proposed the following rule for further consideration:

"The Convention does not determine the law applicable to the capacity of the parties."

Consent

19 With regard to consent, the starting point of the discussion was again Article 4 of the Interim Text which (with or without the bracketed parts in Article 4(1) at the end and Arti-

fine et de l'art. 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); (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 État; ou (3) de créer une règle matérielle uniforme dans la convention. Une autre solution envisagée était de laisser la décision à la seule juridiction choisie.

20 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'obtenir 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] *»*

21 Dans le cas exceptionnel où une clause d'élection de for serait exclusive mais désignerait plus d'une juridiction, le groupe a proposé qu'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 habilitatis*).

Exigence d'un élément international?

a) Élément international général

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

23 Un groupe de participants a jugé cela satisfaisant. Cela impliquerait que même lorsque deux personnes dont la résidence habituelle est située dans le même État contractant choisissent les juridictions d'un autre État 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.

24 Un certain nombre de participants n'était pas disposé à accepter qu'une clause, par laquelle des parties ayant leur résidence habituelle dans un État contractant choisissent la ou les juridictions d'un autre État 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 situation de la juridiction choisie.

25 Même les partisans d'un élément international ont toutefois souligné que la suppression de l'alinéa *a*), qui étend l'article 4 aux affaires où les parties dont la résidence habituelle est située dans le même État contractant mais choisissent la juridiction d'un autre État, 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 l'alinéa *a*) et de le modifier si nécessaire.

26 Une nouvelle possibilité est apparue, qui a reçu un certain soutien à titre de compromis. Elle consiste à renverser la charge de la preuve et à remplacer les termes entre crochets à la 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 Rome[4].

b) Lien particulier avec l'État du for choisi

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

28 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'État 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.

29 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'État 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 État 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'État 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.

Clause de sauvegarde générale

30 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

[2] Il a été mentionné que lorsque cette règle implique un État 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'art. 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 État contractant sauf si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet État. Toutefois, même si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet État:
a) l'article 4 s'applique si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre État contractant pour connaître du différend [dès lors que le litige présente un caractère international][...] ».

[4] L'art. 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 ».

cle 4(4)) leaves this to national law. The options discussed by the group were (1) to keep this solution (*i.e.*, to have no rule at all), or (2) to have a conflict of laws rule pointing to the law of (a) the court chosen or (b) the court seised, in both cases either with or without inclusion of the private international law rules of that State, or (3) to create a uniform substantive rule in the Convention. Another solution considered was to leave the decision to the chosen court only.

20 While both full substantive harmonisation and exclusive decision of the chosen court again seemed unworkable, it was considered desirable to achieve some uniformity, and, in particular, foreseeability. The group proposed the following text:

"In the absence of a choice of law by the parties, the internal law of the court chosen [by the parties] shall determine whether a party has consented to the agreement."[2]

21 In the exceptional case that a choice of court clause was exclusive but designated more than one court, the group suggested that in such case, with regard to consent, the laws of all the courts chosen should be applied one after the other. If the clause is valid under either of them, it is valid in general (*favor habilitatis*).

International element required?

a) General international element

22 The question of an international element is addressed in Article 2(1), both in the chapeau and in *a)*.[3] Those provisions define the territorial scope of Article 4. Therefore, without the bracketed part at the end of 2 *a)*, Article 4 would apply in the following cases: according to the chapeau of Article 2, Article 4 would apply in the courts of a Contracting State unless all the parties are habitually resident in that State (*i.e.*, in the State of the court seised). *a)* then extends the application of Article 4 to cases where all the parties are habitually resident in the State of the court seised but have agreed that the courts of another Contracting State shall have jurisdiction. The bracketed requirement of an international character of the dispute subsequently seeks to limit this again.

23 One group of participants considered this to be satisfactory. It would mean that even where two persons habitually resident in the same Contracting State choose the courts of another Contracting State, the Convention would apply. They also stressed that for cases of consent/waiver/submission, there had been no suggestion made that there must be an international element, and both rules should be in line.

24 A number of participants were not ready to accept that a clause, by which two parties habitually resident in the same State choose the court(s) of another Contracting State without the case having any further international element, shall fall within the scope of the Convention. They did not want local parties to take an otherwise purely internal case abroad by choice and therefore would limit this possibility to cases containing some international element in addition to the location of the chosen court.

25 Even those in favour of an international element stressed, however, that the deletion of *a)*, which extends Article 4 to cases where two parties are habitually resident in the same State but choose courts of another Contracting State, would go too far and limit the scope of the Convention too much. If then two people habitually resident, *e.g.*, in Italy, buy or sell a company situated in Argentina and choose the courts of Argentina, an Italian court seised would not have to observe the clause under the Convention while such a case should be covered. Therefore, it was suggested to keep *a)* and, where necessary, amend it.

26 One emerging possibility which gained some support as a compromise was to revert the burden of proof and replace the words in brackets at the end of Article 2(1) *a)* by something similar to "unless the dispute has a purely domestic character". The group also suggested redrafting this following the example of Article 3(3) of the Rome Convention.[4]

b) Specific connection with State of chosen forum

27 In the context of the discussion about the international element, a related but distinct question was raised: should a specific connection with the State of the chosen forum be required?

28 While the concern of those in favour of an international element in the previous section had been that parties would take domestic cases abroad, the focus here is on the situation of the chosen courts. Some participants wanted to make sure that courts do not become overburdened with cases that are unconnected with the State of the chosen forum (except for the choice of court clause). Court congestion, taxpayers' money and a preference for arbitration in those "unconnected" cases were given as reasons.

29 While many participants thought that these cases would not be numerous and therefore did not require special treatment in the Convention, others had strong feelings and required, more specifically, a connection between the case and the State of the chosen forum in addition to the clause. They suggested to either leave it to national law to decide whether the courts of a Contracting State would take these cases, to allow for the use of national *forum non conveniens*, to cover this by a general "escape clause" to be discussed later, or to provide for a declaration or reservation that the State requires a connection to the chosen forum (which could be supplemented by an exhaustive or non-exhaustive list of required connections in the provision on that declaration or reservation). Possible connecting factors to be included were: habitual residence of one of the parties; place of performance of the contract; the law chosen by the parties; and the location of assets to satisfy any resulting judgments. There was strong disagreement on the whole issue.

General escape clause

30 Some participants strongly called for a general "escape clause" which would enable courts to hold a choice of court

[2] It was mentioned that, where this rule points to a European Union Member State, in many cases the *Rome Convention of 19 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations* could apply. It has to be noted, however, that, according to Article 1(2) *d)* of that Convention, choice of court agreements are excluded from its scope.

[3] The Article reads as follows: "Article 2 – Territorial scope

(1) The provisions of Chapter II shall apply in the courts of a Contracting State unless all the parties are habitually resident in that State. However, even if all the parties are habitually resident in that State –

(a) Article 4 shall apply if they have agreed that a court or courts of another Contracting State have jurisdiction to determine the dispute [provided that dispute is of an international character];"

[4] Article 3(3) of the Rome Convention restricts the effect of a choice of law by the parties in cases where the parties have chosen a foreign law but "all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only".

des cas exceptionnels. D'autres participants ont jugé que cela minerait la sécurité et la prévisibilité juridiques.

31 Interrogés quant aux situations où une telle clause de sauvegarde s'appliquerait, ceux qui la demandaient ont mentionné, entre autres, l'iniquité, 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 :

– 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 » ;

– 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 ».

32 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 ont donc souligné que, dans leurs systèmes juridiques, 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-types contractuelles 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.

33 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 États-Unis d'Amérique 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 États-Unis d'Amérique identifié dans l'affaire *Bremen*, selon lequel les clauses sont appliquées à moins d'être déraisonnables ou injustes. Néanmoins, les concepts d'iniquité, 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, l'article II(3) de la Convention de New York ne comportant 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 compromissoire. Il a été avancé, au contraire, que la Convention de New York laisse au droit national le soin de trancher toutes les questions de validité autres que de forme, y compris les questions de justice ou d'équité.

34 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 pour un motif d'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 étrangers en matière civile et commerciale (Doc. prél. No 11 d'août 2000), paragraphe 70, indique que contrairement à la reconnaissance et à l'exécution, une exception générale d'ordre public pour le chapitre sur la 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'insertion 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 au cours des débats du groupe). En général, il a été souligné que ce serait toujours l'ordre public de la juridiction effectivement saisie.

35 Cependant, bien qu'il ait semblé y avoir un consensus sur le fait que 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.

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

37 Une suggestion concernant les « procédures abusives » a été abandonnée. La discussion s'est alors centrée sur l'iniquité 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 ».

38 D'autres participants ont souligné que le tribunal ne devrait pas avoir de discrétion dans l'application de cette disposition.

Définition des affaires entre professionnels (B2B)

39 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. Entre l'accent sur la nature de l'opération et la qualité des parties, la préférence a été accordée à l'opération comme élément décisif.

40 Le groupe a noté que le B2B pouvait être décrit soit en définissant les opérations à inclure, soit en définissant les opérations à exclure. En cherchant à combiner la définition négative figurant à l'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 per-

Groupe de travail informel – premier rapport

clause invalid in exceptional cases. Others felt that this would undermine legal certainty and foreseeability.

31 When asked in which cases such an escape clause should apply, those asking for it mentioned unfairness, injustice, denial of justice and unreasonableness, in particular. Reference was made to existing clauses of a similar nature in other Conventions:

– Article 4(3) of the *Hague Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court*: "The agreement on the choice of court shall be void or voidable if it has been obtained by an abuse of economic power or other unfair means."

– Article 1(D) of the *Inter-American Convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments of 24 May 1984* (the La Paz Convention) states that the clause is valid, "provided that such jurisdiction was not established in an abusive manner ...".

32 It was noted that both examples focus on the process of achieving agreement, and not on the result (*i.e.*. the choice of court agreement) as such. Therefore a number of participants stressed that, in their legal systems, this related to the question of whether there was a valid consent of the party which had been treated in an unfair or abusive manner. So no additional rule would be required. For them, the question of whether non-negotiated standard contract clauses (whether on paper or in a click-wrap agreement) containing a choice of court clause had actually become part of the agreement between the parties was also a question of valid consent.

33 Others stated, however, that they needed an escape clause looking to the result. Where the agreement or its effects were unfair, unjust, unreasonable or similar, it should be possible to disregard it. To those opposed, this seemed to reintroduce some element of *forum non conveniens* they would not wish to accept. In this context, reference was made to footnote 12 in Preliminary Document No 18 where the criteria given by a United States court to hold a clause unreasonable were the same as those considered when applying the doctrine of *forum non conveniens* in many cases (location of the evidence and of the activities relating to the dispute). It was pointed out in response that this case was an anomaly, and that choice of court clauses are virtually never invalidated under the United States Supreme Court test in the Bremen case, according to which clauses are enforced unless unreasonable or unjust. Nevertheless, the concepts of unfairness, injustice and unreasonableness were considered by the opponents to be far too broad. Moreover, a comparison with arbitration was made in that Article II(3) of the New York Convention does not contain any such clause. According to it an arbitration clause cannot be considered invalid just because it was "unfair". Therefore it should not be easier to get out of a choice of court clause than out of an arbitration agreement. A contrary argument was advanced that the New York Convention leaves all questions of validity apart from form to national law, including questions of justice or fairness.

34 There was a general discussion of whether there should be an explicit provision permitting courts to deny enforcement of a choice of court clause based on public policy. Such an explicit provision does not appear in the 1999 or 2001 drafts of the Convention, and the Report on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (Prel. Doc. No 11 of August 2000), by Peter Nygh and Fausto Pocar, at paragraph 70, states that unlike for recognition and enforcement, a general public policy exception for the jurisdiction chapter should not be inferred. Nevertheless, most participants seemed to assume that in truly exceptional cases their courts would apply a public policy control in any case. Therefore the group suggested that it would not add any element of uncertainty or discretion if such a public policy exception were included explicitly in the Convention. This was based on the commonly shared notion that such a public policy exception should not be limited to consent, or even to choice of court clauses, but should apply to the whole chapter on jurisdiction (provided that further bases were to be added during the discussions of the group). In general, it was pointed out that it would always be the public policy of the court actually seised.

35 However, although there seemed to be consensus that any escape clause (provided that it was agreed to include one) should be applied narrowly, a pure public policy clause was considered to be too narrow by some. Therefore the need for an additional specific clause was discussed. Although no consensus has been reached yet on that question, the group nevertheless discussed possible wording of such a clause in order to facilitate consultation.

36 The possibilities of either drawing up a catalogue like the one in footnote 56 of Preliminary Document No 18, or a list of elements that did *not* make a clause unfair or unjust or unreasonable, were mentioned without being pursued any further.

37 A suggestion referring to "abusive actions" was not pursued. The discussion then centred around manifest unfairness and a denial of justice. In addition, the proposal to explicitly limit the application of a possible clause to exceptional cases was supported. Some members of the group then suggested the following:

"In exceptional cases, a court may decline to give effect to a choice of court agreement if giving the agreement effect would result in a manifest injustice."

38 As an initial reaction, others stressed that there should not be any discretion for the court when applying this provision.

Defining B2B

39 Since the discussion, during this first meeting, was limited to choice of court clauses in B2B cases, the group looked into a possible definition of B2B. When faced with the choice between focusing on the nature of the transaction or on the quality of the party or parties, preference was given to the transaction as decisive element.

40 The group noted that B2B could be described by either positively defining the transactions to be included, or by negatively defining the transactions to be excluded. In trying to combine the negative definition used in Article 2(a) CISG with elements of the draft Article 7(1) of the 2001 Interim Text, the group proposed the following text as a starting point:

"This Article shall not apply to choice of forum agreements with regard to consumer contracts or individual contracts of employment. A consumer contract is an agreement between a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (the consumer) and another party acting

sonne agissant pour les fins de son activité professionnelle ou commerciale, ou entre deux consommateurs. »

41 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.

42 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 visés à l'article 1(5) du Texte provisoire ont été jugés suffisants pour exclure les actes purement « gouvernementaux ».

43 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.

44 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.

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

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

a) Généralités

46 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

47 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.

48 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, le transport routier de voyageurs, bagages et marchandises, couvert par deux Conventions spécifiques de l'Union Internationale des Transports Routiers (IRU)[5]; les travaux de la CNUDCI sur les règles du transport multimodal[6], le droit communautaire des assurances). Au lieu d'énumérer les sujets spécifiques exclus 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 réexaminée ultérieurement (voir également ci-dessous).

c) Compétence exclusive en droit national[7]

Généralités

49 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 est limitée. Le groupe a supposé que la plupart des États jugeraient opportun de conserver au moins certaines de ces limites à l'autonomie des parties dans le champ d'application de la présente convention. Tant que le groupe examinait la seule disposition concernant l'élection de for (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 être affectés.

50 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. Étant donné ces divergences et le nombre limité d'États présents, il a été demandé au Bureau Permanent d'envoyer un questionnaire pour identifier les règles de compétence exclusive existantes dans les États concernés et les domaines que les États souhaiteraient exclure de la liberté de conclure des conventions d'élection de for en application de la convention.

51 Bien qu'il y ait eu un consensus sur le fait que certaines exclusions de ce type seraient nécessaires, les moyens d'y parvenir n'ont pu être définis. En définitive, le groupe a identifié deux possibilités 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 États qui souhaitent exclure un domaine que d'autres États préfèrent peut-être inclure dans le champ d'application. Le système de réserve / déclaration pourrait être fermé (les domaines pouvant être réservés seraient énumérés dans la disposition de la convention permettant cette réserve) ou ouvert, laissant à la seule discrétion de chaque État la définition des matières que celui-ci souhaite voir exclues. Si une déclaration / réserve était retenue, la plupart des experts ont exprimé une préférence pour une liste limitative d'exclusions autorisées afin de favoriser l'harmonisation et la sécurité juridique.

Propriété intellectuelle

52 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

[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'insertion de règles de compétence dans cet instrument.

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

for the purposes of its trade or profession, or between two consumers."

41 It was stressed that transactions performed by a business in the area of social or charitable activities within the scope of its corporate charter were considered to be "for the purpose of its trade or profession", as well as purchases of non-charitable goods made by a charitable organisation pursuant to its activities.

42 By this definition, also transactions performed by governments would be covered where the government acts like a private business. Governmental privileges and immunities as referred to in Article 1(5) of the Interim Text were considered to be sufficient to exclude purely "governmental" action.

43 There was some uncertainty whether employment contracts would equally have to be defined. It was felt that high-profile management staff contracting with an employer should be covered by the scope of the Convention. While some participants reported that, in their country, "individual contracts of employment" would not cover these cases anyway but presupposed a subordinate, dependant working relationship, other legal systems seemed to take a different approach.

44 While some participants were of the opinion that small and medium enterprises (SMEs) required special protection, others stressed the difficulty of defining them in case of such a different treatment. Depending on the decision to be taken on a general "escape clause", the issue may have to be revisited at another meeting.

45 The group rejected the suggestion to include a presumption that a transaction was a B2B transaction.

Restrictions and limitations to concluding choice of forum clauses

a) General

46 The group went on to look into other limitations to the freedom to enter into choice of court clauses which may exist in national laws and the question of how to deal with this in the Convention. Such limitations may exist for certain types of contracts (consumer or employment contracts, agency or franchise agreements), as partly discussed under the previous item already, but also for certain subject matters covered by exclusive jurisdiction under national law.

b) Restrictions for certain types of contracts

47 The group decided to leave, for the time being, franchise agreements, agency and insurance contracts within the scope and consult on their possible exclusion and, where appropriate, the need for definitions.

48 There was a brief discussion on whether to re-insert maritime matters. While many participants felt that specific Conventions sufficiently covered the issue and saw no need to include it here, others suggested further consultations on this point. Moreover, it was pointed out that there were specific other areas to which the Convention should eventually not apply because there already existed instruments which contained rules on choice of court clauses for them (*e.g.*, transport of passengers, luggage and goods by road which is covered by two specific Conventions of the International Road Transport Union (IRU);[5] UNCITRAL's work on multimodal transport rules;[6] European Union insurance law). Instead of listing the respective subject matters as exclusions from scope, the group tended to prefer dealing with it through a clause on the relationship with other (special) conventions or instruments. It was pointed out, however, that there are very few parties to one of the Road Transport Conventions. The issue will be revisited at a later stage (see also below, p. 15 *et seq.*).

c) Exclusive jurisdiction under national law[7]

General

49 The group noted that probably all national laws know rules on exclusive jurisdiction for specific subject matters. In those areas, the freedom of parties to choose a court is thereby limited. The group assumed that most States would consider it desirable to maintain at least some of these limitations to party autonomy also within the scope of this Convention. As long as the group was examining the choice of court provision only (*i.e.*, as long as there was no rule harmonising exclusive jurisdiction rules within the Convention), it would therefore be necessary to discuss further which areas subject to national rules of exclusive jurisdiction might be affected by this.

50 While litigation relating to rights *in rem* in immovable property seemed to be a common denominator, for the rest there were large variations. Areas mentioned as being covered by exclusive jurisdiction under national law were natural resources, foreign joint ventures, State property and State registers. Given these variations and the limited number of States present, the Permanent Bureau was requested to send out a questionnaire asking which rules on exclusive jurisdiction existed in the States concerned and which of these areas States would like to see excluded from the freedom to enter into choice of court agreements under the Convention.

51 Although there was consensus that some exclusions of this kind would be required, there was no consensus as to how this should be achieved. Eventually, the group saw two possible ways to deal with the problem: either a large exclusion of many subject matters from scope (of the Convention as a whole or of Article 4, depending on the number of jurisdiction rules to be included in the Convention), or a small group of exclusions, to be complemented by a possible reservation or declaration by those States that wish to exclude an area which other States may prefer to include in the scope. The reservation and declaration system could be a closed one (*i.e.*, the areas which may be reserved would be listed in the Convention clause permitting such reservation) or an open list, leaving it entirely to each State to determine the subject matters that the State would wish to see excluded. In case a declaration or reservation was chosen, many experts stated a preference for a closed list of permitted exclusions in order to enhance harmonisation and legal certainty.

Intellectual Property (IP)

52 The group recognised that under most national laws, the freedom of the parties to enter into choice of court agreements was limited as far as the question of validity of patents,

[5] *Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road* (CMR) of 19 May 1956; *Convention on the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Road* (CVR) of 1 March 1973.

[6] Note by the Permanent Bureau: It has to be mentioned, though, that no final decision has been taken yet as to whether that instrument will contain rules on jurisdiction.

[7] Please note that intellectual property is dealt with under a separate heading below.

de la validité des brevets, marques (déposées ou non), et autres droits de propriété industrielle déposés. Il appartient généralement à l'État de dépôt (ou, dans le cas de marques non déposées, à l'État 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.

53 Le groupe a provisoirement jugé 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 État, 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.

54 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 des droits de propriété intellectuelle, et, du fait des différences des 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 ce 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 pour contrefaçon.

55 Dans ces affaires cependant, il n'y a normalement pas de relation contractuelle entre le titulaire du droit et le présumé contrefacteur. 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.

56 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.

III. QUELLE JURIDICTION DÉCIDE?

57 À plusieurs reprises, le groupe a débattu de la question de savoir si toutes les questions soulevées dans le présent rapport ou certaine 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.

58 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.

IV. COMPÉTENCE RATIONAE PERSONAE CONTRE COMPÉTENCE RATIONAE MATERIAE

59 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'État concerné, elles n'aient pas de compétence *rationae materiae*. Il a donc été proposé, en 2001, d'inclure à l'article 4(1), première phrase, les mots « sous réserve de la compétence en raison de la matière » (voir notes 19 et 21 du Texte provisoire) ou de viser « les tribunaux d'un État contractant » au lieu d'« un tribunal d'un État 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 sur la nécessité ou le bien-fondé des propositions.

60 À cet égard, sur le fondement d'une suggestion présentée par un participant à la Session diplomatique de 2001, le Bureau Permanent a proposé l'insertion d'une clause générale (voir Document préliminaire No 19), rédigée comme suit : « Aucune disposition de la présente Convention n'affectera la compétence *rationae materiae* », soit à l'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.

61 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 État contractant » à la proposition du Document préliminaire No 19.

62 Au cours des débats, certains doutes se sont immiscés sur le point de savoir si cela permettrait également à une juridiction choisie d'un État avec deux systèmes de compétence parallèles (par exemple, juridictions au niveau fédéré et fédéral) de renvoyer une affaire aux juridictions de l'autre groupe, lorsque la juridiction choisie est 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 décliner une compétence existante. Ces

Groupe de travail informel – premier rapport

trademarks (both registered and unregistered) and other registered industrial property rights was concerned. It is normally for the State of registration (or, in the case of unregistered trademarks, for the State for whose territory protection is requested) to decide on validity. For those rights, the question of validity is frequently raised as an incidental or preliminary question as a defence in infringement cases and, to a lesser extent, also in license litigation, and it is difficult to draw the line between validity and other issues which might be covered by a choice of court agreement. Therefore the group tended towards excluding those rights in general from the scope of a rule on choice of court agreements.

53 Tentatively, the group felt that this should be different for copyright for several reasons. While for patents and registered trademarks it was understood that decisions on the validity of a right which had been created by an act of state should be taken by the authorities of that State only, validity is normally not an issue in copyright litigation, and moreover, registration, although sometimes possible, is generally not decisive for the coming into being of the right as such. Therefore there is generally no exclusive jurisdiction in national laws with regard to copyright.

54 Most important, however, is the argument that under a choice of court clause we are talking about litigation between two parties who have a contract with each other. Thus the fears voiced in particular by Internet Service Providers (ISPs) with regard to the tort jurisdiction under Article 10 of the 2001 text may not be relevant in this context. The ISPs feared that they could be sued worldwide in cases of alleged on-line IP infringement and, due to the differences in conflict of laws rules and substantive law, may be held liable abroad while they were not liable in their home jurisdiction. Consumers had similar concerns because what would be covered by fair use, freedom of information, or statutory limitations to copyright in their home country, thus allowing them to make a certain use of a foreign IP right, may be unlawful in other countries. If jurisdiction exists in those countries and the judgment is enforceable under the Convention, they would be in danger of being held liable for infringement.

55 In these cases, however, there is normally no contractual relationship between the right-holder and the alleged infringer. Where there is no contractual agreement between the parties, there is no choice of court clause either. Therefore, litigation about infringement would only be covered by the scope of this Article in the context of a dispute about the terms of a license. Such litigation about copyright licensing contracts had not given rise to similar concerns like those of ISPs and consumers, as mentioned above, in 2001. Where a license agreement contains a choice of court clause, the group therefore felt that it might be desirable to strengthen such a clause by including it in the scope of the Convention.

56 The group therefore proposed, on a preliminary basis, to include copyright but to exclude patents, trademarks (both registered and unregistered) and other registered industrial property rights from a possible rule on choice of court clauses, and to consult stakeholders on this point.

III. WHICH COURT SHALL DECIDE?

57 On a number of occasions the group discussed whether some or all of the issues raised in this report should be decided by any court actually seised, or whether some or all of them should be left to the chosen court only.

58 While a general limitation to the chosen court was rejected and, for the question of consent, a choice of law rule was suggested as a less far-reaching but more realistic harmonisation, the question was again raised briefly with regard to the public policy and / or manifest injustice clause. Here, as alternatives to "any court" and "the chosen court" the following were discussed: "a court with a real and substantial connection with the dispute", "a court of the residence of one of the parties" and "the court seised but not chosen". No result has been reached yet on this issue.

IV. PERSONAL VERSUS SUBJECT MATTER JURISDICTION

59 In 2001, there were some concerns that the Convention might force courts having jurisdiction under the Convention based on a valid choice of court clause to hear a case, although, under the internal system of allocation of jurisdiction in the State concerned, they might lack subject matter jurisdiction. Therefore, in 2001 it was suggested to insert into Article 4(1), first sentence, the words "provided the court has subject matter jurisdiction" (see footnotes 19 and 21 of the Interim Text) or to refer to "the courts of a Contracting State" instead of "a court of a Contracting State". As expressed in footnote 19, while the idea was generally accepted that a choice of forum clause could only confer jurisdiction over the person of the defendant and not in respect of subject matter outside the jurisdiction of the chosen court, there were doubts as to whether the proposals were either necessary or appropriate.

60 For this reason, based upon a suggestion made by one participant of the 2001 Diplomatic Session, the Permanent Bureau had suggested a general clause (see Prel. Doc. No 19) as follows: "Nothing in this Convention shall affect subject matter jurisdiction.", to be included either in Article 4 or, if there were to be more white list grounds of jurisdiction, as a general rule governing the whole chapter on jurisdiction.

61 Some participants stressed the difficulty they had to define what subject matter and what personal jurisdiction are. While it had always been stated that the Convention dealt with personal jurisdiction only, all of the former Article 12 on exclusive jurisdiction, for instance, to them related purely to subject matter. Therefore they suggested that the words "or the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State" should be added to the proposal of Preliminary Document No 19.

62 During the discussions, there were some doubts as to whether this would also allow a chosen court in a State which had two parallel systems of jurisdictions (*e.g.*, state and federal courts) to remove a case to the other set of courts in a case where also the chosen court had subject matter jurisdiction. This was considered highly undesirable by most participants. To some of them it amounted to reintroducing *forum non conveniens* or a similar discretion, not to exercising an existing jurisdiction. Therefore they preferred the rule only

participants souhaitent donc que la règle ne s'applique que lorsque la juridiction choisie est dépourvue de compétence *rationae materiae*.

63 Il a été demandé au Bureau Permanent, assisté 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.

V. MESURES PROVISOIRES

64 De nombreux participants du 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 que la Convention contraigne les États à attribuer une compétence en matière de mesures provisoires à l'appui de procédures pendantes dans d'autres États (pour surmonter la limite imposée par le *Privy Council* en appel de Hong-Kong dans l'affaire *Mercedes Benz AG* c. *Leiduck* [1996] 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.

– Étant 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.

65 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'expliciter 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.

66 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]. »

67 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 (création autonome de compétence dans la Convention ou simple autorisation pour le droit national de la prévoir) semble exister ici.

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

68 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'État de la juridiction choisie. Le groupe a décidé de revenir sur cette question lors de sa prochaine réunion.

VII. CLAUSE EXCLUSIVE D'ÉLECTION DE FOR ET LITISPENDANCE

69 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 État unique peuvent licitement être saisies en application de la Convention.

70 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.

71 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.

72 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.

73 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

[8] Après la réunion, il a été suggéré 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'État A, mais en vertu des règles de compétence *rationae materiae* et / ou territoriale de l'État A, il appartiendrait au tribunal Y, plutôt qu'au tribunal X (les deux étant situés dans l'État A), de connaître de l'affaire.

to apply where the chosen court lacks subject matter jurisdiction.

63 The Permanent Bureau, assisted by contributions from the participants, was asked to investigate further which mechanisms and liberties might exist under national law to remove a case from the court exclusively chosen to another one in relation to the internal allocation of jurisdiction.

V. INTERIM RELIEF

64 Many participants of the informal working group spoke in favour of the following principles:

– Courts other than the court exclusively chosen should be allowed to grant interim relief where they have jurisdiction under national law.

– It was considered too ambitious to *oblige* States in the Convention to create jurisdiction for interim relief in support of proceedings pending in other States (*i.e.,* in order to overcome the limitation imposed by the Privy Council on appeal from Hong Kong in *Mercedes Benz AG v Leiduck* [1996] 1 AC 284 to the effect that jurisdiction to order provisional and protective measures cannot rest on the presence of the assets sought to be preserved alone; there must be jurisdiction in respect of the substantive matter). A mere *permission* was considered sufficient and realistic.

– Given the diverging practice under the New York Convention, this should be made explicit.

– Such relief should be provisional *and* protective in order not to amount to relief on the merits (*e.g.,* direct payment to the creditor or plaintiff).

– It should, however, go further than a mere protection of the claim on the *merits*, in particular it should also allow to secure the payment of *costs.*

– The rule should, however, not allow issuing of an anti-suit injunction to the detriment of proceedings before the court exclusively chosen.

65 As to drafting, one suggestion was to copy Article 13(1) and (2) of the 2001 Interim Text in order to make explicit that:

– a court having jurisdiction on the merits under the Convention could also order interim relief,

– a court not having jurisdiction on the merits under the Convention could order certain limited, protective types of interim relief to be harmonised by the Convention where there was jurisdiction under national law.

66 Another, shorter draft, aiming at expressing similar principles, was suggested as follows:

"Nothing in this Convention shall prevent any court from ordering provisional and protective measures in support of adjudication of a dispute submitted or to be submitted to the chosen court."[8]

67 While the first proposal explicitly gives the chosen court jurisdiction to order interim relief, the second suggestion leaves it to national law. So, in a way, a similar distinction as the one discussed for courts other than the chosen court (*i.e.*, autonomous creation of jurisdiction in the Convention, or mere permission for national law to provide it) seems to exist here.

VI. EXCLUSIVE CHOICE OF COURT CLAUSE AND *FORUM NON CONVENIENS*

68 The group discussed whether there should be a discretion, *e.g.,* as embodied in the doctrine of *forum non conveniens,* for the court exclusively chosen. While many participants strongly rejected this and stated that the agreement which had been reached on this in 1999 was the basis for any further negotiations, others felt that their will to give up discretion existing under national law would be linked to the requirement of an international element or, more precisely, a connection between the case and the State of the court chosen. The group decided to revisit the issue at its next meeting.

VII. EXCLUSIVE CHOICE OF COURT CLAUSE AND *LIS PENDENS*

69 It was widely recognised on principle that a *lis pendens* situation, *i.e,.* a competition of two courts seised with the same case *under the Convention*, cannot arise as long as there only is one white list ground of jurisdiction relating to choice of court clauses, and in the case concerned the clause is exclusive. In that case only the courts of one single State may lawfully be seised under the Convention.

70 The group therefore reconfirmed the principle embodied in Article 21(1), *in fine,* which says that where a court not chosen has been seised first, priority in time (the underlying principle to resolve *lis pendens* situations in civil law systems) is trumped by the exclusive jurisdiction of the chosen court. If, on the other hand, the chosen court is the one seised first, it shall continue to hear the case even if one of the parties then seises another court.

71 Discussion of the question whether a full mechanism along the lines of (at least some parts of) Article 21 of the 2001 Interim Text would be necessary to deal with these situations was postponed to another meeting until after the discussion of non-exclusive choice of court clauses.

72 It was mentioned, however, that, if no full mechanism of *lis pendens* were required eventually, it may be preferable to include at least a clause obliging the court not chosen to dismiss the case, using some elements of Article II(3) of the New York Convention as an example, also in cases where one party alleges invalidity of the clause. It was stressed that the clause should not state explicitly whether the court not chosen should only stay or suspend proceedings until the chosen court had assumed jurisdiction under the clause, or whether it should dismiss the case immediately. There was a feeling that this should be left to national law.

73 One participant suggested that in a case where the defendant defaults before the court first seised but not chosen, the existence of a choice of court clause pointing to another

[8] After the meeting it was mentioned that the second proposal should perhaps refer to "the court having jurisdiction under this Convention" instead of "the chosen court" in order to cover also the following case which was discussed in the section on personal versus subject matter jurisdiction: Parties have chosen a court X in State A, but under the rules on subject matter jurisdiction and / or venue of State A, it would be for court Y instead of court X (both located in State A) to hear the case.

un autre État 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.

74 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.

VIII. RELATIONS AVEC DES CONVENTIONS SPÉCIFIQUES

75 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 est limitée aux clauses d'élection de for, certains participants doutent que les Conventions existantes dans des domaines particuliers doivent prévaloir.

76 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).

IX. DÉCONNEXION

77 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 des articles 2(1), 2(1) *a*), et 4 du Texte provisoire – avec les instruments européens applicables dans les États 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.

78 Le chevauchement potentiel survient dans la situation suivante :

– La juridiction choisie est dans un État partie à la fois aux instruments européens et à la Convention de La Haye.

– L'une des parties a son domicile / sa résidence habituelle dans un État partie à l'instrument européen et l'autre dans un État partie à la Convention de La Haye qui n'est pas partie aux instruments européens.

79 Le groupe n'a soulevé aucune objection à ce que la Convention de La Haye s'applique dans ces situations. Cependant, les participants des États 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 sur cette question.

80 Il a été rappelé que d'autres instruments régionaux de nature générale tels que, entre autres, les instruments 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 du Mercosur ainsi que les instruments de la Ligue arabe) devraient être envisagés ici. Il a été indiqué que 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 États 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 États parties d'accorder la priorité à une Convention plus limitée traitant de compétence fondée sur les seules clauses d'élection de for.

81 Il a été demandé au Bureau Permanent, avec l'aide de participants du groupe, d'effectuer des recherches supplémentaires sur ces conventions générales à disjoindre.

X. BILATÉRALISATION

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

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

83 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 posté sur le site Internet de la Conférence de La Haye.

Groupe de travail informel – premier rapport

State should be ignored. Others disagreed on this. However, the group did not pursue a proposal to add the requirement of a request by one of the parties. Therefore it seems that it will be left to the national law of the court seised how to deal with these situations.

74 The group also considered the possibility, at a later stage, of drafting some model choice of court clauses which could be included in an Annex to the Convention or in the Report. Arbitration model clauses could serve as examples.

VIII. RELATIONSHIP WITH SPECIAL CONVENTIONS

75 A traditional clause in international treaty law often lets those rules on jurisdiction or recognition and enforcement which are contained in specific conventions for certain subject matters (nuclear liability, transport etc.) prevail over rules in general conventions that govern jurisdiction, recognition and enforcement regardless of the subject matter. However, as long as the Hague Convention were limited to choice of court clauses, some participants had doubts as to whether in this case existing Conventions on specific subject matters should necessarily prevail.

76 In order to assess whether there is room within existing Conventions to deviate from the traditional preference rule for the purposes of a possible convention on choice of court clauses, the Permanent Bureau was asked to carry out some research on certain Conventions (*e.g., Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air* of 12 October 1929, *Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy* of 29 July 1960, as amended by the Additional Protocol of 28 January 1964 and by the Protocol of 16 November 1982, *UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment* of 16 November 2001 and its *Protocol on Matters specific to Aircraft Equipment* of the same day, as well as the transport instruments mentioned on p. 11 of this Report and others).

IX. DISCONNECTION

77 With regard to other general instruments on jurisdiction, recognition and enforcement, the group looked into the question whether, with wording similar to that in Article 2(1), 2(1)*(a)* and Article 4 of the Interim Text, there would be a potential overlap with European instruments applicable in European Union Member States and beyond (the *Conventions of Brussels and Lugano on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 27 September 1968 and 16 September 1988, as well as Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on the same issues). One participant submitted a set of diagrams illustrating the different situations (see Annex II). From that it became clear that there is only one situation (*i.e.*, case No III) where, according to their terms, both the European instruments and the Hague Convention would apply. For this case, a policy choice will have to be made as to which one should prevail, and a clause will have to be drafted accordingly.

78 The potential overlap arises in the following situation:

– The court chosen is in a State that is party to both the European instruments and the Hague Convention (HC).

– One of the parties is domiciled or habitually resident in a European instrument State and one in a HC State which is not a Party to the European instruments.

79 There was no objection stated in the group that the HC should apply to those cases. However, participants from European Union Member States stressed that they had spoken in their personal capacity, that there was an external competence of the European Community on this matter and that the European Community as such had not yet reached a common position on it.

80 It was recalled that other regional instruments of a general character such as, *inter alia,* the Inter-American Conventions (La Paz Convention, *Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards of 8 May 1979* [Montevideo Convention]), Mercosur instruments as well as instruments of the Arab League would have to be considered here. The view was expressed that Article 8 of the La Paz Convention which reads "The rules contained in this Convention shall not limit any broader provisions contained in bilateral or multilateral conventions among the States Parties regarding jurisdiction in the international sphere or more favourable practices in regard to the extraterritorial validity of foreign judgments" may not permit States Parties to give priority to a more limited Convention dealing with jurisdiction based on choice of court clauses only.

81 The Permanent Bureau, with the assistance of participants of the group, was asked to carry out further research on those general Conventions to be disconnected.

X. BILATERALISATION

82 No objection was raised to the proposition that there was no need for bilateralisation in order for a system based on choice of court clauses to operate among Contracting States.

XI. MEETING REPORT AND PUBLICITY OF DISCUSSIONS AND RESULTS

83 The participants requested the Permanent Bureau to establish a mailing list for members of the informal working group in order to facilitate their discussions. A draft meeting report would first be sent to participants for comments and then be published on the Hague Conference's website.

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 tranvail. 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 – Élection 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.

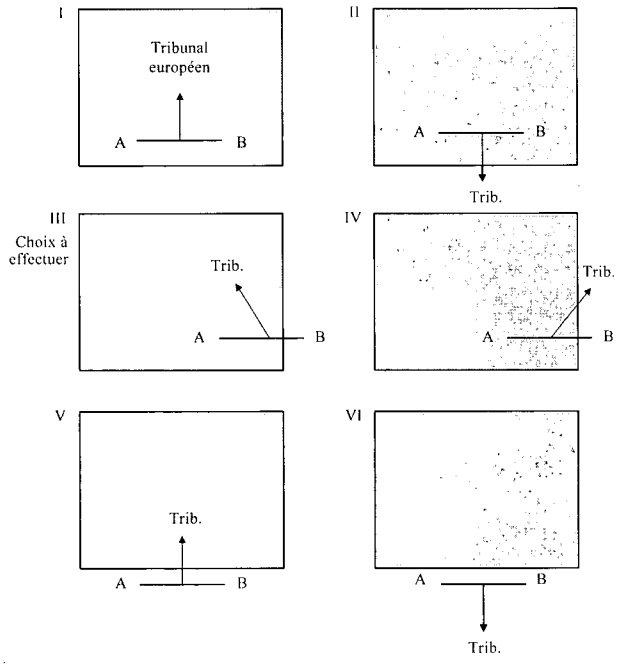
[Le terme « message de données » désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.]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

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.

ANNEX I

1 Language provisionally proposed by the group (subject to drafting amendments)

"The Convention does not determine the law applicable to the capacity of the parties."

"In the absence of a choice of law by the parties, the internal law of the court chosen [by the parties] shall determine whether a party has consented to the agreement."

"This Article shall not apply to choice of forum agreements with regard to consumer contracts or individual contracts of employment. A consumer contract is an agreement between a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (the consumer) and another party acting for the purposes of its trade or profession, or between two consumers."

2 Tentative draft of the form requirements for choice of court clauses submitted by the Permanent Bureau during the meeting:

The draft is based on Article 4(2) of the 2001 Interim Text. Additions agreed by the group are in bold print. Elements to be found in the 1996 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce which, in 2001, had not been incorporated, are added in italics in square brackets in order to facilitate consultation as to whether they should be added.

"Article 4 – Choice of court

(...)

2 An agreement within the meaning of paragraph 1 shall be valid as to form only, if it was entered into –

a) in writing or by any other means of communication which renders information accessible [as a data message] so as to be usable for subsequent reference;

b) orally and confirmed in writing or by any other means of communication which renders information accessible [as a data message] so as to be usable for subsequent reference;

c) in accordance with a usage which is regularly observed by these parties; or

d) in accordance with a usage which the parties knew or ought to have known and which is regularly observed by the parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.

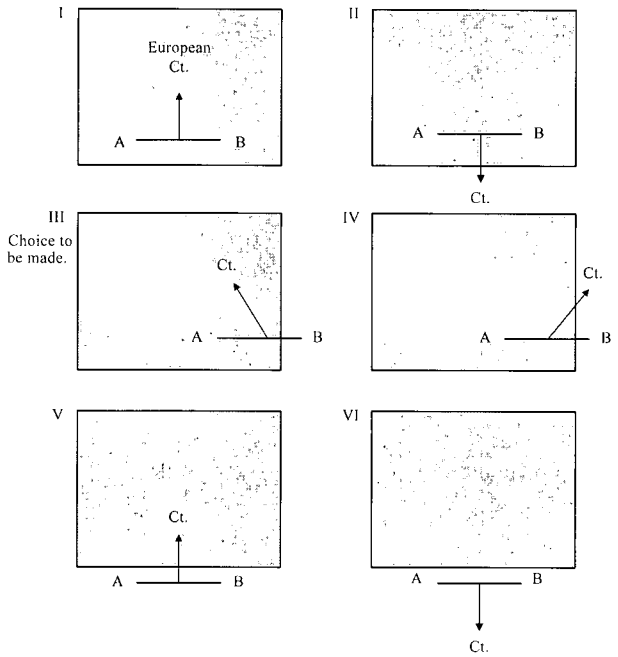
['Data message' means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.]"

3 Last version of a discussion paper on an escape clause, submitted by some participants

"In exceptional cases, a court may decline to give effect to a choice of court agreement if giving the agreement effect would result in a manifest injustice."

ANNEX II

DISCONNECTION



Explanatory Remarks:

The square symbolises the territory to which the European instruments apply in general.

According to the terms of the choice of court rules in the European instruments and in the Hague draft:

– In case I, the European instruments only would apply;

– In cases II, IV, V and VI only the Hague rule would apply;

– In case III, according to their terms, both sets of rules would apply. Therefore a policy choice has to be made.

Rapport de la Deuxième réunion du Groupe de travail informel sur le projet des jugements 6 au 9 janvier 2003

PRÉPARÉ PAR ANDREA SCHULZ
PREMIER SECRÉTAIRE

Document préliminaire No 21 de janvier 2003

I. INTRODUCTION

1 Du 6 au 9 janvier 2003, le groupe de travail informel sur le Projet des jugements a tenu une Deuxième réunion de trois jours[1]. La réunion était présidée par le Professeur Allan Philip (Danemark) et a eu lieu au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé à La Haye. Les membres du groupe, représentant le caractère universel de la Conférence de La Haye et une large gamme de systèmes juridiques, sont Marie-Odile Baur (Commission européenne), Paul Beaumont (Royaume-Uni), Antonio Boggiano (Argentine) Alegria Borrás (Espagne), Andreas Bucher (Suisse), Masato Dogauchi (Japon), Antonio Gidi (Brésil; excusé pour cette réunion), David Goddard (Nouvelle-Zélande; excusé pour cette réunion), Jeffrey Kovar (États-Unis d'Amérique), Nagla Nassar (Egypte; excusée pour cette réunion), Gugu Gwen Ncongwane (Afrique du Sud), Tatyana Neshataeva (Fédération de Russie; excusée pour cette réunion), Fausto Pocar (Italie), Peter Trooboff (États-Unis d'Amérique), José Luis Siqueiros (Mexique; excusé pour cette réunion), Sun Jin (Chine), et Rolf Wagner (Allemagne). Ils participent à titre personnel, et ne sont donc ni habilités ni disposés à engager ou lier un quelconque gouvernement.

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

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

4 Sur la base de ces discussions, la Présidence a alors présenté une proposition de Projet de Convention sur les clauses exclusives d'élection de for afin de faciliter la poursuite de la discussion.

5 Afin de se conformer au mandat délivré au groupe par la Commission sur les affaires générales d'avril 2002 et d'assurer la transparence des informations des États membres de la Conférence de La Haye ainsi que des intéressés, le présent Rapport décrit le résultat des discussions et comprend le projet présenté par la Présidence, tel que le groupe l'a affiné, dans sa dernière version en annexe. Les intitulés des parties du Rapport indiqueront la disposition correspondante du projet annexé. Le groupe a laissé à la discrétion du Bureau Permanent les modifications nécessaires de la rédaction du texte anglais si la préparation d'une version française les requiert.

6 Le groupe informel n'a pas encore discuté d'autres chefs de compétence identifiés par la Commission sur les affaires générales d'avril 2002 tels que les trusts, la compétence à l'égard des succursales et les dommages corporels.

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

II. CLAUSES D'ÉLECTION DE FOR

A. . Définition de l'exclusivité des clauses d'élection de for (annexe, article 3)

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

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

– (1) des clauses désignant une juridiction (ou les juridictions d'un État) uniquement (c'est-à-dire exclusivité pure);

[1] Voir le Doc. prél. No 20, p. 36 dans le présent tome.

Groupe de travail informel – deuxième rapport

Report on the Second Meeting of the Informal Working Group on the Judgments Project 6 to 9 January 2003

PREPARED BY ANDREA SCHULZ
FIRST SECRETARY

Preliminary Document No 21 of January 2003

I. INTRODUCTION

1 From 6 to 9 January 2003 the informal working group on the Judgments Project held its second meeting of 3 days.[1] The meeting was chaired by Professor Allan Philip from Denmark and took place at the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law in The Hague. The members of the group, representing the global membership of the Hague Conference and a variety of legal systems, were Marie-Odile Baur (European Commission), Paul Beaumont (United Kingdom), Antonio Boggiano (Argentina), Alegría Borrás (Spain), Andreas Bucher (Switzerland), Masato Dogauchi (Japan), Antonio Gidi (Brazil; excused absence for this meeting), David Goddard (New Zealand; excused absence for this meeting), Jeffrey Kovar (United States of America), Nagla Nassar (Egypt; excused absence for this meeting), Gugu Gwen Ncongwane (South Africa), Tatyana Neshataeva (Russian Federation; excused absence for this meeting), Fausto Pocar (Italy), Peter Trooboff (United States of America), José Luis Siqueiros (Mexico; excused absence for this meeting), Sun Jin (China), and Rolf Wagner (Germany). The members participated in their personal capacity and were therefore neither in a position, nor willing, to commit or bind any government.

2 As decided by the Commission on General Affairs and Policy of the Hague Conference at its meeting from 22 to 24 April 2002, the informal group was to explore whether a text could be presented to a Special Commission, to be held, if possible, in mid-2003, with a sufficient prospect of reaching agreement. The group therefore continued its efforts to achieve a text for referral to a Special Commission, with the belief that endorsement from the group would provide the most effective guidance for government delegations.

3 The meeting was divided into two parts. Discussions during the first part were based on Preliminary Document No 19, which was prepared by the Permanent Bureau in order to facilitate the work of the group, and represented a continuation of the discussions at the previous meeting. While the first meeting had focused on exclusive choice of court clauses in business-to-business (B2B) cases, the second meeting first looked at a definition of "exclusivity" before turning to non-exclusive choice of court clauses. It looked at some areas where these might require different treatment than exclusive clauses (in particular interim relief). Subsequently, the group revisited questions that had remained open during the first meeting, thereby mainly focussing on exclusive choice of court clauses, but also briefly examining some of these questions with regard to non-exclusive choice of court clauses. The discussion concentrated on whether a case involving a choice of court clause, in order to be covered by the scope of the Convention, should be required to have some international element, whether there must be an objective link with the chosen forum, and whether there should be a general standard for courts to determine substantive validity (so-called general escape clause which might include public policy, manifest injustice or other). The question whether or not to include some or all intellectual property rights was equally revisited. Still on the basis of Preliminary Document No 19, the group then moved on to discuss possible further bases of jurisdiction to be added, as identified by the Commission on General Affairs: consent / waiver / submission, counterclaims, and defendant's forum.

4 Based on these discussions, the Chair then presented a proposal for a draft Convention on Exclusive Choice of Court Clauses in order to facilitate further discussion.

5 In order to comply with the mandate conferred on the group by the Commission on General Affairs in April 2002 and to ensure transparency in informing the Member States of the Hague Conference as well as interested parties, this Report describes the outcome of discussions and includes the draft submitted by the Chair, as refined by the group, in its latest version in the Annex. Section headings in the Report will identify the relevant provision of the draft in the Annex. The group left it to the discretion of the Permanent Bureau to make the necessary drafting amendments in the English text, should the preparation of a French version require this.

6 The informal group has not yet discussed other bases of jurisdiction identified by the Commission on General Affairs in April 2002 such as trusts, branch jurisdiction and physical torts.

7 The group agreed to hold its third meeting from 25 to 28 March 2003 in The Hague, immediately before the meeting of Commission I on General Affairs and Policy of the Hague Conference which would meet from 1 to 3 April. Commission I would have before it the Reports of the first two meetings of the informal group, and at least an oral report of the third meeting would be presented to it by the Chair of the informal group and the Permanent Bureau.

II. CHOICE OF COURT CLAUSES

A. Defining exclusivity of choice of court clauses (Annex, Article 3)

8 The first meeting of the informal group focused on exclusive choice of court clauses. Before moving on to examining further issues – either non-exclusive choice of court clauses or the addition of other bases of jurisdiction –, the need was felt to define more clearly what was to be understood, for the purposes of this Convention, by "exclusive" and "non-exclusive" choice of court clauses.

9 It became clear that there seemed to be at least three different basic types of choice of court clauses:

– (1) clauses choosing one court (or the courts of one State) only (*i.e.*, pure exclusivity),

[1] See Prel. Doc. No 20, p. 37 in this tome.

– (2) des clauses permettant plusieurs juridictions identifiées par le contrat, à l'exclusion de toutes les autres (c'est-à-dire exclusivité multiple)[2] ; et

– (3) des clauses non exclusives d'élection de for indiquant une juridiction choisie sans interdire aux parties d'en saisir une autre.

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

– (4) Les participants ont fourni des exemples de clauses exclusives à l'égard d'une partie, alors que l'autre disposait du droit de saisir une juridiction quelconque d'une liste de plusieurs juridictions convenues ;

– (5) ou une juridiction entièrement différente hors du contrat.

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

– (6) Un autre type de clause encore (dite symétrique) impose à chaque partie de saisir l'autre exclusivement au for de son domicile[3].

12 Des doutes subsistent quant à savoir si les situations 2 à 6 sont courantes en pratique. Puisque toutes, sauf le type 1, permettent la saisie licite de plus d'une juridiction, elles nécessiteraient une règle indiquant comment traiter les procédures parallèles, créant ainsi de nouveaux risques pour l'acceptation de cette Convention. Selon le groupe, la question d'un équilibre raisonnable entre les avantages et inconvénients de l'insertion d'une règle sur les procédures parallèles dépendait également de l'ajout ou non, en définitive, d'autres chefs de compétence soulevant également la question des procédures parallèles.

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

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

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

[3] Il a été fait référence à une Convention d'arbitrage entre l'*American Arbitration Association* et la *Japanese Commercial Arbitration Association*, datée du 16 septembre 1952, selon laquelle le for est choisi selon divers facteurs.

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

B. Clauses non exclusives d'élection de for et mesures provisoires

15 Au cours de sa Première réunion, le groupe a énuméré un certain nombre de principes à l'égard des mesures provisoires en présence d'une clause exclusive d'élection de for[5]. Parmi ces principes, un seul a été identifié comme pouvant nécessiter une modification lorsque la clause d'élection de for était non exclusive, à savoir le principe concernant les injonctions anti-poursuites. Lors de cette première réunion, il a été considéré que, dans le cas où une juridiction était choisie à titre exclusif, la convention devrait permettre (mais non contraindre) toute autre juridiction à accorder alternativement des mesures provisoires et conservatoires ne représentant pas des mesures au fond à l'appui des actes de la juridiction choisie. Cependant, il a été souligné à l'époque qu'une telle règle ne devrait pas permettre à ces autres juridictions de délivrer une injonction anti-poursuites au détriment de la procédure devant la juridiction choisie à titre exclusif. Les recherches effectuées par le Bureau Permanent indiquent qu'une disposition pourra ne pas être nécessaire dans cette mesure parce qu'aucune affaire de ce type n'a pu être identifiée en pratique.

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

C. Validité formelle (annexe, article 4)

17 Au cours de la Première réunion, la question de la nécessité d'une référence au « message de données » pour couvrir les contrats sous forme électronique ou autre de manière appropriée, telle que celle figurant aux articles 2 et 6 de la Loi type de la CNUDCI de 1996 sur le commerce électronique, a été soulevée. À la suite de consultations réalisées entretemps, le groupe est désormais en mesure de supprimer de nouveau cette référence, qui avait été ajoutée à titre provisoire lors de la dernière réunion[6]. La question de l'interdiction des exigences de forme nationales moins strictes, qui n'a pas été résolue lors de la Première réunion, n'a été examinée que dans le contexte d'accords pour la soumission à une compétence après la survenance d'un litige[7].

D. Validité matérielle

1. Exigence d'un élément international ? (annexe, article 2)

a) Élément international général

18 En partant de la disposition sur le champ d'application territorial de l'article 2(1), et l'extension par rapport aux clauses d'élection de for de l'article 2(1) *a)* du Texte provisoire de 2001, le groupe, lors de sa première réunion, avait

[5] Voir Doc. prél. No 20, p. 36 du présent tome, para. 69 et s.

[6] Voir Doc. prél. No 20, p. 36 du présent tome, para. 6 et s., ainsi que les dispositions en italiques de l'annexe I, No 2, à ce document.

[7] Voir *infra*, para. 38 et s. et note 7 de l'annexe.

– (2) clauses allowing several courts identified in the agreement while excluding all others (*i.e.*, multiple exclusivity)[2], and

– (3) non-exclusive choices of courts indicating an agreed court without preventing parties from seizing a different one.

10 Moreover, it occurred that there existed variants and combinations of these three types:

– (4) Participants gave examples where the choice was exclusive for one party, while the other party had the right to seise any one court out of a list of several agreed courts,

– (5) or a completely different one outside the agreement.

11 The so-called asymmetrical clauses described under (4) and (5) seem to arise in particular where there is an imbalance in bargaining powers between the parties.

– (6) Under yet another type of (symmetrical) clause, each party has to seise the other party exclusively in his or her home forum.[3]

12 There were doubts as to whether the cases (2)-(6) were frequent in practice. Since all of them except for type (1) allow for more than one court lawfully to be seised, they would require a rule on how to deal with parallel proceedings, thereby entailing further risks for the acceptance of this Convention. Whether there was a reasonable balance between the advantages and disadvantages of including a rule on parallel proceedings depended, according to the group, also on whether other grounds of jurisdiction would eventually be added that would equally raise the issue of parallel proceedings.

13 A suggestion was made to avoid the need for a rule on parallel proceedings by applying the Convention only to the symmetrical part of the agreement. However, only type (4) clauses can be divided into a symmetrical and an asymmetrical part. Another suggestion was to have two different parts of the Convention for the truly exclusive clauses (type (1)) and the other clauses (types (2)-(6)). Neither suggestion was pursued any further.

14 The group clarified that everything that had been discussed or agreed during the first meeting related only to type (1) clauses. It was decided to concentrate[4] the discussion on this type for the time being and to obtain further information on whether types (2)-(6) were so frequent in B2B cases as to deserve being included as well, in particular in the light of the fact that Article 4(1) of the 2001 Interim Text contained a presumption of exclusivity. The Permanent Bureau offered to liaise with the International Chamber of Commerce (ICC) in this respect. One participant mentioned that the bar of Washington D.C. would also be ready to assist.

[2] It was pointed out during the discussion that such clauses designating more than one court are widely used in some industries and some countries, *e.g.*, in the banking sector in Japan, but are void under some national laws, *e.g.*, under Chinese law.

[3] As an example from arbitration, reference was made to an Arbitration Agreement between the American Arbitration Association and the Japanese Commercial Arbitration Association, dated 16 September 1952, under which the forum is chosen based on various factors.

[4] This did not exclude, however, that the group sometimes during the ensuing discussion also considered how a certain rule would work with regard to choice of court clauses other than the type (1) clauses.

B. Non-exclusive choice of court clauses and interim relief

15 During its first meeting, the group had listed a number of principles with regard to interim relief in the presence of an exclusive choice of court clause.[5] Among those principles, only one was identified which might require modification if the choice of court clause was non-exclusive, namely the principle with regard to anti-suit injunctions. In that first meeting it was considered that in the case where one court was exclusively chosen, the Convention should allow (but not oblige) any other court concurrently to grant provisional and protective measures not amounting to relief on the merits in support of the chosen court's proceedings. At the time it was stressed, however, that such a rule should not permit these other courts to issue an anti-suit injunction to the detriment of proceedings before the court exclusively chosen. Research carried out by the Permanent Bureau indicates that a provision may not be necessary to this extent because no such cases could be identified in practice.

16 However, even under the assumption that this could be different with regard to non-exclusive choice of court clauses (*e.g.*, courts in one Contracting State issuing an anti-suit injunction against a person who has brought proceedings abroad before the chosen court in another Contracting State), opinions within the informal group were divided as to if and how to deal with this in the Convention. While some participants would have liked to prohibit anti-suit injunctions completely, most saw no need to protect proceedings before a court chosen, but not on an exclusive basis, against interference by anti-suit injunctions issued in other Contracting States. It was suggested to limit the Convention to exclusive choice of court clauses (in that case, no rule on anti-suit injunctions would be required). If it were decided to include non-exclusive clauses, it was suggested by most not to have a rule on anti-suit injunctions either, because the cases would be very rare and would not justify the additional complication.

C. Formal validity (Annex, Article 4)

17 During the first meeting, the question was raised whether a reference to "data message" as contained in Articles 2 and 6 of the 1996 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, was necessary in order to adequately cover electronic and other forms of contracts. Following consultation carried out in the meantime, the group was now in a position to delete this reference again, which had tentatively been added during the last meeting.[6] The question of whether less rigid national form requirements should be prohibited, which was not resolved at the first meeting, was only discussed in the context of agreements to submit to jurisdiction after a dispute has arisen.[7]

D. Substantive validity

1. International element required? (Annex, Article 2)

a) General international element

18 Starting from the provision on territorial scope in Article 2(1) and the extension for choice of court clauses in Article 2(1) *a)* of the 2001 Interim Text, the group, during its first

[5] See Prel. Doc. No 20, p. 37 in this tome, paras 69 et seq.

[6] See Prel. Doc. No 20, p. 37 in this tome, paras 6 et seq. as well as the parts printed in italics in Annex 1 No 2 to that document.

[7] See *infra*, paras 38 *et seq.* and footnote 7 to the Annex.

proposé provisoirement de garder quelque chose de semblable (y compris l'alinéa *a)*) et, le cas échéant, de le modifier afin d'assurer l'impossibilité pour les deux parties d'emporter à l'étranger une affaire par ailleurs strictement interne en choisissant simplement une juridiction étrangère. Le groupe n'était cependant pas parvenu à trouver la formulation correspondante[8].

19 Au cours de sa Deuxième réunion, le groupe est revenu sur cette question. Une version reformulée de la disposition susvisée sur le champ d'application territorial en général, adaptée à une Convention sur l'élection de for, figure à l'article 2(1) de l'annexe.

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

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

b) Lien particulier avec l'état du for (annexe, article 13)

22 Lors de la Première réunion, les avis étaient divisés quant à l'exigence ou non, outre du caractère international en tant que tel, d'un élément international plus précis, à savoir un lien avec le for choisi. Certains participants n'ont pas estimé prudent pour tous les législateurs et juridictions nationaux d'accepter une obligation ouverte d'accueillir le contentieux de n'importe quelles parties, même en l'absence d'un lien objectif avec le for. Les options débattues[9] ont été de laisser au droit national le soin de décider de faire connaître de ces affaires par les juridictions d'un État contractant, ou plus précisément, de permettre l'utilisation d'un *forum non conveniens* national, ou d'adoucir l'obligation d'un État contractant d'accepter les affaires sans lien avec cet État au moyen d'une clause de sauvegarde générale à débattre ultérieurement[10] ou d'un système de déclaration / réserve. Cependant, chacune des options a soulevé une opposition significative.

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

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

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

26 Le groupe avait discuté de la nécessité pour la clause de déclaration d'énumérer des facteurs de rattachement *requis*, tels que mentionné dans le Document préliminaire No 20, ou plutôt de décrire les affaires qui pourraient *ne pas* être

[8] Voir Doc. prél. No 20, p. 36 du présent tome, para. 22 et s.
[9] Voir Doc. prél. No 20, p. 36 du présent tome, para. 27 et s., sous b).

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

meeting, had tentatively suggested retaining something along those lines (including *a)*) and, where necessary, amending it in order to make sure that two parties cannot take an otherwise entirely domestic case abroad just by choosing a foreign court. However, the group had not been able to find language for this.[8]

19 During its second meeting, the group revisited the issue. A redrafted version of the above-mentioned provision on territorial scope in general, as adapted for the purposes of a Choice of Court Convention, can be found in Article 2(1) of the Annex.

20 Concerning the requirement of a further international element in addition to the location of the chosen court, the difficulty as well as the need to find a clear definition were once again stressed because this would eventually determine the scope of a Choice of Court Convention. It was pointed out that such a requirement should not limit the scope of the Convention too much and thereby prevent it from being an equal alternative to arbitration. It was mentioned that, in some countries, foreign companies, in order to be allowed to do business in that country, had to create a local subsidiary or joint venture. If this then made their litigation with local businesses purely domestic, it could seem arbitrary in some cases to exclude these situations from the scope of the Convention.

21 The two alternatives for Article 2(2) of the draft in the Annex suggest language in order to express the requirement of a general international element. While Alternative 1 focuses on the international nature of the dispute only, Alternative 2 looks at the international character of the relationship of the parties or the subject matter of the dispute. It was pointed out that the burden of proof might also play a role: As drafted in the Annex, where a plaintiff sues in the chosen forum, Alternative 1 would establish a presumption for giving effect to the choice of court agreement, and in many legal systems, the defendant would have to rebut it. Alternative 2, on the other hand, is phrased as a positive requirement for giving effect to the choice of court agreement and would, in many legal systems, have to be pleaded by the plaintiff or examined by the court *ex officio*. Consequently, a negative requirement may favour giving effect to choice of court agreements under the Convention slightly more than a positive requirement. Whatever option was chosen, the drafting would therefore have to be examined from the point of view of burden of proof.

b) Specific connection with forum State (Annex, Article 13)

22 At the first meeting, opinions had been divided as to whether, in addition to the requirement of internationality as such, some more specific international element should be required, namely a connection to the chosen forum. Some did not deem it prudent for all national legislatures and courts to accept an open-ended obligation to host lawsuits from any parties even where there is no objective link to the forum. Options discussed[9] were to leave it to national law whether the courts of a Contracting State would take these cases, or, more specifically, to allow for the use of national *forum non conveniens,* or to soften the obligation of a Contracting State to accept cases without a link to that State by a general escape clause to be discussed later,[10] or a declaration and reservation system. However, each of the options raised significant opposition.

23 Based on the assumption that without the requirement of a link with the chosen forum, the Convention would not be acceptable for some, the group examined more closely the narrowest of the options which would have the smallest impact on the scope of the Convention, *i.e.*, the declaration and reservation solution. It was pointed out that this could be used by those States which had made the policy choice not to attract litigation unconnected to that State, but would not otherwise narrow the scope of the Convention in a general and mandatory way in this respect. Article 13 of the draft in the Annex suggests language for this.

24 Some participants still questioned the need for such a link. They recalled that the requirement of an international element would already exclude purely domestic cases, and regretted the possible lack of foreseeability the declaration system would bring about, as well as a lack of reciprocity. Although bilateralisation was generally considered undesirable, it was suggested by some that, in order to restore reciprocity, bilateralisation could be considered in this case. Moreover, for some it was important that the declaration could only be made once, *i.e.,* at the time of ratification or accession, and not at any later time. Withdrawal, however, should be possible at any moment.

25 During the discussion about the details of a possible declaration rule, a number of examples were given as to how some national legal systems at present restrict foreign parties in choosing that State as a forum: the requirement of a minimum amount of the claim to be litigated, the requirement that the parties had also chosen the law of the chosen forum, or the requirement for a foreign plaintiff company that had been doing business in that State to register as a foreign company there (which would oblige that company to pay fees and may make it subject to being sued there on any ground, albeit unconnected to the business it carried out in that State). It was pointed out that these rules in states of the United States of America apply to corporations from other states of the United States as well as from foreign countries. There was uncertainty whether, under the regime of the Convention, it would still be permitted to apply some or all of these (and possible other) restrictions. Some of them might be seen as relating to subject matter jurisdiction or procedure (which are not affected by the Convention – see Annex, Articles 10 and 11). Where these restrictions did not relate to personal jurisdiction (which was the only issue governed by the Convention) and could therefore continue to apply, some suggested that States having established such limitations should not have a need for a declaration system. However, concerns were expressed about the risk of States creating such additional requirements in their national law and thereby undermining the scope of the Convention. An option to avoid this would be a rule in the Convention prohibiting the application of national rules of procedure aimed at restricting the effect of choice of court clauses.

26 The group had discussed whether the declaration clause should list *required* connecting factors, as mentioned in Preliminary Document No 20, or rather describe cases which might *not* be accepted (be it by again mentioning specific

[8] See Prel. Doc. No 20, p. 37 in this tome, paras 22 *et seq*.
[9] See Prel. Doc. No 20, p. 37 in this tome, paras 27 *et seq*, under b.

[10] It was stated already at the first meeting, though, that the general public policy clause would be too narrow to satisfy those asking for a connection with the chosen forum. Therefore, according to this view, if it were decided to deal with the "unconnected" cases through a general escape clause, something more than just public policy, *e.g.* a clause on manifest injustice, would be required.

acceptées (soit en mentionnant de nouveau des facteurs de rattachement particuliers dont l'absence donnerait lieu au refus, soit en visant les « affaires sans lien » en général). Il a été jugé important d'être aussi précis que possible parce que la déclaration définira le champ d'application de la Convention. Certains ont même souhaité obliger un État effectuant la déclaration à indiquer les exigences dans la déclaration. Il a cependant été constaté que cela serait difficile en pratique, notamment à l'égard des États disposant de plus d'un système de droit[11], et au vu du besoin pour les autres États contractants de traduire et publier ces déclarations de manière interne.

2. Absence de consentement et motifs généraux d'invalidité (clause générale de sauvegarde – annexe, articles 5 et 7)

27 Lors de sa première réunion, le groupe avait discuté de l'opportunité d'inclure une clause générale fixant au moins une norme conventionnelle partielle dans le domaine de la validité matérielle. Une telle règle permettrait aux juridictions de juger non valable une clause d'élection de for pour un motif de fond. En l'absence d'une règle conventionnelle, cela serait laissé au droit national, à moins que celui-ci ne soit expressément exclu par la Convention. Les options identifiées pour une norme dans la Convention ont été d'inclure une règle générale d'ordre public uniquement, ou d'ajouter une clause supplémentaire (par exemple, sur l'injustice manifeste). Si, lors de la Première réunion, il avait été jugé possible d'insérer une clause générale d'ordre public[12], d'interprétation stricte et applicable à toutes les règles de compétence pouvant être incluses dans la convention, l'évocation du souhait, voire la nécessité d'une autre règle, légèrement plus étendue, sur l'invalidité matérielle, ou le besoin pour les règles nationales à l'égard de la validité matérielle de continuer de s'appliquer avaient provoqué un vif désaccord[13].

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

29 Les illustrations fournies de la nécessité d'une telle clause de sauvegarde générale (ou alternativement, de la possibilité d'appliquer le droit national) concernaient les clauses contractuelles non négociées, notamment dans le domaine des contrats conclus par voie électronique (contrats par clic), mais également hors de celui-ci (contrat par ouverture de l'emballage[14]). Au cours des débats, il est apparu que de nombreux systèmes de droit effectueraient un examen très attentif pour savoir s'il y avait eu un consentement valable en pareil cas. Cependant, d'autres systèmes de droit pourraient ne pas qualifier une situation semblable de défaut de consentement, mais juger un tel accord non valable dans une situation appropriée en vertu d'une autre règle générale (au motif de l'injustice, du caractère déraisonnable, de l'ordre public, ou autre). Il n'était pas toujours clair que cela relevait du consentement ou d'un concept distinct, et cela pourrait être vu de manière différente dans des systèmes de droit différents. Certains participants proposent donc désormais que tous les États disposent de la même souplesse pour juger non valable une clause d'élection de for, quelle que soit la qualification de cette question en droit national.

30 Dans ce contexte, il a été rappelé qu'au cours de sa première réunion, afin d'essayer d'améliorer la prévisibilité, le groupe avait proposé de soumettre le consentement à la loi choisie par les parties ou, à défaut d'élection de loi, au droit interne de la juridiction choisie. Il n'avait pas été possible, lors de la Première réunion, de parvenir à un accord sur une proposition commune pour la loi applicable aux autres aspects de la validité matérielle, et notamment la licéité (norme conventionnelle, loi de la juridiction choisie ou loi de la juridiction saisie)[15]. À la lumière de la discussion susvisée, qui avait démontré que des systèmes de droit différents pourraient utiliser des catégories juridiques différentes pour parvenir à des résultats semblables à l'égard de la souplesse qu'ils jugeaient nécessaire, certains participants ont proposé de ne pas soumettre le consentement et les autres conditions de la validité matérielle à des lois différentes parce qu'il serait difficile de les délimiter. Au lieu de cela, la loi de la juridiction saisie[16] devrait déterminer tous les aspects de la validité matérielle de la clause d'élection de for[17].

31. Ceux qui avaient initialement demandé une règle supplémentaire outre l'ordre public ont indiqué qu'une solution qui laissait la question de la validité matérielle relever du seul droit national aurait deux avantages. D'abord, il ne serait pas nécessaire d'établir la limite entre le consentement et les autres aspects de la validité matérielle. Ensuite, si cette solution de l'application de la loi de la juridiction saisie, combinée avec une clause générale d'ordre public, était adoptée, aucune clause de sauvegarde permettant à la juridiction saisie mais non choisie de juger non valable un accord d'élection de for (par exemple, une « clause d'injustice manifeste »), ne serait nécessaire. Si, par contre, la règle soumettant le consentement à la loi choisie par les parties ou, à défaut de choix de loi, à la loi interne de la juridiction choisie, était conservée[18], il leur faudrait une clause de sauvegarde supplémentaire, et l'ordre public seul ne suffirait pas[19].

32 D'autres ont jugé que laisser tous les aspects de la validité matérielle relever de la loi de la juridiction saisie n'apporterait aucune amélioration de la sécurité juridique par rapport à la situation actuelle. Cela réduirait la convention à un instrument sur la validité formelle des clauses d'élection de for. Ils ont donc préféré conserver la solution issue de la Première réunion, c'est à dire soumettre le consentement à la loi choisie par les parties et, à défaut d'un choix de loi, au droit interne de la juridiction choisie[20].

[11] Les participants des États-Unis d'Amérique par ex., ont expliqué que dans leur pays, les juridictions fédérales étaient dépourvues de compétence *ratione materiae* en matière contractuelle, à moins qu'il n'y ait « diversity of citizenship », c'est-à-dire des parties domiciliées dans des États différents, et que le montant nécessaire à la compétence (75 000 USD) soit en cause, ou qu'il y ait une question fédérale, 28 USC 1331-1332, et que la mise en oeuvre d'une Convention sur l'élection de for se produirait donc probablement principalement par l'intermédiaire des juridictions des états.

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

[13] Voir Doc. prél. No 20, p. 36 du présent tome, para. 27 à 29.

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

[15] Voir Doc. prél. No 20, p. 52 du présent tome, annexe I, No 1, 2e proposition.

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

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

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

[19] Voir art. 5(2), alternative 3 dans le projet joint en annexe au présent Rapport, et sa note No 13.

[20] Voir art. 5(2), alternative 3 dans le projet joint en annexe au présent Rapport.

connecting factors the absence of which would give rise to non-acceptance, or by referring to "unconnected cases" in general). It was considered important to be as precise as possible, because the declaration would define the scope of the Convention. Some even wished to oblige a State making the declaration to state the requirements in the declaration. This was, however, found to be impractical, in particular with regard to States having more than one system of law,[11] and in the light of the need for other Contracting States to translate and publish these declarations internally.

2. Lack of consent and general grounds for invalidity (General escape clause – Annex, Articles 5 and 7)

27 During its first meeting, the group had discussed whether a general clause establishing at least a partial convention standard of substantive validity should be included. Such a rule would enable courts to hold a choice of court clause invalid for reasons of substance. In the absence of a convention rule, this would be left to national law, unless the latter were expressly prohibited by the Convention. The options identified for a convention standard were to have a general public policy rule only, or to add a further clause (*e.g.*, on manifest injustice). While, at the first meeting, it was felt that a general public policy clause,[12] to be interpreted narrowly and applicable to all jurisdiction rules that might be included in the Convention, could be inserted, there had been strong disagreement whether a further, slightly broader rule on substantive invalidity was desirable or even required,[13] and / or whether national rules on substantive validity should continue to apply.

28 This discussion repeated itself at the second meeting. Moreover, it emerged that it would be very difficult, if not impossible, to agree (in addition to the public policy clause) on language for a general escape clause creating an autonomous convention standard of substantive validity (in particular lawfulness), already in the informal group but all the more in a plenary meeting of the 62 Member States of the Hague Conference.

29 The examples given to illustrate the need for such a general escape clause (or, alternatively, for the possibility to apply national law), related to non-negotiated contract clauses, in particular in the area of electronic contracting (click-wrap agreements), but also outside that area (shrink-wrap agreements[14]). During the discussion it seemed that many legal systems would conduct a very close examination as to whether there had been valid consent in these cases. Other legal systems, however, might not label a similar situation as a lack of consent but might hold such an agreement invalid in an appropriate case under some general rule (for injustice, unreasonableness, public policy or other). Whether this was a part of consent or a separate concept was not always clear, and it might be seen differently in different legal systems. Therefore, some now suggested that all States should have the same flexibility to hold a choice of court clause invalid, regardless of how this question was labelled in their national laws.

30 In this context, it was recalled that during its first meeting, in an attempt to enhance foreseeability, the group had suggested to make consent subject to the law chosen by the parties or, in the absence of a choice of law, to the internal law of the chosen court. It had not been possible at the first meeting to agree on a common proposal for the law applicable to other aspects of substantive validity, in particular to lawfulness (Convention standard, law of the court chosen or law of the court seised).[15] In the light of the discussion mentioned above, which had illustrated that different legal systems might use different legal categories in order to come to similar results as regards the flexibility they considered necessary, it was suggested by some not to subject consent and other substantive validity requirements to different laws because it would be difficult to draw the line. Instead, the law of the court seised[16] should determine all aspects of substantive validity of the choice of court clause.[17]

31 Those who had initially requested an additional rule beyond public policy stated that a solution which left the issue of substantive validity completely to national law would have two advantages. Firstly, one would not have to draw the line between consent and other aspects of substantive validity. Secondly, if this solution to apply the law of the court seised, in combination with a general public policy clause, were adopted, they would not need an escape clause allowing the court seised but not chosen to hold a choice of court agreement invalid (*e.g.*, a "manifest injustice clause"). If on the other hand, the rule which subjected consent to the law chosen by the parties, or, in the absence of a choice of law, to the internal law of the chosen court, were kept,[18] they required an additional escape clause, and public policy alone would not suffice.[19]

32 Others felt that it would not constitute any improvement of legal certainty as compared to the present situation to leave all aspects of substantive validity to the law of the court seised. This would reduce the Convention to an instrument on the formal validity of choice of court clauses. They therefore preferred to maintain the solution found at the first meeting, *i.e.*, to subject consent to the law chosen by the parties and, in the absence of a choice of law, to the internal law of the chosen court.[20]

[11] The United States participants, for instance, explained that in the United States of America, Federal Courts lack subject matter jurisdiction in contract cases unless there is present diversity of citizenship and the requisite jurisdictional amount (75,000 USD) is met, or there is a federal question, 28 USC 1331-1332, and that therefore implementation of a Choice of Court Convention would likely occur mainly through state courts.

[12] This would always be the public policy of the forum actually seised.

[13] See Prel. Doc. No 20, p. 37 in this tome, paras 27 to 29.

[14] This means that the standard terms are printed on the outside of the package containing the goods under a transparent plastic wrapping. They contain a clause to the effect that, by removing the plastic wrapping, the user agrees to these standard terms.

[15] See No 1, second proposal, Annex I to Prel. Doc. No 20, p. 53 in this tome.

[16] This would include its public policy, its conflict of laws rules on the conclusion of contracts, and the substantive law designated by the latter.

[17] See Article 5(2), Alternative 1, Alternative 2, second sentence, and Alternative 5 in the draft annexed to this Report. With regard to Alternative 2, second sentence, and to Alternative 5, it was pointed out that such an explicit rule stating that some or all aspects of substantive validity were subject to the law of the court seised would mean that the applicable law – and therefore the validity of the clause – could not be determined as long as no court was seised. Therefore Alternative 1 was deemed preferable by some participants in this respect. In the same context, it was asked whether a rule like Article 27(1) of the 2001 Interim Text ("The court addressed shall verify the jurisdiction of the court of origin") would be retained in a convention limited to choice of court clauses. If this was the case, which law would that court then apply when examining the validity of the choice of court clause? The need (and possible shape) of such a provision will have to be revisited during the discussion of the provisions on recognition and enforcement.

[18] It seems more likely that parties comply with the requirements of a law they have chosen (either directly or indirectly by choosing a court) than with the requirements of a law, the applicability of which to their agreement is not foreseeable at the time of the conclusion of the agreement, this being only established at the moment where a court (other than the chosen court) is seised. So to leave (all or parts of) substantive validity to the law of the court seised (including its private international law rules) could lead to a higher number of clauses being held invalid by courts seised but not chosen, and these courts would then hear the cases themselves if they had jurisdiction under national law. By seizing a court under the law of which the clause is invalid, a plaintiff can thereby avoid having to comply with a choice of court clause.

[19] See Article 5(2), Alternative 3 in the draft annexed to this Report, and its footnote No 13.

[20] See Article 5(2), Alternative 3 in the draft annexed to this Report.

33 Les tenants de cette position ont déclaré qu'ils seraient peut-être disposés à un compromis et à soumettre le consentement et la capacité à la loi de la juridiction saisie si cela pouvait éviter l'inclusion d'une « clause d'injustice manifeste ». Certains d'entre eux ont cependant insisté sur le fait que la licéité devrait dépendre de la seule loi de la juridiction choisie (ou de la loi choisie par les parties), et non de la loi de la juridiction saisie. En outre, ils voulaient que la convention indique clairement que les parties avaient le droit de choisir une loi applicable à la validité matérielle d'une clause d'élection de for[21].

34 Les différentes alternatives de l'article 5 du projet annexé traduisent la diversité des avis exprimés. Outre le compte rendu de la discussion, peuvent être mentionnés les éléments suivants : Les alternatives 2, 3 et 4 indiquent, outre d'autres règles, le droit pour les parties de choisir une loi applicable à la validité (matérielle) de leur accord d'élection de for. Des cinq alternatives, seule l'alternative 3 soumet la validité – en l'absence d'un choix de loi par les parties – au droit interne de la juridiction *choisie*. Toutes les autres alternatives mènent en fin de compte à la loi (y compris le droit international privé) de la juridiction saisie. S'il n'y a pas à cet égard de différence de politique entre la 2e phrase de l'alternative 2, la 2e phrase de l'alternative 4, et l'alternative 5, leur formulation diverge. Les alternatives 4 et 5 suivent l'exemple de l'article II(3) de la *Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, alors que l'alternative 2 utilise une terminologie commune aux Conventions de La Haye.

E. Propriété intellectuelle

35 Lors de sa première réunion, le groupe avait proposé, à titre provisoire, l'insertion des droits d'auteur mais l'exclusion des brevets, marques (déposées ou non), et autres droits de propriété industrielle déposés d'une éventuelle règle sur les clauses d'élection de for, ainsi que la consultation des parties intéressées à cet égard[22]. Au cours de la Deuxième réunion, un rapport d'un État membre relatif au résultat de consultations réalisées sur cette question a été reçu. Dans cet État, il a été exprimé le souhait d'inclure non seulement les droits d'auteur, mais tous les droits de propriété intellectuelle dans le champ d'application d'une convention limitée aux clauses d'élection de for. Il a été souligné que, lorsqu'il y a un accord d'élection de for entre les parties, il serait normalement intégré à un contrat de licence. Les décisions de cet ordre prises par des commerçants devraient être respectées et renforcées par une convention internationale, ainsi qu'elles le sont déjà lorsque les parties choisissent l'arbitrage, et le résultat devrait s'appliquer uniquement *inter partes*. Les « affaires de pure piraterie » (c'est-à-dire où un contrefacteur contrefait un droit de propriété intellectuelle d'un titulaire avec lequel il n'a aucune relation contractuelle, dans le domaine purement délictuel) seraient exclues du champ d'application d'une règle sur les clauses d'élection de for. Le problème identifié lors des négociations de 2001 relatif à la disposition sur les délits (à savoir que dans la plupart des affaires de contrefaçon, l'invalidité est utilisée en défense ou, si le droit procédural national le requiert, à titre reconventionnel, alors que la validité est soumise à une compétence exclusive en vertu de la convention), a été jugé peu susceptible de se poser dans le contentieux des contrats (licences). Si cela est jugé nécessaire pour répondre à certaines préoccupations, il pourrait être explicité que tout jugement rendu sur la base d'une clause d'élection de for n'aurait aucun effet sur les autorités chargées de l'enregistrement ou, dans le cas d'une marque non déposée, sur la validité de la marque en tant que telle.

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

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

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

A. Consentement / renonciation / soumission (article 9)

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

« Article 5 – Comparution du défendeur

1. Sous réserve de l'article 12, est compétent le tribunal devant lequel le défendeur procède au fond sans contester la compétence.

2. Le défendeur a le droit de contester la compétence du tribunal au plus tard au moment de sa première défense au fond. »

39 Par la suite, des préoccupations ont été exprimées selon lesquelles, dans une convention mixte, une telle disposition favoriserait le contentieux. Dans les affaires où il existe une compétence en droit national mais pas en vertu d'autres dispositions de la Convention, un défendeur ne disposant de biens à l'encontre desquels un jugement pourrait être exécuté que dans d'autres États contractants mais pas dans l'État de la juridiction saisie serait obligé de contester la compétence. Sans quoi, la compétence en vertu de la Convention serait établie par l'article 5, ce qui permettrait la reconnaissance et l'exécution du jugement en vertu de la Convention dans d'autres États contractants[23]. Cela a conduit à la suppression de l'article 5 et l'inclusion du projet d'article 4(3) dans le Texte de 2001 :

« Article 4

[...]

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

40 L'objectif était de conserver une règle évitant les problèmes pouvant être liés à la solution antérieure tout en conservant certains de ses avantages (notamment protéger l'autono-

[21] Voir art. 5(2), alternatives 2 à 4 (phrase première) dans le projet joint en annexe au présent Rapport.
[22] Voir Doc. prél. No 20, para. 52 et s.

[23] Voir Doc. prél. No 11, para. 89 et s. ; voir également la note 152 du Texte provisoire de 2001.

33 Those advocating this position stated that they might be ready to compromise and to subject consent and capacity to the law of the court seised if this would avoid including a "manifest injustice clause". However, some of them insisted that lawfulness should depend on the law of the chosen court only (or on the law chosen by the parties), and not on the law of the court seised. Moreover, they wanted to make it clear in the Convention that parties had a right to choose a law applicable to the substantive validity of a choice of court clause.[21]

34 The different alternatives in Article 5 of the draft in the Annex reflect the variety of opinions expressed. In addition to the report on the discussion, the following may be mentioned: Alternatives 2, 3 and 4 state, in addition to other rules, the right of the parties to choose a law applicable to the (substantive) validity of their choice of court agreement. Of all five alternatives, only Alternative 3 subjects validity – in the absence of a choice of law by the parties – to the internal law of the court *chosen*. All other alternatives eventually lead to the law (including the private international law) of the court seised. While there is no policy difference between Alternative 2, second sentence, Alternative 4, second sentence, and Alternative 5 in this respect, their wording differs. Alternatives 4 and 5 follow the example of Article II(3) of the *New York Convention of 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,* while Alternative 2 uses terminology common to Hague Conventions.

E. Intellectual property (IP)

35 At its first meeting, the group had tentatively suggested to include copyright but to exclude patents, trademarks (both registered and unregistered) and other registered industrial property rights from a possible rule on choice of court clauses, and to consult stakeholders on this.[22] During the second meeting, a report was received from one Member State on the result of consultations carried out on this issue. In that State, the wish was expressed that not only copyright, but all IP rights should be included in the scope of a convention limited to choice of court clauses. It was stressed that, where there was a choice of court agreement between the parties, it would be normally included in a licensing agreement. Such decisions made by commercial parties should be respected and strengthened by an international convention, as they already are when the parties choose arbitration, and the result should apply only *inter partes*. "Sheer piracy cases" (*i.e.,* an infringer infringing an IP right of a right-holder with whom he does not have any contractual relationship, in the area of pure tort or delict) would be excluded from the scope of a rule on choice of court clauses. The problem identified during the 2001 negotiations with regard to the torts provision (*i.e.,* that in most of the infringement cases invalidity was raised as a defence or, if national procedural law so required, as a counterclaim, while validity was subject to exclusive jurisdiction under the Convention) was considered to be rather unlikely to arise in contract (license) litigation. If deemed necessary in order to meet some concerns, it could be made clear that any judgment rendered on the basis of a choice of court clause would not have any effect on registration authorities or, in the case of an unregistered trademark, on the validity of the mark as such.

36 Other participants, in their preliminary comments, stated that the latter would indeed have to be made explicit in the Convention (and not only in the Report), if it were decided to include all IP license litigation. Moreover, to the extent that validity claims would be outside the scope of the Convention, it remained unclear what would happen if the validity issue was raised in license litigation. It was feared that defendants could seek to avoid a judgment on the merits rendered in the chosen forum *under the Convention* by raising an invalidity defence, unless this were clarified. Participants agreed to consult further on this issue.

III. POSSIBLE OTHER BASES OF JURISDICTION TO BE INCLUDED IN THE CONVENTION

37 Consistent with the mandate conferred on the informal working group by the Commission on General Affairs in April 2002, the group discussed during its second meeting some possible further bases of jurisdiction to be added to a convention, as identified by the Commission on General Affairs. On the basis of Preliminary Document No 19, the group examined possible rules on consent / waiver / submission, counterclaims, and defendant's forum.

A. Consent / waiver / submission (Article 9)

38 The 1999 draft contained the following rule:

"Article 5 – Appearance by the defendant

1. Subject to Article 12, a court has jurisdiction if the defendant proceeds on the merits without contesting jurisdiction.

2. The defendant has the right to contest jurisdiction no later than at the time of the first defence on the merits."

39 Subsequently, concerns were expressed that, in a mixed convention, such a rule would increase litigation. In cases where there was jurisdiction under national law but not under other rules of the Convention, a defendant who had assets to satisfy a judgment only in other Contracting States but not in the State of the court seised would be obliged to plead lack of jurisdiction because otherwise, jurisdiction under the Convention would be established by way of Article 5, thereby enabling the judgment to be recognised and enforced under the Convention in other Contracting States.[23] This had led to the deletion of former Article 5 and to the inclusion of draft Article 4(3) in the 2001 Text:

"Article 4

[...]

(3) Where a defendant expressly accepts jurisdiction before a court of a Contracting State, and that acceptance is [in writing or evidenced in writing], that court shall have jurisdiction."

40 The purpose had been to retain a rule avoiding the problems which might be linked to the previous solution while maintaining some of its advantages (in particular to protect

[21] See Article 5(2), Alternatives 2-4 (first sentence) in the draft annexed to this Report.
[22] See Prel. Doc. No 20, paras 52 *et seq.*

[23] See Prel. Doc. No 11, paras 89 *et seq*; footnote 152 to the 2001 Interim Text.

mie des parties en cas d'accord d'élection de for conclu en cours de procédure).

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

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

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

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

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

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

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

B. Demandes reconventionnelles

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

1. Valeur ajoutée éventuelle d'une règle sur les demandes reconventionnelles en présence d'une clause d'élection de for

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

50 L'article 15 du Texte provisoire de 2001[25] dispose qu'un tribunal qui est compétent pour connaître d'une demande en vertu des dispositions de la Convention est également compétent pour connaître « d'une demande reconventionnelle résultant de la relation contractuelle ou des faits sur lesquels la demande originaire est fondée ».

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

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

53 Même une règle limitée sur les demandes reconventionnelles telle que l'article 15 du Texte provisoire, qui exigeait un lien, ajouterait quelque chose si les clauses d'élection de for des types (4), (5), et (6) décrits ci-dessus[26] étaient incluses dans la Convention. Lorsqu'une partie a saisi un for qui n'est accessible qu'à cette partie et non à l'autre, seule une règle sur les demandes reconventionnelles permettrait à l'autre d'engager une demande reconventionnelle en vertu de la Convention devant ce for. Si certains participants ont jugé

[24] Voir note 26 au Texte provisoire de 2001.

[25] L'article 15 du Texte provisoire de 2001 est formulé de la manière suivante :
« Article 15 – Demande reconventionnelle
[Sous réserve de l'article 12,] le tribunal qui est compétent pour connaître d'une demande selon les dispositions de la Convention l'est également pour connaître d'une demande reconventionnelle résultant de la relation contractuelle ou des faits sur lesquels la demande originaire est fondée[, sauf si le tribunal n'a pas la compétence à raison de la matière pour connaître de la demande reconventionnelle]. » Il faut noter qu'il y a une différence entre les versions anglaise et française des parties entre crochets, à la fin de l'article 15 ; alors que le texte français renvoie à un manque de compétence *ratione materiae* qui n'apparaît pas dans le texte anglais, celui-ci ne fait pas référence aux demandeur local et droit interne, mentionnés dans le texte français.

[26] Voir *supra*, para. 10 et s.

party autonomy in case of a post-filing choice of court agreement).

41 While a few members of the informal group would have preferred a true submission rule like Article 5 (1999), some others were strictly against it, and some suggested deleting even Article 4(3) (2001). They thought that it did not add anything to the general rule in Article 4(1) of the 2001 Text.

42 Those in favour of retaining Article 5 (1999) argued that this would not increase litigation. The defendant simply had to state his opposition in a motion to the court. Jurisdiction would then be based on national law, and the judgment would not be enforceable under the Convention. Most participants, however, objected that their courts would not state in the judgment what had been the basis of jurisdiction, and even if a basis of national law were mentioned, then most likely the defendant's opposition to Convention jurisdiction would not be recorded in the judgment. The suggestion to oblige the courts to state the basis of jurisdiction was dismissed as too far-reaching and bureaucratic.

43 Eventually, however, most members of the group seemed to see the "post-filing choice of court" embodied in Article 4(3) (2001) as a workable starting point, but the discussion which followed raised another issue regarding submission, namely the form requirement.

44 Initially only seen as a drafting matter, it was recalled that, if Article 4(3) (2001) were kept, the reference to "in writing" should be aligned with Article 4(2),[24] thereby creating an autonomous convention form standard also for submission in the appearance of a post-filing agreement. Others thought this was superfluous at least in the English version because the requirement for the submission to occur "before the court", as Article 4(3) of the 2001 Interim Text was phrased in English, seemed to be enough of a form requirement, as long as the submission was expressed in accordance with the procedural law of that State. As concerns the French text of Article 4(3) (2001), an amendment would be required in any case in order to reflect these ideas.

45 This suggests that, if the reference to "writing" were deleted, a "post-filing agreement before the court" as provided in Article 4(3) of the 2001 Interim Text in its English version be no more and no less than a further option for the form of such an agreement in addition to Article 4(2). If the court is not involved in the conclusion of the agreement, one of the form requirements in Article 4(2) has to be fulfilled, and if it occurred "before the court", the agreement falls under Article 4(3) and has to comply with the requirements of national law. The proposed Article 9 in the Annex suggests wording in order to make clear that the latter requires some involvement of the court.

46 Given the rather opposed views expressed previously within the group as to whether the Convention should prohibit not only higher, but also lower national form requirements for choice of court agreements, the question remains whether this reference to national law and its form standards is acceptable in this particular situation of a choice of court agreement entered before the court. If this were undesired and an autonomous convention form standard preferred also for these submission cases, the reference to "in writing" would have to be kept and aligned with the requirements in Article 4(2).

47 Whether, in addition to allowing national form requirements to re-enter the scene, this limited submission rule would add anything else to the jurisdiction rule now embodied in Article 6(1) of the Annex, however, will depend on whether all the limitations which might be agreed for choice of court clauses (*e.g.*, international element, link requirement) should also apply to submission. Opinions on this question were divided.

B. Counterclaims

48 Following the request by the Commission on General Affairs, the group examined whether a rule on counterclaims, possibly along the lines of Article 15 of the Interim Text, could be added to the Convention.

1. Possible added value of a rule on counterclaims in the presence of a choice of court clause

49 A dispute is covered by a choice of court clause under Article 4(1) of the 2001 Interim Text if it "has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship" which the parties have agreed to submit to the chosen court. The same formulation is used in Article 6(1) in the Annex.

50 Article 15 of the 2001 Interim Text[25] provides that a court which has jurisdiction to determine a claim under the provisions of the Convention shall also have jurisdiction to determine a counterclaim "arising out of the transaction or occurrence on which the original claim is based".

51 The group noted that both rules required a connection. If the parties had submitted a claim "arising out of or in connection with a particular legal relationship" to a chosen court, and a counterclaim arose "out of the transaction or occurrence on which the original claim" was based, this connection seemed to suggest that the counterclaim as such would already be covered by the rule on choice of court clauses. Therefore, an additional rule on counterclaims along the lines of Article 15 of the 2001 Interim Text would, in a convention limited to choice of court clauses, not add anything.

52 During the discussion, however, some situations were identified where a rule on counterclaims would add something. Opinions were divided about whether this was desirable.

53 Even a limited rule on counterclaims like Article 15 of the 2001 Interim Text, which required a connection, would add something if choice of court clauses of types (4), (5) and (6) as described above[26] were included in the Convention. Where one party had seised a forum that was only open to this party and not to the other, only a rule on counterclaims would enable the other party to bring a counterclaim under the Convention in that forum. While some participants thought that

[24] See already footnote 26 to the 2001 Interim Text.

[25] Article 15 of the 2001 Interim Text reads as follows:
"Article 15 – Counterclaims
[Subject to Article 12,] a court which has jurisdiction to determine a claim under the provisions of this Convention shall also have jurisdiction to determine a counterclaim arising out of the transaction or occurrence on which the original claim is based [unless the court would be unable to adjudicate such a counterclaim against a local plaintiff under national law]." It has to be noted that there is a difference between the English and French version of the bracketed part at the end of Article 15: While the French text refers to a lack of subject matter jurisdiction which is missing in the English text, the English text lacks the references to a local plaintiff and to national law which appear in the French text.

[26] See *supra*, paras 10 *et seq.*

que cela devrait être possible, d'autres étaient en désaccord parce qu'une telle règle reviendrait à circonvenir la clause d'élection de for qui, intentionnellement, n'avait pas ouvert ce for à la partie en cause.

2. Rapport avec la compensation et possibilité d'étendre une règle sur les demandes reconventionnelles aux demandes sans lien avec la demande principale

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

55 Un débat s'est développé sur la compensation et les demandes reconventionnelles. Il s'est fondé sur l'idée que, nonobstant les différences existantes entre lois nationales à cet égard, une compensation signifie généralement que le défendeur à l'encontre duquel une demande (généralement pécuniaire) est présentée se défend avec une réclamation de même nature (par exemple, également pécuniaire) dont il prétend disposer à l'encontre du demandeur. Si la défense prospère, le montant est déduit de celui réclamé par le demandeur. En d'autres termes, une compensation permet au défendeur de se défendre d'une demande pécuniaire au moyen d'une autre demande pécuniaire à concurrence du montant réclamé par le demandeur dans la demande principale. Si le montant soulevé à titre d'exception de compensation est supérieur à celui réclamé par le demandeur, le jugement rejettera simplement la demande du demandeur sans accorder au défendeur un titre permettant de recouvrer l'excédent auprès du demandeur. Un titre autonome, dans la plupart des systèmes de droit, ne peut être obtenu par le défendeur au principal qu'en déposant une demande reconventionnelle[27].

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

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

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

C. For du défendeur

59 Le groupe de travail informel a discuté de la possibilité d'ajouter à la Convention une règle sur un for général du défendeur, souhaité par quelques participants. L'article 3 du Texte provisoire de 2001 a été examiné comme point de départ.

60 Il a été souligné qu'en 2001, aucune objection précise n'avait été soulevée contre l'inclusion d'un for général du défendeur. Cependant, aucun consensus relatif aux détails n'avait été atteint[29]. Le groupe a débattu de la question en détail afin de se conformer à son mandat et de rendre compte de la possibilité d'ajouter d'autres chefs de compétence aux États membres et à la Commission I.

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

– L'ajout de tout autre chef de compétence au-delà des clauses exclusives d'élection de for rendrait la structure plus complexe et nécessiterait une règle permettant de traiter les procédures parallèles (problème de litispendance / *forum non conveniens*), et si les intervenants sont restés d'avis que les articles 21 et 22 des projets de 1999 / 2001 sont des réussites importantes permettant un consensus, ils se sont demandé si l'inconvénient tenant à la complication supplémentaire de l'inclusion d'une telle règle n'était pas supérieur à l'avantage d'un chef de compétence supplémentaire. Le besoin d'une règle sur les procédures parallèles a semblé particulièrement pressant dans les affaires entre professionnels où, en vertu de la règle conventionnelle de l'article 3(3) du Texte provisoire de 2001, l'équivalent de la « résidence habituelle » pour les personnes physiques pourrait aller jusqu'à créer quatre fors généraux du défendeur différents pour une entité ou personne autre qu'une personne physique.

– Si une règle sur le for du défendeur était incluse, la Convention ne serait plus limitée aux affaires d'autonomie des parties. Cela signifierait que les conflits entre les règles nationales de compétence exclusive et les chefs de la Convention, qui seraient à trancher par la Convention, se multiplieraient.

– L'ajout d'un for général du défendeur donnerait probablement lieu à la demande par certains États d'une liste noire de chefs de compétence interdits[30], sur laquelle il n'a pas semblé possible de parvenir à un consensus. Il en a été de même de la bilatéralisation, qui permettrait aux États contractants de sélectionner leurs partenaires parmi les autres États contractants.

– La question des demandes délictuelles, notamment, engagées dans le for général du défendeur, donnerait lieu à des difficultés supplémentaires.

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

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

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

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

this should be possible, others disagreed because such a rule would lead to the circumvention of the choice of court clause which had deliberately not offered this forum to the party concerned.

2. Relation to set-off and possibility of extending a rule on counterclaims to claims not connected to the principal claim

54 A further question was whether it was desirable to extend the rule on counterclaims to unconnected claims.

55 A discussion developed about set-off and counterclaims. This was based on the understanding that, notwithstanding existing differences between national laws in this respect, a set-off generally meant that the defendant against whom a claim (in most cases a money claim) was brought defended himself with a claim of the same kind (*e.g.*, equally money) that he allegedly had against the plaintiff. If the defence was successful, the amount was deducted from the amount claimed by the plaintiff. In other words, a set-off enabled a defendant to defend himself against a money claim with another money claim up to the amount claimed by the plaintiff in the principal claim. If the amount raised as a set-off defence exceeded the amount claimed by the plaintiff, the judgment would simply dismiss the plaintiff's claim without giving the defendant a title to collect the exceeding amount from the plaintiff. A stand-alone title can, in most legal systems, only be obtained by the defendant to the principal claim by filing a counterclaim.[27]

56 A few participants voiced concerns even about the possibility of a set-off defence because this might widen the substantive scope of the Convention. Where national legal systems did not require any connection between the principal claim and the claim raised as a set-off defence, the latter could be based on any facts, even on facts completely unrelated to the facts on which the principal claim was based (*e.g.*, on a tort unrelated to the contract which included the choice of court clause).[28] Some thought that this was undesirable and wished to limit the right to a set-off to the same legal relationship, while most participants felt that a set-off defence should always be possible.

57 Among those adhering to the last-mentioned view, some thought that even an unlimited possibility for a set-off defence was not sufficient if the claim raised as a set-off defence exceeded the principal claim. They stated that in these cases – even if there was no connection between the two claims and the set-off claim was therefore not covered by the choice of court clause, the defendant should be enabled to bring a counterclaim which would permit him to enforce the exceeding amount against the plaintiff under the Convention.

58 Others objected again that this would widen the scope too much. Another problem was that an unconnected counterclaim might have its own choice of court clause which should be respected. These participants recalled that, even if no rule on unconnected counterclaims were included into the Convention, national law would probably provide counterclaim jurisdiction in some circumstances. This would not be prohibited under the Convention. Recognition and enforcement of the judgment on the counterclaim would then depend on national law.

C. Defendant's forum

59 The informal working group discussed the possibility to add a rule on a general defendant's forum to the Convention, and a few participants expressed a strong desire to do so. As a starting point, Article 3 of the 2001 Interim Text was examined.

60 It was pointed out that, in 2001, there had been no specific objections to including a general defendant's forum. However, no consensus had been reached on the details.[29] The group discussed the issue in detail in order to comply with its mandate and report to Member States and to Commission I on the possibility of adding further bases of jurisdiction.

61 The difficulties identified, even if the Convention as a whole were limited to B2B cases, were in particular the following:

– The addition of any further basis of jurisdiction beyond exclusive choice of court clauses would make the structure more complicated and require a rule on how to deal with parallel proceedings (*lis pendens* and / or *forum non conveniens* problem), and while those present still considered Articles 21 and 22 of the 1999 and 2001 drafts to be major consensus-building achievements, they wondered whether the additional complication of including such a rule would not outweigh the benefit of a further basis of jurisdiction. The need for a rule on parallel proceedings seemed to be particularly urgent in B2B cases where, under the Convention rule in Article 3(3) of the 2001 Interim Text, the equivalent to "habitual residence" for natural persons could amount to as many as four different general defendant's fora for an entity or a person other than a natural person.

– If a rule on the defendant's forum were included, the Convention would no longer be limited to cases of party autonomy. This would mean that the conflicts between national rules on exclusive jurisdiction and the Convention grounds, which would have to be resolved by the Convention, would become more numerous.

– The addition of a general defendant's forum would probably give rise to certain States requesting a black list of prohibited grounds of jurisdiction,[30] and consensus on such a list did not seem achievable. The same was true for bilateralisation which would enable Contracting States to pick and choose their partners from among other Contracting States.

– The problem of tort claims, in particular, brought in the general defendant's forum, would cause additional problems.

[27] National laws also contain further rules as to when a certain defence may be raised incidentally in the principal proceedings, and in which cases it has to be brought as a counterclaim. The latter is the case, for instance, in patent cases in some countries where an invalidity defence has to be brought by a counterclaim. The question was raised of what would be the effect of a rule on counterclaims in the Convention if patents and trademarks were included.

[28] Another question which arises in the context of a set-off is whether a claim covered by an exclusive choice of court clause may be raised as a set-off defence before a court other than the chosen court.

[29] See footnote 16 as well as the bracketed parts of Article 3 of the 2001 Interim Text.

[30] This was raised in particular in case of a choice for "residence" which, according to some participants, had to be distinguished from the mere presence which should be a prohibited ground.

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

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

– En outre, le choix de la « résidence habituelle » donnerait lieu à des difficultés pour détacher cette règle (ou la Convention dans son ensemble) des instruments européens[31] parce que, dans ceux-ci, le for général du défendeur est le domicile.

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

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

IV. TRAVAUX FUTURS

65 Le groupe tiendra sa prochaine réunion du 25 au 28 mars 2003 à La Haye. Les observations sur le présent Rapport et les questions qui y sont soulevées, ainsi que sur les Documents préliminaires No 19 et 20[32] sont les bienvenues et peuvent être soumises au Bureau Permanent. En outre, un certain nombre de questions soulevées dans le présent document ont été adressées directement aux États membres de la Conférence de La Haye par la Lettre circulaire L.c. ON No 75(02) du 19 décembre 2002, qui peut être consultée sur le site Internet de la Conférence de La Haye à l'adresse <www.hcch.net>.

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

[32] Voir présent tome des *Actes et documents*.

Groupe de travail informel – deuxième rapport

62 It was agreed that these problems would have to be resolved independently of the concept chosen for a general defendant's forum. While some support was expressed for "habitual residence" and nobody spoke explicitly in favour of "domicile" or "residence", the arguments raised against "habitual residence" were however manifold.

– If the choice were for "habitual residence", the definition problem would arise. The time required for the establishment of a habitual residence was mainly defined by case law in the area of family law, and, in particular, child abduction. While there, according to the *1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, the time required to establish a new habitual residence after a wrongful removal or retention should be as long as possible, some participants were of the opinion that for the purposes of this Convention, a general defendant's forum (enabling plaintiffs to sue the defendant on any ground, albeit unconnected to the establishment of the general defendant's forum) should be acquired as quickly as possible.

– Moreover, a choice for "habitual residence" would entail problems to disconnect this rule (or the Convention as a whole) from the European instruments[31] because there, the general defendant's forum was domicile.

63 In order to find a way out of this dilemma, a suggestion was made to combine a double convention on choice of court with a simple convention on defendant's forum and perhaps other grounds. While for the former, jurisdiction as well as recognition and enforcement flowing from jurisdiction under the Convention would be regulated in a closed system, there would be no jurisdiction rules for decisions based on other grounds (of national law) but, to a limited extent, a possibility for recognition and enforcement under the Convention if the judgment was double-checked by a black list of indirectly prohibited grounds at the enforcement stage. While some thought that this would at least avoid the problem of parallel proceedings, others disagreed and mentioned that most of the simple conventions operating before the advent of the Conventions of Brussels and Lugano had a rule on *lis pendens*.

64 When balancing the possible benefits of adding a "simple convention chapter" against the complications and ensuing delays this would probably entail, a preference was expressed within the group to limit the present project to choice of court clauses in B2B cases, and to perhaps examine at a later stage, once this project was concluded, whether any further project could follow this up.

IV. FUTURE WORK

65 The group will hold its next meeting from 25 to 28 March 2003 in The Hague. Comments on this Report and the issues raised therein, as well as on Preliminary Documents Nos 19 and 20,[32] are welcome and may be submitted to the Permanent Bureau. Moreover, a number of questions raised in those documents have been addressed directly to the Member States of the Hague Conference by Circular letter L.c. ON No 75(02) of 19 December 2002 which can be consulted on the website of the Hague Conference at <www.hcch.net>.

[31] This expression stands for the *Conventions on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters of Brussels* (27 September 1968) and *Lugano* (16 September 1988) as well Regulation (EC) No 44/2001 which had converted the Brussels Convention into a Community instrument applicable to all 14 European Union Member States with the exception of Denmark. The Brussels Convention, however, is still applicable between the 14 European Union Member States to which the Regulation applies, and Denmark.

[32] See earlier in this tome of the *Proceedings of the Twentieth Session.*

ANNEXE

[Les États signataires de la présente Convention,

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

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

...

Ont résolu de conclure la Convention de La Haye suivante sur les Accords d'Élection de For pour les Opérations [Professionnelles] [Commerciales] (la « Convention sur les affaires entre professionnels de La Haye »), et sont convenus des dispositions suivantes [33] *–]*

CHAPITRE I

Article 1 – Champ d'application matériel

1 La présente Convention s'applique :

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

b) ...

c) ...

(...)

2 La Convention ne s'applique pas[34] :

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

b) aux contrats individuels de travail.

c) ...

d) ...

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

4 Un litige n'est pas exclu du domaine de la Convention du seul fait qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte de l'État y est partie.

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

Article 2 – Champ d'application territorial[35]

1 Les dispositions [de l'article / des articles 6[,...]][36] s'appliquent devant les tribunaux d'un État contractant sauf si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet État et sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux de cet État contractant pour connaître du différend.

2 Il sera donné effet à un accord d'élection de for en vertu de la présente Convention[37]

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

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

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

a) de son siège statutaire ;

b) selon la loi duquel elle a été constituée ;

c) de son administration centrale ; ou

d) de son principal établissement.

Article 3 – Définition

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

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

– les tribunaux d'un certain nombre de pays ou certains tribunaux particuliers, à l'exclusion de la compétence de toute autre juridiction][38].

[33] Le préambule, notamment son 3e alinéa, ont été rédigés aux fins d'un accord sur l'élection de for. Il est placé entre crochets, à la fois parce qu'il n'a pas encore été débattu, et parce que la détermination de la portée définitive de la présente Convention ne relève pas du mandat du groupe informel.

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

[« 2 Sont exclus du domaine de la Convention :
a) l'état et la capacité des personnes ;
b) les obligations alimentaires ;
c) les régimes matrimoniaux et les autres effets du mariage ou de relations analogues ;
d) les testaments et successions ;
e) l'insolvabilité, les concordats et procédures analogues ;
f) la sécurité sociale ;
g) (...) ;
h) les matières maritimes ;
[i) les entraves à la concurrence (anti-trust) ;]
[j) la responsabilité en matière nucléaire ;]
k) (...) ;
[l) les droits réels immobiliers ;]
[m) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale et les décisions y relatives] »].

[35] Voir, pour plus de précisions, le présent Rapport.

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

[37] Voir rapport ci-dessus.

[38] Bien que l'article 3 soit actuellement limité aux clauses exclusives d'élection de for, il reste à décider si les types (exclusifs) (2) et (6) indiqués para. 9 et s du présent Rapport seront également couverts par la Convention. S'il était décidé en outre de couvrir même les clauses d'élection de for non exclusives, d'autres amendements seraient nécessaires. Une règle sur les procédures parallèles (litispendance) serait probablement nécessaire pour tout dépassement du type (1) parmi les clauses énumérées para. 9 et s. du présent Rapport. Une autre proposition a été d'inclure au moins le type (2) (exclusivité multiple) mais de laisser le traitement des procédures parallèles relever du droit national.

ANNEX

[The States signatory to the present Convention,

Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial co-operation,

Believing that such enhanced co-operation requires a secure international legal regime that ensures the effectiveness of choice of court agreements by parties to [business] [commercial] transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

...

Have resolved to conclude the following Hague Convention on Choice of Court Agreements for [Business] [Commercial] Transactions (the "Hague B2B Convention") and have agreed upon the following provisions –][33]

CHAPTER I

Article 1 – Substantive scope

1 This Convention shall apply to –

a) agreements on the choice of court concluded in civil or commercial matters;

b) ...

c) ...

(...)

2 The Convention shall not apply to –[34]

a) consumer contracts. A consumer contract is an agreement between a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (the consumer) and another party acting for the purposes of its trade or profession, or between two consumers.

b) individual contracts of employment.

c) ...

d) ...

3 This Convention shall not apply to arbitration and proceedings related thereto, nor shall it require a Contracting State to recognise and enforce a judgment if the exercise of jurisdiction by the court of origin was contrary to an arbitration agreement.

4 A dispute is not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for the State is a party thereto.

5 Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.

Article 2 – Territorial scope[35]

1 The provisions of Article[s] 6[, ...][36] shall apply in the courts of a Contracting State unless all the parties are habitually resident in that State and have agreed that a court or courts of that same Contracting State have jurisdiction to determine the dispute.

2 A choice of court agreement shall be given effect under this Convention[37]

Alternative 1 unless all elements relevant to the dispute other than the choice of court agreement are connected with the State in which all the parties are habitually resident.

Alternative 2 only if the relationship of the parties or the subject matter of the dispute has a connection with another State or is otherwise of an international character.

3 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be habitually resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

Article 3 – Definition

1 For the purposes of this Convention, a choice of court agreement is an agreement whereby two or more parties designate, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise between them in connection with a particular legal relationship,

– the courts of one country or one specific court to the exclusion of the jurisdiction of any other courts[, or

– the courts of a certain number of countries or certain specific courts to the exclusion of the jurisdiction of any other courts].[38]

[33] The preamble, and in particular its third paragraph, is drafted for the purposes of a Choice of Court Convention. It is placed in square brackets both because it has not yet been discussed and because it is not within the mandate of the informal group to decide about the ultimate scope of this Convention.

[34] The group considered it premature to make suggestions on the exclusions from scope. It decided, however, to add the list of relevant exclusions from scope as contained in Article 1(2) of the 2001 Interim Text in a footnote in square brackets as a reminder of the items to be discussed. While the square brackets contained in the 2001 draft are reproduced here, the footnotes attached to the individual provisions in the Interim Text are not.

["2 The Convention does not apply to –
a) the status and legal capacity of natural persons;
b) maintenance obligations;
c) matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships;
d) wills and succession;
e) insolvency, composition or analogous proceedings;
f) social security;
g) (...);
h) admiralty or maritime matters;
[*i)* anti-trust or competition claims;]
[*j)* nuclear liability;]
k) (...);
[*l)* rights *in rem* in immovable property;]
[*m)* validity, nullity, or dissolution of a legal person and decisions related thereto]"].

[35] See, for further details, the discussion in this Report.

[36] Possible Articles to be added depend on the question whether, eventually, there will be other bases of jurisdiction in the Convention.

[37] See the discussion of the international element in this Report.

[38] Although Article 3 is at present limited to exclusive choice of court clauses, it still has to be decided whether the (exclusive) types (2) and (6) listed in paras 9 *et seq.* of this Report shall also be covered by the Convention. If it were moreover decided to cover even non-exclusive choice of court clauses, further amendments would be necessary. A rule on parallel proceedings (*lis pendens*) would probably be required for anything going beyond type (1) of the clauses listed in paras 9 *et seq.* of this Report. Another suggestion was to include at least type (2) (multiple exclusivity) but to leave it to national law to determine how to deal with parallel proceedings.

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

Article 4 – Validité formelle

Un accord d'élection de for est valable en la forme [uniquement][39] s'il a été conclu :

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

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

c) conformément à un usage régulièrement suivi par les parties à l'accord d'élection de for[40] ; ou

d) conformément à un usage dont les parties à l'accord d'élection de for[41] avaient ou étaient censées avoir connaissance et régulièrement observé par des parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale en cause.

Article 5 – Validité matérielle

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

2 Sous réserve[42] des dispositions de l'article 4[43],

Alternative 1 la présente Convention ne détermine pas la validité de l'accord d'élection de for[44].

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

Alternative 3 les parties peuvent déterminer le droit applicable à l'accord d'élection de for, y compris la question de la validité de l'accord d'élection de for. À défaut de choix de loi par les parties, la loi *interne* de la juridiction *choisie* détermine la validité de l'accord d'élection de for[45].

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

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

CHAPITRE II

Article 6 – Règle de compétence

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

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

[3 Lorsqu'une convention d'effet exclusif désigne [un tribunal ou] [les/des] tribunaux d'un État non contractant, les tribunaux des États contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer jusqu'à ce que [le tribunal ou] les tribunaux choisis se soient eux-mêmes déclarés incompétents.][46]

Article 7[47]

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

[Article 8 – Procédures parallèles devant deux tribunaux choisis][48]

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

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

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

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

[43] Sous leur forme actuelle, les alternatives 1 à 3 concernent tous les aspects de la validité matérielle, c'est à dire, y compris la capacité, le consentement et la licéité. Une éventuelle alternative 6 serait de remplacer dans les alternatives 1 à 3 « la validité de l'accord d'élection de for » par « la question de savoir si une partie a consenti à l'accord d'élection de for ». Ceci aurait l'effet suivant sur les alternatives énumérées ci-dessus :

L'actuelle alternative 1 deviendrait identique au paragraphe 1 tel qu'il est mentionné ci-dessus, avec l'ajout concernant le consentement entre crochets. Elle ne ferait que clarifier le fait que la Convention ne traite pas de la loi applicable à la capacité et au consentement.

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

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

[44] L'acceptation de l'alternative 1 rendrait le paragraphe 1 redondant.

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

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

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

[48] Une règle sur les procédures parallèles serait nécessaire (uniquement) dans une Convention limitée aux accords d'élection de for, s'il était décidé d'inclure non seulement les accords d'élection de for désignant à titre exclusif un tribunal unique (ou les tribunaux d'un seul État contractant) (type (1) décrit au para. 9 du présent Rapport), mais également tout ou partie des types (2) à (6) qui y sont décrits.

2 An agreement whereby parties have designated a court to decide disputes between them as provided in paragraph 1 shall be deemed to exclude the jurisdiction of any other courts unless the parties have otherwise agreed.

Article 4 – Formal validity

A choice of court agreement shall be valid as to form [only][39] if it was entered into –

a) in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

b) orally and confirmed in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

c) in accordance with a usage which is regularly observed by the parties to the choice of court agreement[40]; or

d) in accordance with a usage which the parties to the choice of court agreement[41] knew or ought to have known and which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.

Article 5 – Substantive validity

1 The Convention does not determine the law applicable to the capacity [or consent] of the parties.

2 Subject to[42] the provisions of Article 4,[43]

Alternative 1 this Convention does not determine the validity of the choice of court agreement.[44]

Alternative 2 the parties may determine the law applicable to the choice of court agreement, including the question of the validity of the choice of court agreement. In the absence of a choice of law by the parties, the law of the court *seised, including its rules of private international law*, shall determine the validity of the choice of court agreement.

Alternative 3 the parties may determine the law applicable to the choice of court agreement, including the question of the validity of the choice of court agreement. In the absence of a choice of law by the parties, the *internal* law of the court *chosen* shall determine the validity of the choice of court agreement.[45]

Alternative 4 the parties may determine the law applicable to the choice of court agreement. In the absence of a choice of law by the parties, the law of the court seised shall determine whether the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

Alternative 5 the law of the court seised shall determine whether the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

CHAPTER II

Article 6 – Jurisdiction rule

1 If the parties have agreed in a choice of court agreement that a court or the courts of a Contracting State shall have jurisdiction to settle any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, that court or the courts of that Contracting State shall have jurisdiction.

2 Where an agreement having exclusive effect designates [a court or] [the] courts of a Contracting State, courts in other Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the [court or] courts chosen have themselves declined jurisdiction.

[3 Where an agreement having exclusive effect designates [a court or] [the] courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the [court or] courts chosen have themselves declined jurisdiction.][46]

Article 7[47]

[The parties cannot be deprived of the right to enter into choice of court agreements neither generally nor in the individual case except for reasons of public policy.]

[Article 8 – Parallel proceedings in two chosen courts][48]

[39] The word "only" was placed in square brackets because there is no consensus yet as to whether the form standard under the Convention shall preclude less rigid national form standards from creating a grey jurisdiction under national law outside the Convention.

[40] The drafting change as compared to the last meeting (from "these parties" to "the parties to the choice of court agreement") was made in order to make it even clearer that this requirement had to be fulfilled by the parties concerned in the individual case.

[41] The drafting change as compared to the results of the last meeting from "the parties" to "the parties to the choice of court agreement" was made in order to make it even clearer that this requirement had to be fulfilled by the parties concerned in the individual case. The change from "the parties to contracts of the same nature" to "parties to contracts of the same nature", on the other hand, was made in order to express the opposite, namely that this did not relate to the parties in question.

[42] Depending on which Alternative is chosen for paragraph 2, it will have to be examined whether a reference to paragraph 1 has to be included in the "subject to" phrase.

[43] In their present form, Alternatives 1-3 relate to all aspects of substantive validity, *i.e.*, including capacity, consent and lawfulness. A possible Alternative 6 would be to replace in Alternatives 1-3 "validity of the choice of court agreement" by "whether a party has consented to the choice of court agreement". This would have the following effect on the alternatives as listed above:

The present Alternative 1 would become identical to paragraph 1 as mentioned above, with the addition relating to consent in square brackets. It would only clarify that the Convention does not deal with the law applicable to capacity and consent.

If Alternative 2, second sentence, were reduced from "validity" to "consent", capacity would be treated in paragraph 1, and nothing would be said explicitly about the last element of substantive validity, namely lawfulness. This would most likely have the effect that the law of the court seised, including its rules of private international law, would be applied. Therefore, with or without the substitution suggested in Alternative 6, the result would be the same. The law of the court seised, including its private international law rules, would govern all aspects of substantive validity, *i.e.*, consent, capacity and lawfulness.

Alternative 3, second sentence, is the only one where it would make a difference in substance if the text were reduced from "validity" to "consent". At present, it provides that all aspects of substantive validity (except capacity, see paragraph 1) are governed by the internal law of the court chosen. Therefore it *does* deal with the law applicable to consent (thereby excluding the addition of the words "to consent" in paragraph 1). Moreover, it subjects lawfulness to the internal law of the court chosen. To replace "validity" by "consent" would mean that nothing would be said explicitly about the last element of substantive validity, namely lawfulness. This will, again, most likely have the effect that the law of the court seised, including its rules of private international law, will be applied.

[44] The acceptance of Alternative 1 would make paragraph 1 redundant.

[45] This proposal made by some participants would, upon request of some other participants, have to include as well a manifest injustice clause.

[46] Although there had been consensus on this rule in 2001, doubts were expressed within the group as to whether it was politically reasonable for Contracting States to assume this obligation vis-à-vis third States. If a decision to the contrary were taken, this would require an amendment of Article 2(1) which currently covers these cases. If the paragraph were retained, it could be merged with paragraph 2.

[47] This Article (and its relation to a possible public policy clause) has not yet been discussed. It was suggested, however, to redraft it in order to focus on "giving effect to the choice of court agreement" instead of focusing on the right of the parties to enter into such agreements.

[48] A rule on parallel proceedings would (only) be required in a Convention limited to choice of court agreements if it were decided to include not only choice of court agreements exclusively indicating one single court (or the courts of one single Contracting State) (type (1) described in para. 9 of this Report) but also some or all of the types (2)-(6) described there.

Article 9 – Soumission[49]

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

Article 10 – Compétence à raison de la matière

Alternative 1

1 Aucune disposition de la présente Convention n'affectera la compétence à raison de la matière [ou la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant].[50]

Alternative 2

1 Les parties peuvent, au moyen d'un accord d'élection de for, désigner soit :

a) les tribunaux de l'un des États contractants, le tribunal compétent particulier étant alors déterminé (le cas échéant) selon le ou les systèmes de droit internes de cet État, soit

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

Article 11

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

CHAPITRE III

Article 12 – Reconnaissance et exécution

CHAPITRE IV – CLAUSES FINALES

Article 13 – Limitation de compétence

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

Article 14 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

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

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

Article 9 – Submission[49]

[Where a court of a Contracting State has been seised with a claim and where and to the extent that the defendant expressly and in the form required by the procedural law of the court seised accepts the jurisdiction of that court, that court shall have jurisdiction.]

Article 10 – Subject matter jurisdiction

Alternative 1

1 Nothing in this Convention shall affect subject matter jurisdiction [or the internal allocation of jurisdiction among the courts in a Contracting State].[50]

Alternative 2

1 Parties may by a choice of court agreement designate either –

a) the courts of one of the Contracting States, the particular competent court being then determined (if at all) by the internal legal system or systems of that State, or

b) a court expressly named of one of the Contracting States, provided that this court is competent according to the internal legal system or systems of that State.

Article 11

Rules of a procedural nature are not regulated by this Convention. However, States may not apply such rules in a discriminatory way when applying this Convention.

CHAPTER III

Article 12 – Recognition and enforcement

CHAPTER IV – FINAL CLAUSES

Article 13 – Limitation of jurisdiction

Upon ratification of this Convention, a State may declare that its courts may refuse to determine disputes covered by a choice of court agreement if, except for the choice of court agreement, there is no connection between that State and the parties or the dispute.

Article 14 – Relationship with other international instruments

[49] There was no agreement as to whether this rule should (1) only apply to cases where there was no pre-dispute choice of court agreement, or (2) where there was a pre-dispute choice of court agreement which would then be overruled by submission, or (3) to both situations.

[50] This wording was preferred to the positive requirement "provided that the court has subject matter jurisdiction" (or similar language as included in Alternative 2 under 1(b)) because it would allow to "save" a clause pointing to a court lacking subject matter jurisdiction by interpretation, thereby directing the parties to the "right" court in the Contracting State they had chosen.

Rapport sur le travail du Groupe de travail informel sur le projet des jugements, notamment sur le texte préliminaire issu de sa Troisième réunion – 25 au 28 mars 2003

PRÉPARÉ PAR ANDREA SCHULZ
PREMIER SECRÉTAIRE

Document préliminaire No 22 de juin 2003

I. INTRODUCTION

1 Du 25 au 28 mars 2003, le groupe de travail informel sur les jugements a tenu sa Troisième réunion[1]. Les trois réunions ont été présidées par le Professeur Allan Philip (Danemark) et ont eu lieu au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé à La Haye. Les membres du groupe, représentatifs du caractère universel de la Conférence de La Haye de droit international privé et d'une large gamme de systèmes de droit, sont Marie-Odile Baur (Commission européenne), Paul Beaumont (Royaume-Uni), Antonio Boggiano (Argentine), Alegría Borrás (Espagne), Andreas Bucher (Suisse), Masato Dogauchi (Japon), Antonio Gidi (Brésil), David Goddard (Nouvelle-Zélande), Jeffrey Kovar (États-Unis d'Amérique), Nagla Nassar (Égypte), Gugu Gwen Ncongwane (Afrique du Sud), Tatyana Neshataeva (Fédération de Russie), Fausto Pocar (Italie), Peter Trooboff (États-Unis d'Amérique; remplacé exceptionnellement par Ronald Brand lors de la Troisième réunion), José Luis Siqueiros (Mexique), Sun Jin (Chine), et Rolf Wagner (Allemagne). Ils participent à titre personnel, et ne sont donc ni habilités ni disposés à engager ou lier un quelconque gouvernement.

2 La Troisième réunion a eu lieu immédiatement avant la réunion de la Commission I sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye, qui s'est tenue du premier au 3 avril. La Commission I disposait des rapports des deux premières réunions du groupe informel, et d'un projet de Convention sur les clauses d'élection de for, tel qu'il figure au Document préliminaire No 8 (affaires générales) et en annexe au présent Rapport. Ce texte, lors de sa présentation à la Commission I, était précédé de l'introduction suivante :

3 *« Note du Bureau Permanent*

Conformément à la décision de la Commission I de la Dix-neuvième session de la Conférence du 24 avril 2002, le Bureau Permanent a mis en place un groupe de travail informel en vue de préparer un texte à soumettre à une Commission spéciale, sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Parmi les éléments essentiels relevés par la Commission I[2], le groupe informel a choisi de commencer à travailler sur les accords d'élection de for en matière de transactions commerciales. Le groupe a tenu trois réunions de trois jours chacune. Le groupe a élaboré un texte traitant plus particulièrement de l'élection de for et de la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale. Ce texte est aujourd'hui considéré comme suffisamment avancé pour être soumis à une Commission spéciale, ou tout au moins, après une ultime rencontre du groupe.

Le groupe de travail a évoqué d'autres questions, parmi celles identifiées par la Commission I, telles que le for du défendeur, les demandes reconventionnelles, et la soumission à la compétence d'une juridiction. Le groupe n'a pas été en mesure d'approfondir ces sujets pendant le temps disponible, ni de rendre des conclusions finales quant à la possibilité d'élaborer des textes de convention sur ces questions. »[3]

4 La Commission I a brièvement examiné le projet et adopté la conclusion suivante :

« La Commission spéciale sur les affaires générales et la politique demande au Secrétaire général de transmettre aux États membres le projet de texte sur les accords d'élection de for élaboré par le groupe de travail informel sur le projet des jugements. Par la même occasion, il devrait les inviter à l'informer, avant fin juillet 2003, de leur accord éventuel quant à la soumission de ce texte, comme base de travail, à une Commission spéciale qui se réunirait en décembre 2003, en vue de sa transmission à une Conférence diplomatique en temps voulu. Au vu des réactions des gouvernements à ce courrier, le Secrétaire général devra déterminer si la présentation du projet à une Commission spéciale dispose d'un soutien suffisant, et le cas échéant, convoquer cette réunion.

La Commission spéciale sur les affaires générales et la politique affirme que toute décision de convoquer une Commission spéciale en décembre 2003 relative au projet de texte sur les accords d'élection de for ne doit pas prévenir l'avancement des travaux subséquents sur les questions pendantes, au vu de la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale. »

5 Afin de faciliter la consultation au sein des États membres, le Rapport qui suit reflète les discussions ayant abouti aux résultats réalisés sous l'intitulé des dispositions concernées. Sauf indication contraire, le rapport résulte des discussions et non des recherches supplémentaires réalisées ultérieurement par le Bureau Permanent.

6 Outre le rapport sur le projet de texte, deux autres questions méritent d'être mentionnées. Au cours des débats, il a été proposé qu'une Loi type soit rédigée ultérieurement, afin que soient préservées toutes les précieuses réflexions déployées pour ce projet par le passé, sur tout ou partie des questions dépassant celles des clauses d'élection de for. Cette idée n'a pas été débattue en Commission I.

7 En outre, le groupe de travail informel a pris note des travaux réalisés par la Chambre de Commerce Internationale (CCI). En réponse à l'invitation générale du Bureau Permanent pour des observations extérieures[4], et au besoin de

[1] Voir Doc. prél. No 20 dans le présent tome, *supra*, p. 36, pour le rapport sur la Première réunion tenue du 22 au 25 octobre 2002 ; voir Doc. prél. No 21 *supra*, p. 54, pour le rapport sur la Deuxième réunion tenue du 6 au 9 janvier 2003, et annexe au présent document, *infra*, p. 106, pour le texte résultant de la Troisième réunion.

[2] La Commission I a identifié comme domaine central les accords d'élection de for dans les affaires entre professionnels, la soumission, le for du défendeur, les demandes reconventionnelles, les trusts et les atteintes à l'intégrité physique dommages matériels (voir *supra*, p. 10, Doc. prél. No 19, para. 4).

[3] Le groupe informel n'a eu le temps de débattre que de certains motifs de compétence identifiés par la Commission sur les affaires générales d'avril 2002 ; il n'a pas débattu des trusts, de la compétence relative aux succursales, ou des dommages matériels. Lors de la discussion du for du défendeur, des demandes reconventionnelles et de la soumission, il a été souligné que l'ajout de l'un quelconque d'entre eux à la Convention nécessiterait une règle régissant la manière de traiter les procédures parallèles, plusieurs juridictions pouvant être légalement saisies en application de la Convention. En outre, certains des fors supplémentaires possibles, et notamment le for du défendeur, soulèvent de difficiles questions relatives à la compétence en matière délictuelle dans les affaires concernant l'Internet et la propriété intellectuelle. En ce qui concerne les demandes reconventionnelles, il a été jugé que ces questions seraient, dans de nombreux cas, déjà couvertes par la clause d'élection de for, et ne nécessiteraient donc pas de règle supplémentaire dans la Convention. Lorsqu'il n'en est pas ainsi, cela pourrait résulter du fait que la situation donnant lieu à la demande reconventionnelle comprend sa propre clause d'élection de for, qui devrait être respectée. L'avantage d'inclure une règle sur les demandes reconventionnelles dans la Convention, c'est à dire, la possibilité de joindre les instances, ne serait donc pas souvent très important en pratique. Pour plus de détails sur la discussion relative aux motifs de compétence supplémentaires, Doc. prél. No 21 (*supra*, note 1), para. 37 et s.

[4] Voir *supra*, Doc. prél. No 19, para. 149 et Doc. prél. No 21, para. 65.

Groupe de travail informel – troisième rapport

Report on the Work of the Informal Working Group on the Judgments Project, in particular on the Preliminary Text Achieved at its Third Meeting – 25 to 28 March 2003

PREPARED BY ANDREA SCHULZ
FIRST SECRETARY

Preliminary Document No 22 of June 2003

I. INTRODUCTION

1 From 25 to 28 March 2003 the informal working group on the Judgments Project held its third meeting of 3 days.[1] All three meetings were chaired by Professor Allan Philip from Denmark and took place at the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law in The Hague. The members of the group, representing the global membership of the Hague Conference and a variety of legal systems, are Marie-Odile Baur (European Commission), Paul Beaumont (United Kingdom), Antonio Bòggiano (Argentina), Alegría Borrás (Spain), Andreas Bucher (Switzerland), Masato Dogauchi (Japan), Antonio Gidi (Brazil), David Goddard (New Zealand), Jeffrey Kovar (United States of America), Nagla Nassar (Egypt), Gugu Gwen Ncongwane (South Africa), Tatyana Neshataeva (Russian Federation), Fausto Pocar (Italy), Peter Trooboff (United States of America; exceptionally replaced by Ronald Brand at the third meeting), José Luis Siqueiros (Mexico), Sun Jin (China), and Rolf Wagner (Germany). The members participate in their personal capacity and are therefore neither in a position nor willing to commit or bind any government.

2 The third meeting took place immediately before the meeting of Commission I on General Affairs and Policy of the Hague Conference which met from 1 to 3 April. Commission I had before it the Reports of the first two meetings of the informal group, and a draft text of a Convention on choice of court clauses, as it appears in Preliminary Document No 8 (General Affairs) and in the Annex to this Report. This text, when presented to Commission I, was introduced by the following –

3 *"Note by the Permanent Bureau*

In accordance with the Decision of Commission I of the Nineteenth Session of the Conference of 24 April 2002, the Permanent Bureau set up an informal working group to prepare a text on jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters to be submitted to a Special Commission. Among the core areas identified by Commission I,[2] the informal group chose to start working on choice of court agreements for commercial transactions. The group held three meetings, each of a duration of three days. The group drafted a text focussed on choice of forum and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, which it considers, as such, to be sufficiently advanced to be submitted to a Special Commission now, or at least after one further meeting of the group.

The group discussed other issues among those identified by Commission I, such as defendant's forum, counterclaims, and submission to the jurisdiction of the court. The group was not able to go deeply enough into these subjects within the time available to permit any final conclusions with respect to the possibility of drafting convention texts on these issues."[3]

4 Commission I briefly examined the draft and adopted the following conclusion:

"The Special Commission on General Affairs and Policy requests the Secretary General to communicate to the Member States the draft text on choice of court agreements elaborated by the informal working group on the Judgments Project. He should at the same time ask them to inform him, before the end of July 2003, whether they would agree that this text should be put as the basis for work before a Special Commission to be convened in December 2003, with a view, in due course, to be forwarded to a Diplomatic Conference. On the basis of the reaction by Governments to such letter, the Secretary General shall determine whether there is sufficient support for the reference of the draft to a Special Commission and, if so, convoke it.

The Special Commission on General Affairs and Policy affirms that any decision to convene a Special Commission in December 2003 concerning the draft text on choice of court agreements shall not preclude any subsequent work on the remaining issues, with regard to jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters."

5 In order to facilitate consultation within Member States, the following Report reflects the discussions leading to the results achieved under the heading of the provisions concerned. Unless stated otherwise, it is based on the discussions and not on additional research subsequently carried out by the Permanent Bureau.

6 In addition to the Report on the draft text, two further issues deserve to be mentioned. During the discussions, it was suggested that a model law could be drafted at a later stage in order to preserve all the valuable thinking that had been concentrated on this project in the past with regard to some or all issues beyond choice of court clauses. This idea has not been discussed in Commission I.

7 Moreover, the informal working group took note of work carried out by the International Chamber of Commerce (ICC). In response to the general invitation of the Permanent Bureau for outside comment[4] and the need for some empiri-

[1] See *supra* Prel. Doc. No 20, p. 37 in this volume, for the Report on the first meeting held from 22 to 25 October 2002; see *supra* Prel. Doc. No 21, p. 55 in this tome, for the Report on the second meeting held from 6 to 9 January 2003; see the Annex to this document, *infra* p. 107, for the text resulting from the third meeting.

[2] Commission I identified as core areas choice of court agreements in B2B cases, submission, defendant's forum, counterclaims, trusts, and physical torts (see *supra*, p. 10, Prel. Doc. No 19, para. 4).

[3] The informal group only had time to discuss some bases of jurisdiction identified by the Commission on General Affairs in April 2002: It did not discuss trusts, branch jurisdiction and physical torts.

When discussing defendant's forum, counterclaims and submission, it was stressed that the addition of any one of them to the Convention would require a rule on how to deal with parallel proceedings because more than one court could lawfully be seised under the Convention. Moreover, some of the possible additional fora, in particular the defendant's forum, raise difficult issues surrounding tort jurisdiction in Internet and intellectual property cases. With regard to counterclaims, it was felt that these would in many cases already be covered by the choice of court clause, thus not requiring any additional rule in the Convention. Where this was not the case, it could be due to the fact that the situation giving rise to the counterclaim had its own choice of court clause which should be respected. Therefore the benefit of having a rule on counterclaims in the Convention, *i.e.*, the possibility to consolidate proceedings, would in practice often not be very big. See, for further details of the discussion on these additional bases of jurisdiction, Prel. Doc. No 21 (*supra*, note 1), paras 37 *et seq.*

[4] See Prel. Docs. Nos 19 (*supra* note 2), para. 149, and No 21 (*supra* note 1), para. 65.

quelques recherches empiriques sur l'utilisation des clauses d'élection de for dans la pratique, ressenti lors de la deuxième réunion[5], le Secrétariat de la CCI a réalisé une enquête auprès d'entreprises sur les pratiques des entreprises en matière d'accords d'élection de for, en ce qui concerne à la fois la quantité et la teneur. Les résultats de cette enquête ont été présentés au groupe par Michael Hancock, l'un des deux Co-présidents de l'équipe de travail de la CCI sur la compétence et la loi applicable[6].

II. COMMENTAIRES SUR LES DISPOSITIONS DU PROJET DE TEXTE

8 La Convention a trois objectifs, à savoir, établir l'obligation pour la juridiction saisie de connaître de l'affaire; pour toute autre juridiction de renoncer à exercer sa compétence; et de reconnaître et exécuter un jugement rendu par la juridiction choisie en application de la Convention.

9 Si les deux premiers aspects concernent la compétence, le troisième est relatif à la reconnaissance et l'exécution. Dans un souci de clarté, le groupe a rédigé des dispositions distinctes pour chacun de ces objectifs de principe et défini leur champ d'application territorial pour chaque règle prise individuellement. L'ancien article 2 sur le champ d'application territorial a donc été supprimé.

Préambule

10 Le Préambule a été débattu pour la première fois lors de la Troisième réunion du groupe. Certaines modifications ont été apportées à la rédaction du dernier paragraphe afin d'aligner la formulation sur celle couramment utilisée dans les Conventions de La Haye.

11 En outre, au troisième paragraphe du Préambule, le groupe a décidé de supprimer le mot « professionnelles » et de lui préférer « commerciales » pour décrire les opérations couvertes. Le mot « professionnelles » a été jugé trop restrictif parce que les administrations publiques pourraient, dans certains cas, agir elles aussi à titre commercial sans exercer une profession. De telles opérations commerciales réalisées par des administrations publiques devraient cependant en principe relever de la Convention tant qu'aucune question relative aux privilèges et immunités (voir art. 1(7)) n'est soulevée.

CHAPITRE I — DISPOSITIONS LIMINAIRES

Article 1 – Champ d'application

12 Le titre de l'article premier « Champ d'application matériel » a été remplacé par le titre « Champ d'application » comme titre de l'article premier après que le groupe a décidé de supprimer l'ancien article 2 sur le champ d'application territorial de la Convention et de le remplacer par des règles pertinentes dans les dispositions concernées.

Article 1(1)

13 Il n'a pas été jugé nécessaire d'utiliser l'expression « civile et commerciale » dans le Préambule, qui traite, de manière factuelle, des opérations relevant de la Convention. Cependant, l'expression juridique « civile ou commerciale » a été intentionnellement conservée à l'article 1(1) qui comporte la description juridique des questions relevant de la Convention. Le terme « commerciale » seul a, tout au moins dans certains ressorts, un sens très étroit, parfois lié à la définition de la compétence de certaines juridictions d'exception, telles que par exemple les tribunaux de commerce en France, et l'intention n'est pas de réduire la Convention à ces seules situations. Le groupe a donc décidé de conserver la référence à la « matière civile ou commerciale » qui relève d'une longue tradition dans les Conventions de La Haye[7], et qui, pour cette raison, devrait être également comprise dans des ressorts qui jugeraient le terme « commercial » suffisant pour couvrir les opérations entre professionnels.

14 La référence aux accords d'élection de for « exclusifs » a été supprimée de l'article 1(1) parce que le groupe propose au moins l'extension du chapitre sur la reconnaissance et l'exécution aux clauses non exclusives.

Article 1(2)

15 Lors de la réunion précédente, l'article 1(2) avait été copié, à titre d'essai, à partir du Texte provisoire 2001 dans la note 2 de l'annexe comportant le projet de texte, comme rappel des exclusions possibles du champ d'application de la Convention devant être débattues. Lors de sa Troisième réunion, le groupe a décidé de diviser la disposition en deux paragraphes afin de parvenir à une formulation plus claire. Le nouveau paragraphe 2 exclut certains *contrats* du champ d'application de la Convention alors que le nouveau paragraphe 3 énumère certaines *procédures* auxquelles la Convention ne s'applique pas. Par conséquent, la disposition sur l'exclusion des contrats de consommation a été reformulée sans que le sens soit modifié.

16 À l'exclusion des contrats de travail individuels dans l'article 1(2) *b*), a été ajoutée, dans un souci de clarté, celle des contrats de travail collectifs, en supposant que l'intention ait toujours été de ne pas les couvrir, même dans le cadre de la formulation antérieure.

Article 1(3)

17 Le paragraphe 3 comporte un certain nombre d'exclusions du champ d'application. Dans certains de ces domaines, l'autonomie des parties est couramment limitée alors que d'autres font souvent l'objet d'une compétence exclusive en droit national, ou sont régies par des conventions particulières.

Sécurité sociale

18 La « sécurité sociale » a été supprimée de la liste des exclusions. Le groupe a considéré qu'il s'agissait d'une simple question de rédaction, la limitation de la Convention aux opérations en matière civile ou commerciale dans le domaine entre professionnels semblant déjà exclure les aspects de sé-

[5] Voir Doc. prél. No 21 (*supra*, note 1), para. 14.

[6] Ils sont disponibles sur le site Internet de la CCI à l'adresse <http://www.iccwbo.org/law/jurisdiction/>, de même qu'une nouvelle répartition des données en fonction du secteur d'activité et / ou géographique, comme proposé lors de la discussion du groupe.

Le Bureau Permanent souhaite également remercier le second co-Président de l'équipe de travail, Stefan Bernhard (Linklaters Lagerlöf, Stockholm / Suède) et Jonas Astrup du Secrétariat de la CCI pour le soutien qu'ils ont apporté aux travaux du Groupe informel.

[7] Voir par ex. art. 1(1) de la *Convention de La Haye du premier mars 1954 relative à la procédure civile*; 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*; art. 2(1) de la *Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for*; la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*; la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*; et art. 1(1) de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice* (toutefois, ces deux dernières utilisent « et »).

cal research on the use of choice of court clauses in practice, need which had been felt at the second meeting,[5] the ICC Secretariat had conducted a survey among businesses about business practices with regard to choice of court agreements, both as to quantity and content. The results of this survey were presented to the group by Michael Hancock, one of the two Co-Chairmen of ICC's Task Force on Jurisdiction and Applicable Law (also a partner at Salans Hertzfeld & Heilbronn in Paris, France).[6]

II. COMMENTS ON THE PROVISIONS OF THE DRAFT TEXT

8 The Convention has three aims, namely to establish the obligation for the chosen court to hear the case; for any other court to decline jurisdiction; and to recognise and enforce a judgment rendered by the chosen court under the Convention.

9 While the first two aspects concern the jurisdiction stage, the third relates to recognition and enforcement. For the sake of clarity, the group drafted separate provisions for each of these policy goals, and defined their territorial scope of application individually for each rule. Therefore the former Article 2 on territorial scope has been deleted.

Preamble

10 The Preamble was discussed for the first time during the third meeting of the group. Some drafting amendments were made in the last paragraph in order to bring the language in line with the language commonly used in Hague Conventions.

11 Moreover, in the third paragraph of the Preamble, the group decided to delete the word [business] and opt for [commercial] when describing the transactions covered. "Business" was considered too narrow because governments would in some cases also act commercially without being a business. Such commercial transactions by governments should, however, in principle be covered by the Convention, as long as no issue relating to privileges and immunities (see Article 1(7)) arose.

CHAPTER I – PRELIMINARY PROVISIONS

Article 1 – Scope

12 The title of Article 1 was changed from "Substantive scope" to "Scope" after the group had decided to delete the former Article 2 on the territorial scope of the Convention and include instead the relevant rules in the articles concerned.

Article 1(1)

13 It was not considered necessary to use the expression "civil and commercial" in the Preamble which addresses in a factual way the transactions covered by the Convention. However, the legal term "civil or commercial" was deliberately kept in Article 1(1) which contains the legal description of matters covered by the Convention. "Commercial" alone has, at least in some jurisdictions, a very narrow meaning, sometimes linked to the definition of jurisdiction of certain specialised courts such as, *e.g.*, the *tribunaux de commerce* in France, and the intention is not to reduce the Convention to these situations alone. Therefore the group decided to keep the reference to "civil or commercial matters", which has a long-standing tradition in Hague Conventions[7] and should for this reason also be understood in jurisdictions which, as such, would find the term "commercial" sufficient to cover business-to-business (B2B) transactions.

14 The reference to "exclusive" choice of court agreements was deleted from Article 1(1) because the group suggests extending at least the chapter on recognition and enforcement to non-exclusive clauses.

Article 1(2)

15 At the previous meeting, Article 1(2) had tentatively been copied from the 2001 Interim Text into footnote 2 of the Annex containing the draft text, as a reminder for the possible exclusions from the scope of the Convention to be discussed. At its third meeting, the group decided to divide the provision into two paragraphs in order to reach a clearer language. The new paragraph 2 excludes certain *contracts* from the scope of the Convention while the new paragraph 3 lists a number of *proceedings* to which the Convention does not apply. Consequently, the provision on the exclusion of consumer contracts was redrafted without changing the meaning.

16 To the exclusion of individual contracts of employment in Article 1(2) *b)*, collective employment agreements were added for the sake of clarity, assuming that the intention had always been not to cover them, even under the previous wording.

Article 1(3)

17 Paragraph 3 contains a number of exclusions from scope. In some of these areas, party autonomy is typically limited while others are often subject to exclusive jurisdiction under national law, or governed by special conventions.

Social security

18 "Social security" was deleted from the list of exclusions. The group considered this to be a mere drafting matter because the limitation of the Convention to commercial transactions in civil or commercial matters in B2B cases already

[5] See Prel. Doc. No 21 (*supra* note 1), para. 14.

[6] They are available on the ICC's website at <http://www.iccwbo.org/law/jurisdiction/>, together with a further breakdown of the data according to business sectors and / or geographical regions, as suggested during the discussion of the group.

The Permanent Bureau wishes to thank also the other Co-Chairman of the Task Force, Stefan Bernhard (Linklaters Lagerlöf, Stockholm, Sweden) and Jonas Astrup from the ICC Secretariat for their support lent to the work of the informal group.

[7] See, *e.g.*, Article 1(1) of the *Hague Convention of 1 March 1954 relating to Civil Procedure*; the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*; Article 2(1) of the *Hague Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court*; the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*; the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*; and Article 1(1) of the *Hague Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice* (the latter two using "and", though).

curité sociale, qui ne sont pas censés relever du champ d'application de la Convention.

Article 1(3) a) *et* j)

19 Dans un but de clarté, les procédures relatives à l'état et à la capacité des personnes physiques (art. 1(3) *a)*) ainsi qu'à la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale et les décisions y relatives (art. 1(3) *j)*) ont été expressément exclues du champ d'application après que le groupe a décidé de réorganiser les règles sur la compétence et la validité des accords d'élection de for. La réorganisation a impliqué la suppression de ce qui était l'article 5 (validité matérielle) de l'annexe au rapport de la deuxième réunion[8]. À l'article 5(1) ancien, il était indiqué explicitement que la Convention ne déterminait pas la loi applicable à la capacité des parties. Après suppression de cette disposition, il a été jugé utile d'indiquer ailleurs que la capacité des personnes physiques et morales n'était pas régie par la Convention. Il convient de préciser, cependant, que ces deux exclusions du champ d'application vont plus loin que l'ancien article 5(1).

Article 1(3) b), c) *et* d)

20 La référence à la « matière civile ou commerciale » à l'article 1(1) a rendu souhaitable, dans un souci de clarté, de conserver l'exclusion explicite de certains domaines du droit de la famille qui, à défaut, pourraient relever du champ d'application de la Convention (voir art. 1(3) *b*), *c*), et *d*)), bien qu'on puisse penser que la seule limitation aux affaires entre professionnels pourrait en elle-même suffire à les exclure.

Article 1(3) f)

21 Le groupe était d'avis que l'éventuelle exclusion des affaires maritimes du champ d'application (art. 1(3) *f*)) nécessitait de plus amples consultations. Sur les raisons de l'exclusion dans le cadre des textes de 1999[9] et 2001[10], le rapport Nygh / Pocar[11] indique : « En raison de la nature très spécifique de ces questions et du fait que tous les États ne sont pas parties aux Conventions internationales applicables, la Commission a décidé d'exclure ce sujet du champ d'application de la Convention. Par conséquent, la Convention ne s'appliquera pas aux litiges impliquant des navires, des cargaisons ou l'emploi de gens de mer, y compris les litiges relatifs à l'état défectueux du navire ou de sa conduite, ou bien relatifs à un contrat de location de navire, à un transport de marchandises, ou à un passager du navire ».

22 À la lumière de l'éventuelle limitation de la Convention aux clauses d'élection de for dans les affaires entre professionnels, certains membres du groupe informel étaient désormais d'avis qu'il pourrait suffire d'exclure les « contrats de transport de marchandises par mer » parce que dans ce domaine, de nombreux États disposent d'une réglementation d'ordre public limitant l'autonomie des parties et prévalant sur les clauses attributives de compétence comprises dans les connaissements. D'autres ont été d'avis qu'il serait préférable d'exclure toutes les questions maritimes du champ d'application. Ils ont souligné que les conventions particulières n'avaient pas été universellement adoptées, et que l'ensemble du domaine était en pleine évolution. Dans ce contexte, il a été fait mention du projet de la CNUDCI sur le transport multimodal, qui va probablement comprendre des dispositions sur la compétence, et de la décision de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans l'affaire *Sky Reefer*[12], qui a en pratique renversé les dispositions de la Loi sur le transport maritime de marchandises (*Carriage of Goods by Sea Act / COGSA*), en imposant aux parties le respect de leur accord (d'arbitrage).

Article 1(3) g)

23 En ce qui concerne l'exclusion éventuelle des procédures relatives aux « entraves à la concurrence [anti-trust] » dans l'article 1(3) *g)*, le groupe a également été d'avis que de plus amples consultations étaient nécessaires. Les avis divergeaient quant à l'opportunité d'une telle exclusion ainsi qu'à sa formulation éventuelle[13].

24 Les participants, notamment ceux provenant de pays de droit civil, familiers avec la distinction traditionnelle entre droit public (administratif) et privé, ont été d'avis qu'un grand nombre d'affaires d'entraves à la concurrence ne relèveraient jamais de la Convention parce qu'elles n'étaient pas « civiles ou commerciales ». Ceci concerne principalement les actes administratifs (actes réglementaires) de la part d'organismes chargés du contrôle de la concurrence à l'égard d'acteurs sur le marché. Ces participants ont été d'avis que les autres questions, qui étaient bien « civiles ou commerciales », concerneraient des instances engagées par un concurrent à l'encontre d'un autre. Une telle demande en vu d'injonction ou en dommages-intérêts pourrait cependant se fonder sur le droit anti-trust, le droit de la concurrence déloyale ou des clauses de nature générique du Code civil de nombreux États. Dans un système de droit où le demandeur n'est tenu que de plaider les faits, et où il appartient à la juridiction de rechercher la qualification juridique appropriée, le droit anti-trust pourrait apparaître très tardivement dans la procédure ou être abandonné à une étape ultérieure. Si ceci devait déterminer si une instance fondée sur un accord d'élection de for relève ou non du champ d'application de la Convention, les participants des systèmes de droit dotés de ces caractéristiques ont craint que la prévisibilité pour les parties en pâtirait. Ils sont donc à titre provisoire favorables à l'absence d'une mention explicite de cette exclusion. Ils ont été d'avis que l'objectif commun avait toujours été uniquement d'exclure les procédures engagées par l'État, et non les instances engagées par un concurrent à l'encontre d'un autre.

25 D'autres étaient en désaccord avec cette dernière affirmation, et ont mentionné en outre que dans leur système de droit, même les organismes de contrôle de la concurrence devaient engager une procédure devant une juridiction civile si un acteur du marché semblait enfreindre le droit de la concurrence (qualifié également de droit anti-trust, selon la terminologie de certains États). Ceci concerne, par exemple, la *Federal Trade Commission* (FTC) aux États-Unis d'Amérique. Il y avait des doutes, cependant, quant à savoir s'il était concevable qu'une procédure engagée par la FTC à l'encontre d'un acteur sur le marché, en matière anti-trust, puisse jamais être fondée sur une clause d'élection de for.

[8] Le nombre d'options pour cet article montre qu'il serait très difficile de parvenir à un consensus à propos d'une règle relative à la validité matérielle lors d'une réunion plénière.
[9] Doc. prél No 11, *Actes et documents de la Vingtième session*, tome II, *Jugements*.
[10] Disponible à l'adresse <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm2001draft_f.pdf>.
[11] Voir Doc. prél. No 11, *supra* note 9, para. 42.

[12] *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M / V Sky Reefer, Her engines, etc.*, et al., 515 U.S. 528.
[13] Voir, à titre d'illustration des discussions tenues en 2001 sur cette question, la note 6 à l'article 1(2) *i)* du Texte provisoire de 2001, formulée de la manière suivante :
« Un accord général s'est dégagé sur l'approche, sous réserve d'étude plus approfondie, de la proposition tendant à exclure du domaine de la Convention certains aspects de ce qui est visé aux États-Unis par l'expression 'actions anti-trust' (notamment dans les Sherman Act, Clayton Act, et les dispositions anti-trust du Federal Trade Commission Act), comme les actions contre les cartels, l'existence d'un monopole, l'abus de position dominante, les entraves horizontales ou verticales, les fusions et acquisitions, les ententes de prix ou prix discriminatoires. D'autre part, il a été reconnu que des termes tels que 'concurrence déloyale' (*unfair competition*) sont trop larges puisque susceptibles, dans certains systèmes, d'inclure des matières dolosives ou trompeuses comme le passing off et la violation des marques, droits d'auteur et brevets. La difficulté consiste à trouver les termes appropriés pour définir le domaine à exclure, tout en étant compréhensible au plan international. »

Groupe de travail informel – troisième rapport

seems to exclude those areas of social security not supposed to fall within the scope of the Convention.

Article 1(3) a) *and* j)

19 For the sake of clarity, proceedings relating to the status and legal capacity of natural persons (Article 1(3) *a)*) as well as to the validity, nullity, or dissolution of a legal person and decisions related thereto (Article 1(3) *j)*) were explicitly excluded from scope after the group's decision to reorganise the rules on jurisdiction and on the validity of choice of court agreements. The reorganisation involved the deletion of what was Article 5 (substantive validity) in the Annex to the second meeting report.[8] In former Article 5(1), it had been stated explicitly that the Convention did not determine the law applicable to the capacity of the parties. After the deletion of that provision, it was considered useful to state elsewhere that the capacity of natural and legal persons was not governed by the Convention. It has to be pointed out, however, that these two exclusions from scope go further than the previous Article 5(1).

Article 1(3) b), c) *and* d)

20 The reference to "civil or commercial matters" in Article 1(1) made it desirable, for the sake of clarity, to maintain the explicit exclusion of certain areas of family law which might otherwise fall within the scope of the Convention (see Article 1(3) *b)*, *c)*, *d)*), although one might think that the mere limitation to B2B cases as such could be sufficient to exclude them.

Article 1(3) f)

21 The group felt that the possible exclusion of admiralty and maritime matters from scope (Article 1(3) *f)*) required further consultation. On the reasons for the exclusion in the 1999[9] and 2001[10] texts, the Nygh-Pocar Report[11] states: "Because of the highly specialised nature of the subject and the fact that not all States have adopted the relevant international Conventions, the Commission decided to exclude the subject from the scope of the Convention. The effect is that the Convention will not apply to claims arising in relation to ships, cargoes and the employment of seamen, including claims arising out of the defective condition or operation of a ship or arising out of a contract for the hire of a ship, or for the carriage of goods or passengers on a ship."

22 In the light of the possible limitation of the Convention to choice of court clauses in B2B cases, some members of the informal working group now felt that it might be sufficient to exclude "contracts for the carriage of goods by sea" because in that area, many States had mandatory legislation restricting party autonomy and overruling jurisdiction clauses included in bills of lading. Others felt that it would be better to exclude all admiralty and maritime matters from scope. They stressed that the special conventions had not been universally adopted, and that the whole area was in flux. In this context, reference was made to the UNCITRAL project on multimodal transport which was likely to include rules on jurisdiction, and to the decision of the United States Supreme Court in the *Sky Reefer*[12] case, which in practice overturned the rules of the Carriage of Goods by Sea Act (COGSA), thereby holding parties to their (arbitration) agreement.

Article 1(3) g)

23 As far as the possible exclusion of proceedings relating to "antitrust or competition claims" in Article 1(3) *g)* is concerned, the group equally felt that further consultation was needed. There were divergent opinions both as to the desirability of such an exclusion and to the possible wording.[13]

24 Participants in particular from civil law countries familiar with a traditional distinction between public (administrative) and private law felt that a great number of antitrust cases would never fall under the Convention because they were not "civil or commercial". This concerns mainly administrative action (regulatory measures) by cartel supervision authorities against actors on the market. These participants were of the opinion that the remaining issues which were indeed "civil or commercial" would relate to suits filed by one competitor against a co-competitor. Such an application for an injunction or damages, however, could be based on antitrust law, unfair competition law or generic clauses of the civil code in many States. In a legal system where the plaintiff only has to plead facts, and it is for the court to find the appropriate legal basis, antitrust law could arise very late in the proceedings, or be dropped at a later stage. If this were to decide whether a suit based on a choice of court agreement fell within the scope of the Convention, participants from legal systems having these features feared that foreseeability for the parties would suffer. Therefore they tentatively favoured not to mention this exclusion explicitly. They felt that the common aim had always been only to exclude State action, and not suits brought by one competitor against another.

25 Others disagreed with the last statement and mentioned in addition that in their legal systems, even the cartel supervisory authorities had to bring claims before a civil court if an actor on the market seemed to violate cartel (or antitrust, as the terminology may be in that State) law. This applies, *e.g.*, to the Federal Trade Commission (FTC) in the United States. There were doubts, however, whether it was conceivable that a claim brought by the FTC against an actor on the market in antitrust matters would ever be based on a choice of court clause.

[8] The number of alternatives for that Article shows that consensus on a rule on substantive validity in a plenary meeting would be very difficult to achieve.
[9] Prel. Doc. No 11, *Proceedings of the Twentieth Session, Tome II, Judgments*.
[10] Available on the HCCH website at <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm2001draft_e.pdf>.
[11] See Prel. Doc. No 11, *supra* note 9, para. 42.

[12] *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M / V Sky Reefer, Her engines, etc., et al.*, 515 U.S. 528.
[13] See, for an illustration of the discussions held in 2001 on this issue, footnote 6 to Article 1(2)(i) of the 2001 Interim Text which reads as follows:
"There was general agreement towards the proposal's approach, subject to further study, that certain aspects of what is covered in the United States (including the Sherman Act, the Clayton Act and the antitrust portions of the Federal Trade Commission Act) by the term 'anti-trust claims' such as actions against cartels, monopolisation, abuse of market dominance, horizontal or vertical restraints, mergers and acquisitions, price fixing or price discrimination be excluded from the Convention. On the other hand, it was acknowledged that words such as 'unfair competition' (*concurrence déloyale*) went too far since in certain systems it might include matters such as misleading or deceptive practices, passing off and infringement of marks, copyrights and patents. The problem remains of finding the appropriate terminology to define the area to be excluded and which can be understood at the international level."

Informal working group – third report

26 En ce qui concerne les instances entre concurrents privés, un consensus s'est dégagé pour dire que la « concurrence déloyale » ne devait pas être exclue du champ d'application de la Convention. Il a été reconnu que la terminologie « concurrence » et « anti-trust » qui avait été inspirée par l'utilisation du terme « anti-trust » en droit américain et du terme « concurrence » dans le Titre VI Chapitre I du Traité CE qui recouvre un concept semblable mais ne comprend pas la « concurrence déloyale », était trompeuse. Il a donc été suggéré, entre autres, d'utiliser la formulation « procédures anti-trust et relatives aux entraves à la concurrence autres que la concurrence déloyale. »

27 Il a été généralement convenu que le concept et la formulation auront à être révisés par un auditoire plus large. En outre, il a été mentionné que la disposition sur les « questions incidentes » pourrait déjà régler un certain nombre de problèmes dans ce domaine si les questions anti-trust étaient soulevées à titre d'exception.

Article 1(3) i)

28 Le groupe a décidé de conserver l'exclusion explicite des procédures relatives aux droits réels immobiliers à l'article 1(3) *i*), notamment en vue de limiter les conflits éventuels avec les règles de compétence exclusive existant dans de nombreux droits nationaux ainsi qu'en vertu des instruments européens. En vertu des Conventions de Bruxelles et Lugano et du Règlement de Bruxelles[14], les droits réels immobiliers sont soumis à une compétence exclusive qui prévaut sur un choix de for. En excluant ces affaires de la présente Convention, aucun conflit avec la règle de compétence exclusive ne peut donc survenir.

Article 1(3) j)

29 Pour le même motif, outre la raison indiquée ci-dessus à l'égard de la capacité, l'article 1(3) *j*) excluant du champ d'application de la Convention les procédures relatives à la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale et les décisions y relatives a été conservé.

Trusts

30 Le groupe a été d'avis que la question de l'exclusion des trusts du champ d'application de la Convention devrait faire l'objet d'une plus ample consultation. Il a été signalé cependant que la limitation de la Convention aux clauses d'élection de for, et donc au contentieux entre contractants, limite déjà selon toute vraisemblance l'application éventuelle de la Convention au contentieux concernant les trusts, même s'ils ne sont pas exclus de son champ d'application en tant que tels.

Article 1(3) k)

31 L'article 1(3) *k*) exclut les procédures relatives à la validité des brevets, marques et [autres droits de propriété intellectuelle – à définir] du champ d'application de la Convention. Cette disposition doit être lue en parallèle avec l'article 1(4), la disposition clarifiant le fait que les exclusions à l'article 1(3) ne s'appliquent que lorsque les questions visées sont soulevées à titre principal et ne surviennent pas uniquement à titre incident.

32 Il y a eu un consensus selon lequel les demandes tendant directement à faire statuer sur la validité d'un brevet ou d'une marque déposée avec un effet *erga omnes* (affectant donc également l'inscription au registre en cause) devraient être exclues du champ d'application de la Convention. Ce consensus semble également s'étendre aux marques non déposées et autres droits de propriété intellectuelle déposés.

33 Les raisons indiquées ont été que la délivrance d'un droit de propriété intellectuelle déposé est un acte d'État, et que l'annulation d'un tel acte ne devrait pas être soumise à l'autonomie des parties mais limitée aux autorités de l'État dont les autorités ont accordé le droit. Dans de nombreux droits nationaux, ainsi que des instruments internationaux et de la Communauté européenne, ceci relève d'une compétence exclusive. Une exclusion du champ d'application de la présente Convention éviterait la difficile question de la disjonction et maintiendrait le statu quo à cet égard.

34 Subsistaient cependant des questions quant à l'identification des autres droits de propriété intellectuelle devant relever de cette exclusion du champ d'application. Certains participants étaient notamment d'avis que dans un but de clarté, soit explicitement mentionné le fait que les droits d'auteur *ne* sont *pas* couverts par l'exclusion. D'autres ont indiqué que ceci n'était pas nécessaire parce que l'exclusion ne s'appliquait qu'aux procédures dans le cadre desquelles la validité est la question principale, et qu'en matière de droits d'auteur, des procédures tendant à une décision de nullité ne sont quasiment jamais engagées.

35 En général, certains ont préféré mentionner explicitement certains droits de propriété intellectuelle, étant d'avis que cela en facilitera la lecture par les parties intéressées. D'autres ont objecté que si l'on mentionne certains droits de propriété intellectuelle existant actuellement, et pas d'autres, cela implique une décision politique. Cependant, un tel choix serait difficile, et en outre, de nouveaux droits de propriété intellectuelle et droits *sui generis* apparaissent actuellement rapidement. Il y a quelques années, les semi-conducteurs et circuits intégrés ne bénéficiaient de la protection de droits de propriété intellectuelle dans aucun pays, et il en était de même pour les bases de données. Plusieurs pays ont désormais accordé une protection de propriété intellectuelle, alors que d'autres ne l'ont pas fait. En outre, au sein de l'OMPI, la possibilité d'une protection des savoirs traditionnels, des ressources génétiques et du folklore par voie de droits de propriété intellectuelle est en cours d'examen, bien que ces matières soient dépourvues de nombreux attributs des droits de propriété intellectuelle habituels. Pour ces raisons, même s'il était possible de convenir des droits de propriété intellectuelle devant être exclus du champ d'application ou y être inclus, une mention explicite de certains droits de propriété intellectuelle existants créerait nécessairement des lacunes dans un très proche avenir.

36 La possibilité de viser certaines *catégories* de droits (par exemple, « droits de propriété intellectuelle déposés ») au lieu de droits individuels a également été débattue. La difficulté que soulève cette solution est cependant que certains droits peuvent – voire doivent – être enregistrés dans certains pays alors qu'ils ne le sont pas dans d'autres. En outre, certains droits existent sous une forme déposée ou non au sein d'un même État. Cette dernière situation concerne par exemple les dessins, droits d'auteur et marques. En outre, de nouvelles obligations d'enregistrement sont parfois créées pour certains droits. Faire dépendre de l'enregistrement l'exclusion du champ d'application aurait donc des résultats quelque peu arbitraires, selon le choix du législateur national d'exiger ou non l'enregistrement. En outre, il faudrait trouver une solution pour les droits dont l'enregistrement est possible sans être nécessaire.

[14] Les *Conventions sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale de Bruxelles* (27 septembre 1968) et de *Lugano* (16 septembre 1988); le Règlement (CE) No 44 / 2001 qui a converti la Convention de Bruxelles en instrument communautaire applicable à tous les États membres de l'Union européenne à l'exception du Danemark. La Convention de Bruxelles reste cependant applicable entre les 14 États membres auxquels le Règlement s'applique, et le Danemark.

Groupe de travail informel – troisième rapport

26 As regards suits between private competitors, there was consensus that "unfair competition" should not be excluded from the scope of the Convention. It was admitted that the terminology "antitrust or competition", which had been inspired by the use of the word "antitrust" in United States law and the term "competition" used in Title VI Chapter I of the EC Treaty covering a similar concept but not including "unfair competition", was misleading. Therefore, one suggestion was to use "antitrust and competition claims other than unfair competition".

27 There was agreement that the concept and the wording would have to be revisited with a wider audience. Moreover, it was mentioned that the "incidental question" provision could already solve a number of problems in this area if antitrust matters were raised as a defence.

Article 1(3) i)

28 The group decided to retain the explicit exclusion of proceedings relating to rights *in rem* in immovable property in Article 1(3) *i)*, *inter alia* with a view to reducing possible conflicts with exclusive jurisdiction rules which exist in many national laws as well as under the European instruments. Under the Conventions of Brussels and Lugano as well as under the Brussels Regulation,[14] rights *in rem* in immovable property are subject to exclusive jurisdiction which trumps a forum choice. By excluding these cases from this Convention, no conflict with the exclusive jurisdiction rule could therefore arise.

Article 1(3) j)

29 For the same reason, in addition to the reason mentioned above concerning capacity, Article 1(3) *j)* which excludes proceedings relating to the validity, nullity, or dissolution of a legal person and decisions related thereto from the scope of the Convention, was retained.

Trusts

30 The group felt that the question whether trusts should be excluded from the scope of the Convention required further consultation. It was pointed out, however, that the limitation of the Convention to choice of court clauses, and thereby to litigation between the contracting parties, would in all likelihood already limit the possible application of the Convention to litigation concerning trusts, even if they were not as such excluded from scope.

Article 1(3) k)

31 Article 1(3) *k)* excludes proceedings relating to the validity of patents, trademarks and [other intellectual property rights – to be defined] from the scope of the Convention. This provision has to be read in close connection with Article 1(4), the provision which clarifies that the exclusions in Article 1(3) apply only if the matters stated there are the principal issue of the claim and do not merely arise as incidental questions.

32 There was consensus that claims directly aiming at a determination of the validity of a patent or registered trademark with effect *erga omnes* (and therefore also affecting the entry in the register concerned) should be excluded from the scope of the Convention. This consensus seems to extend also to unregistered trademarks and other registered industrial property rights.

33 Reasons given were that the grant of a registered industrial property right is an act of State, and that the invalidation of such an act should not be subject to party autonomy but limited to the law of the State the authorities of which had granted the right. In many national laws as well as international instruments and instruments of the European Community, this is subject to exclusive jurisdiction. An exclusion from the scope of this Convention would avoid the difficult disconnection issue and preserve the *status quo* in this respect.

34 Questions remained, however, as to which other intellectual property (IP) rights should be covered by this exclusion from scope. Some participants felt in particular that for the sake of clarity, explicit reference should be made to the fact that copyright was *not* covered by the exclusion. Others objected that this was not necessary because the exclusion only applied to proceedings having validity as their principal issue, and in copyright, proceedings seeking a determination of invalidity were practically never brought.

35 In general, some preferred to mention some intellectual property rights explicitly because they felt that the stakeholders concerned would find this easier to read. Others objected that if one mentioned some IP rights existing today and not others, this involved a policy choice. However, such a choice would be difficult to make, and moreover, nowadays new IP rights and rights *sui generis* were emerging rapidly. Some years ago, semiconductors and integrated circuits had not been protected by IP rights in any country, and the same was true for databases. Now several States grant IP protection while others do not. Moreover, within WIPO, currently the possible IP protection of traditional knowledge, genetic resources and folklore is under discussion, although these issues lack many features of traditional IP rights. For these reasons, even if it were possible to agree on which IP rights to exclude from scope and which not, explicit reference to some existing IP rights would necessarily create gaps in the very near future.

36 The option of referring to certain *categories* of rights (*e.g.*, "registered intellectual property rights") instead of individual rights was equally discussed. The problem of this solution, however, is that some rights may be – or even have to be – registered in some countries while in other States, they are unregistered. In addition, some rights exist in a registered and an unregistered form within the same State. The latter applies, *e.g.*, to designs, copyright and trademarks. Furthermore, new registration duties are sometimes created for some rights. Making the exclusion from scope dependent on registration would therefore lead to somewhat arbitrary results, depending on the choice by a national legislator of whether to require registration or not. Moreover, one would have to find a solution for those rights which did not have to, but may, be registered.

[14] *Conventions on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters of Brussels* (27 September 1968) and *Lugano* (16 September 1988); Regulation (EC) No 44 / 2001 converting the Brussels Convention into a Community instrument applicable to all 14 European Union Member States with the exception of Denmark. The Brussels Convention, however, is still applicable between the 14 European Union Member States to which the Regulation applies, and Denmark.

37 Deux options ont donc semblé émerger : soit une expression générale, exhaustive, excluant les procédures dans le cadre desquelles la question principale est la validité d'un quelconque droit de propriété intellectuelle[15], soit une exclusion limitée au domaine évident et incontesté des procédures dans le cadre desquelles la question principale est la validité de brevets et marques (déposées ou non).

38 Si la politique de rédaction de ces deux solutions semble fondamentalement différente, les résultats pourraient ne pas diverger de manière très importante, en supposant qu'une « règle des questions incidentes » satisfaisante puisse être trouvée. Les motifs sont les suivants.

39 La Convention, dans sa rédaction actuelle, est limitée aux accords d'élection de for dans les affaires entre professionnels. Cela signifie qu'elle ne couvrira le contentieux relatif aux droits de propriété intellectuelle que lorsque les parties à la procédure ont conclu un contrat sous une forme ou sous une autre, comportant notamment une clause d'élection de for. Un tel contrat pourra être un contrat de licence, un contrat interdisant à l'une des parties l'utilisation d'un certain droit de propriété intellectuelle ou autre. S'il survient alors un différend entre les parties, il faudra décider s'il est survenu « à l'occasion [de ce] rapport de droit déterminé » (voir art. 2(1) *a*)) pour que la Convention s'applique. À ce jour, les comptes rendus des praticiens semblent suggérer que la validité à titre de question principale survient principalement en matière de brevets, dans une moindre mesure à l'égard des marques et autres droits de propriété industrielle (enregistrés), et quasiment jamais à l'égard des droits d'auteur et (autres) droits non enregistrés. Dès lors, même si on choisissait d'exclure « les procédures relatives à la validité des droits de propriété intellectuelle » tout en explicitant que cela ne concerne que les demandes dans le cadre desquelles il s'agit de la question principale, l'exclusion en pratique ne couvrirait pas beaucoup d'affaires en dehors des brevets et marques. Et dans les cas où l'exclusion s'appliquerait, ces affaires seraient en tout état de cause soumises à une compétence exclusive dans la plupart des États, ce qui implique que *ne pas* les exclure donnerait lieu à de difficiles questions de disjonction.

Article 1(4)

40 Les observations concernant l'article 1(3) *k*) en particulier démontrent que, dans un but de clarté, une règle disposant que les exclusions du champ d'application ne s'appliquent que si les questions mentionnées constituent l'objet principal de la demande, serait utile. L'article 1(4) est une tentative de rédaction d'une telle disposition. S'il y a eu un accord de principe sur la question, il y a quelques divergences d'opinion mineures quant à l'effet futur possible d'une constatation à titre incident. En outre, les concepts juridiques et la terminologie diffèrent largement entre États contractants, et il faudra en tenir compte dans la formulation de cette disposition.

41 Le contentieux de la propriété intellectuelle, exclu du champ d'application par l'article 1(3) *k*), est pris ci-dessous à titre d'exemple pour illustrer la nécessité et le fonctionnement d'une règle sur le modèle de l'article 1(4). Cependant, la règle s'appliquerait à toutes les exclusions du champ d'application énumérées à l'article 1(3).

42 Le groupe a noté que dans les affaires en matière de brevets et (dans une moindre mesure) de marques, le défendeur oppose fréquemment à une demande une défense en nullité du droit de propriété intellectuelle. Ceci concerne également le type d'affaires qui serait couvert par la présente Convention, c'est-à-dire en cas d'accord entre les parties comportant une clause d'élection de for pour les litiges survenant entre elles à l'occasion de ce rapport de droit déterminé. Il faut souligner dans ce contexte que la Convention ne s'appliquerait pas aux affaires dites « de pure piraterie », c'est-à-dire les affaires de contrefaçon entre parties qui ne sont liées par aucun contrat. Si celles-ci constituent probablement le plus grand groupe d'affaires dans lesquelles la défense courante sera la nullité, elle peut également survenir dans des affaires où le concédant poursuit l'obtention de redevances impayées ou des dommages-intérêts au titre d'une exploitation alléguée du droit de propriété intellectuelle au-delà des limites de la licence[16].

43 Il a été mentionné que dans certains systèmes juridiques, une défense en nullité doit être présentée par voie de demande reconventionnelle. Ces affaires ne seraient pas cependant, dans de nombreux ressorts, considérées comme des affaires « relevant des questions incidentes », car la question *principale* de la demande reconventionnelle est la nullité, et l'exclusion prévue à l'article 1(3) *k*) s'applique en conséquence à la demande reconventionnelle. La compétence en matière de demande reconventionnelle en nullité est alors régie par le droit national, de même que les effets du jugement. Il semble toutefois que cela soit moins certain dans d'autres ressorts.

44 Dans d'autres pays, la nullité peut être soulevée en défense dans le cadre de procédures engagées, par exemple, pour le recouvrement de redevances. Si la constatation principale du jugement est que les redevances sont exigibles ou non, pour parvenir à cette décision la juridiction doit traiter de la défense de nullité. Le groupe a été d'avis qu'une juridiction saisie sur la base d'une clause d'élection de for devrait pouvoir statuer sur la question principale relevant de la Convention même dans un cas où une constatation à titre incident relative à la validité pourrait être nécessaire.

45 L'effet d'une telle constatation implicite ou incidente sur la validité diverge entre les différents systèmes de droit :(a) parfois, la constatation a la force de la chose jugée, mais uniquement entre les parties; (b) dans d'autres systèmes de droit, elle peut conduire à la forclusion d'actions ultérieures (« *collateral estoppel effect* »); et (c) dans un troisième groupe d'États, la constatation implicite ne crée aucun effet obligatoire pour une procédure ultérieure, même entre les parties en cause ; (d) la seule conséquence qui ne semble exister dans aucun système est un effet *erga omnes* d'une constatation incidente de nullité.

46 Le problème qui doit être traité est que les jugements relatifs à la validité produisant des effets *erga omnes* sont exclus de l'autonomie des parties parce que l'État accordant la protection du droit de propriété intellectuelle concerné souhaite également réserver la décision sur l'existence du droit aux autorités qu'il juge utiles. Tel n'est cependant pas le cas si la question principale concerne un contentieux contractuel entre personnes privées. Il a donc été suggéré qu'il suffirait de prévoir dans la Convention que la constatation incidente sur la validité effectuée, dans un contentieux entre parties de droit privé liées par un contrat, ne produirait d'effet ultérieur qu'entre les parties à cette procédure. Ainsi, il est clair

[15] Dans ce contexte, l'une des propositions a été d'exclure « les procédures relatives à l'enregistrement et la validité des droits de propriété intellectuelle, mais non aux licences. » D'autres ont été d'avis que la dernière partie serait mieux couverte par une règle générale de « questions incidentes » qui était également requise pour les autres exclusions mentionnées à l'article 1(3).

[16] Ce dernier exemple montre qu'il serait sage de s'éloigner de l'opposition entre « contrefaçon » et « contrat ». Dans certains ressorts, cela serait considéré comme une affaire contractuelle, alors que dans d'autres elle serait délictuelle ou mixte. Là encore, il faut rappeler que dans de nombreux pays, le demandeur est uniquement tenu de plaider les faits, et il appartient à la juridiction de trouver la base juridique. Il existe des pays où la juridiction appliquerait les règles délictuelles et contractuelles à titre alternatif ou cumulatif, et l'application de la présente Convention ne devrait pas dépendre de telles différences de droit procédural national. Le fait que les deux parties ont conclu auparavant un contrat comportant une clause d'élection de for devrait être décisif pour l'application de la présente Convention. La juridiction saisie devrait alors décider si l'affaire est survenue « à l'occasion » du rapport de droit déterminé. Ce concept est appliqué depuis longtemps en matière d'arbitrage.

Groupe de travail informel – troisième rapport

37 Therefore, two options seem to emerge: either a general catch-all phrase excluding proceedings having the validity of any intellectual property right as their principal issue,[15] or an exclusion limited to the obvious and undisputed area of proceedings having the validity of patents and (registered or unregistered) trademarks as their principal issue.

38 While the drafting policy of these two solutions seems to be fundamentally different, the results might not differ very much, assuming that a satisfactory "incidental question rule" can be found. The reasons are the following:

39 The Convention as it is drafted now is limited to choice of court agreements in B2B cases. This means that it will cover litigation concerning IP rights only where the parties to the proceedings have entered into some kind of contract, which contains *inter alia* a choice of court clause. Such a contract could either be a licensing agreement, an agreement that one party should not make use of a certain IP right, or other. Where a dispute then arises between the parties, it will have to be decided whether it arose "in connection with (this) particular legal relationship" (see Article 2(1) *a)*) in order for the Convention to apply. So far, reports from practitioners seem to suggest that validity as a principal issue arises in particular with regard to patents, to a lesser extent with regard to trademarks and other (registered) industrial property rights, and almost never with regard to copyright and (other) unregistered rights. Therefore, even if one chose to exclude "proceedings relating to the validity of intellectual property rights" while at the same time making clear that this applied only to claims where this was the principal issue, the exclusion would in practice not cover very many cases beyond patents and trademarks. And where it did, those cases would be subject to exclusive jurisdiction in most States concerned anyway, which means that *not* excluding them would involve difficult disconnection issues.

Article 1(4)

40 The comments on Article 1(3) *k)* in particular demonstrate that, for the sake of clarity, a rule stating that the exclusions from scope only apply if the subject matter listed there is the principal issue of the claim, would be helpful. Article 1(4) is an attempt to draft such a rule. While there was in principle agreement on the issue, there are some minor differences of opinion as to the effect which a finding on an incidental question may produce in the future. Moreover, legal concepts and terminology differ strongly among Contracting States, and this has to be taken into account when drafting language for this provision.

41 By way of example, the kind of IP litigation excluded from scope in Article 1(3) *k)* is used below in order to explain the need for, and the operation of, a rule along the lines of Article 1(4). However, the rule would apply to all the exclusions from the scope of the Convention listed in Article 1(3).

42 The group noted that in patent and (to a lesser extent) trademark cases, the defendant often objects to a claim by alleging the invalidity of the IP right. This also applies to the sort of cases that would be covered by this Convention, *i.e.,* where there is an agreement between the parties which contains a choice of court clause for disputes arising between them in connection with the particular legal relationship. It has to be stressed in this context that the Convention would not apply to the so-called "sheer piracy" cases, *i.e.,* infringement cases between two parties not related by any contract. While the latter is probably the biggest group of cases where the standard defence would be invalidity, it can also arise in cases where the licensor sues for royalties which have not been paid, or for damages arising from an alleged exploitation of the IP right beyond the limits covered by the license.[16]

43 It was mentioned that in some legal systems, an invalidity defence had to be brought by a counterclaim. These cases would, however, in many jurisdictions not be considered as "incidental question cases" because the *principal* issue of the counterclaim is validity, and consequently the exclusion in Article 1(3) *k)* applies to the counterclaim. Jurisdiction for the counterclaim on validity is then governed by national law, and so are the effects of the judgment. It appears that in other jurisdictions, though, this is less clear.

44 In other countries, invalidity can be raised as a defence in proceedings brought, *e.g.,* for the payment of royalties. While the principal finding of the judgment is whether royalties are due or not, on its way to this decision the court has to deal with the invalidity defence. The group felt that a court seised on the basis of a choice of court clause should be enabled to decide the principal issue falling under the Convention even where, in this situation, an incidental finding on the validity might be required.

45 The effect of such an implicit or incidental finding on validity is different in different legal systems: (a) sometimes the finding acquires the effect of *res judicata*, but only *inter partes*; (b) in other legal systems there may be broader collateral estoppel effects; and (c) in a third group of States, the implicit finding does not create any binding effect for subsequent proceedings even between the same parties. The only consequence which does not seem to exist in any system is an effect *erga omnes* of an incidental finding of invalidity (d).

46 The problem which has to be tackled is that validity judgments creating effect *erga omnes* are excluded from party autonomy because the State that grants the protection of the IP right concerned also wants to reserve the decision on the existence of the right to the authorities it deems fit. This is, however, not the case if the principal issue is contractual litigation between private parties. Therefore, it was suggested that it would suffice to state in the Convention that the incidental finding on validity which was reached in litigation between private parties linked by a contract would create subsequent effects only between the parties to these proceedings. Thereby it is clear that neither third persons nor, in particu-

[15] One suggestion in this context was to exclude "proceedings relating to the registration and validity of intellectual property rights, but not to licensing". Others felt that the last part should be better covered by a general "incidental question" rule which was also required for the other exclusions mentioned in Article 1(3).

[16] This last example shows that it would be wise to move away from the opposition of "infringement" versus "contract". In some jurisdictions, this would be considered a contract case, while in others it would be a tort case or both. Again, it has to be recalled that in many countries the plaintiff only has to plead the facts, and it is for the court to find the legal basis. There are countries where the court would apply tort and contract rules cumulatively or alternatively, and the application of this Convention should not depend on such differences of national procedural law. Decisive for the application of this Convention should be the fact that the two parties had entered into a contract beforehand, which contains a choice of court clause. The court seised would then have to determine whether the case "arose in connection with" the particular legal relationship. This concept has long been applied in arbitration.

qu'aucun tiers, ni notamment l'organisme d'enregistrement, ne sera lié par la constatation à titre incident sur la question de validité en vertu de la présente Convention. Cette démarche est traduite par le projet de paragraphe 4.

47 D'autres membres du groupe ont été d'avis que ceci n'allait pas assez loin, et voulaient assurer que la constatation à titre incident sur la question de validité par une juridiction, qui n'aurait pas été compétente pour en connaître à titre principal, ne produirait pas d'effet ultérieur, même entre les mêmes parties. Cette démarche est traduite à l'article 12(6) du Texte provisoire de 2001 rédigé par le groupe de travail sur la propriété intellectuelle[17].

Article 1(5)

48 L'article 1(2) *g*) du Texte provisoire de 2001 («l'arbitrage et les procédures y afférentes») a été déplacé à l'article 1(5) et formulé plus clairement. Le texte dispose désormais explicitement que la Convention n'exige pas d'un État contractant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement si l'exercice de la compétence par la juridiction d'origine était contraire à une convention d'arbitrage.

Article 1(6)

49 Le groupe n'a pas jugé utile de rouvrir la discussion de ce paragraphe (ancien art. 1(3) du Projet de 1999 et art. 1(4) du Texte provisoire de 2001), cette disposition nécessaire ne suscitant pas de controverse.

Article 1(7)

50 Le groupe n'a pas jugé utile de rouvrir la discussion de ce paragraphe (ancien art. 1(4) du Projet de 1999 et art. 1(5) du Texte provisoire de 2001), une disposition nécessaire et ne suscitant pas de controverse.

Article 2 – Définitions

51 Par rapport au texte élaboré lors de la deuxième réunion du groupe de travail, la rédaction de l'article sur les définitions a été légèrement modifiée dans un but de clarté. La disposition définit désormais les clauses d'élection de for en général et les clauses exclusives d'élection de for en particulier. Sur les six différents types de clause d'élection de for identifiés dans le Document préliminaire No 21[18], seules celles désignant soit une juridiction unique particulière soit les juridictions d'un même État (sans identifier la juridiction en particulier[19]) sont «exclusives» au sens de la Convention. Ceci signifie que les situations dites d'«exclusivité multiple» (par ex., «les juridictions de Londres ou de Yokohama auront compétence exclusive») ne sont pas considérées comme exclusives, de même que les clauses dites asymétriques[20], où l'une des parties est tenue de saisir une juridiction particulière alors que l'autre conserve une certaine liberté. La raison en est que le groupe a souhaité éviter une complication supplémentaire qui consisterait à ajouter des règles sur les procédures parallèles au chapitre sur la compétence, et ceci serait nécessaire dès lors que plus d'une juridiction est choisie, même à titre «exclusif»[21].

52 Il est très important de noter que l'article 2(1) *b*), seconde phrase, comporte une présomption : «Un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État ou un tribunal particulier est réputé exclusif sauf convention contraire des parties.» Lors des débats du groupe, il a été mentionné que cette règle devait être interprétée comme comprenant les termes «explicite» ou «expresse» après «contraire».

53 Le groupe a également examiné la question de l'ajout d'une règle particulière pour la soumission. À cet égard, on a fait remarquer que l'article 3 en tant que tel couvre déjà les accords postérieurs à l'engagement de la procédure entre les parties car il ne mentionne pas d'époque. Ceci comprend les affaires dans lesquelles les parties avaient initialement convenu d'une juridiction autre que celle finalement saisie, ainsi que celles où il n'y avait pas eu d'accord d'élection de for entre les parties avant l'engagement de la procédure.

54 Pour cette raison, certains participants n'ont pas souhaité ajouter de règle supplémentaire sur la soumission qui, *stricto sensu*, constitue une forme d'accord entre le défendeur et la juridiction, et non entre le défendeur et le demandeur. Dès lors, l'article 9, tel qu'il figure dans le Document préliminaire No 21[22] a été supprimé[23], et il a été jugé inutile de le remplacer par un article 3 *e)* ajoutant une exigence de forme supplémentaire sous la forme suivante : «*e)* dans le cadre d'une procédure devant une juridiction sous la forme et de la manière exigée par cette juridiction».

55 D'autres ont été d'avis, cependant, qu'une règle de soumission au sens traditionnel (c-à-d. qui examine la relation entre défendeur et juridiction uniquement, parce que le demandeur a déjà exprimé son consentement en saisissant cette juridiction) ajouterait beaucoup à la Convention tout en restant dans le cadre d'un renforcement de l'autonomie des parties. Il a été reconnu toutefois que l'ajout d'une telle règle nécessiterait probablement d'envisager des normes conventionnelles autonomes quant à la forme de cette soumission (explicite ou tacite ?) et aux délais d'opposition éventuelle.

56 La définition d'un «jugement» à l'article 2(1) *c*) est tirée de l'article 23 du Texte provisoire de 2001. Les termes «sur le fond» ont été ajoutés afin d'expliciter que les mesures provisoires et conservatoires (mesures avant-dire-droit) ne sont pas des «jugements» au sens de la Convention. Les articles 6 et 7 reprennent cette idée. Il n'a pas été jugé nécessaire de limiter la définition aux jugements rendus *par la juridiction choisie* car l'article 7 sur la reconnaissance et l'exécution précise que seuls les jugements rendus par la juridiction choisie (que la clause d'élection de for ait été exclusive ou non) relèvent du chapitre III de la Convention.

[17] Art. 12(6) du Texte provisoire de 2001 :
[6 Les para. 4 et 5 ne s'appliquent pas si une des matières susmentionnées se pose à titre incident dans une procédure devant un tribunal n'ayant pas la compétence exclusive selon ces paragraphes. Néanmoins, une décision sur une telle question ne liera pas les parties dans des procédures subséquentes, même si elles ont lieu entre ces mêmes parties. Une question se pose à titre incident si le tribunal saisi n'est pas requis de rendre un jugement sur cette question, même si une telle décision est nécessaire pour parvenir au jugement.]
Note du Bureau Permanent : Les premières consultations effectuées au sujet de l'art. 1(4) ont montré que des secteurs importants de la communauté de la propriété intellectuelle continuent de préférer une règle excluant tout effet – même *inter partes* – de la constatation incidente de validité dans les procédures ultérieures.

[18] *Supra*, note 1.

[19] La question de savoir si une clause désignant à titre exclusif plusieurs juridictions alternatives au sein du même État devait être traitée de la même manière qu'une clause désignant «les juridictions de l'État X» ou si une telle clause devait être considérée comme étant d'«exclusivité multiple» comme décrit dans le texte, *supra*, suivant la présente note (par ex., «les juridictions de Londres ou de Yokohama») n'a pas été débattue. Voir également *infra*, note 21.

[20] L'une des conclusions importantes de l'enquête réalisée par la CCI a été que l'utilisation des clauses dites asymétriques est très limitée en pratique (Voir question 10 de l'enquête, *supra*, note 6).

[21] En théorie, la situation des procédures parallèles pourrait également survenir lorsque les parties ont désigné «les juridictions de l'État X» si l'une des parties a saisi la juridiction A dans cet État, et l'autre la juridiction B dans ce même État. Cependant, tous les systèmes de droit ayant créé des solutions pour régler ces situations internes, aucune règle dans la Convention ne serait requise en ce cas, et il est donc possible de les traiter à l'instar de la désignation d'une juridiction unique.

[22] *Supra*, note 1.

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

Groupe de travail informel – troisième rapport

lar, the registering institution will be bound by the finding on the incidental validity issue under this Convention. This approach is reflected in the draft paragraph 4.

47 Other members of the group felt that this did not go far enough and wanted to make sure that the finding on the incidental question of validity by a court that would not have jurisdiction to decide on it as a principal issue should not create any subsequent effect, not even between the same parties. This approach is reflected in Article 12(6) of the 2001 Interim Text that was drafted by the IP working group.[17]

Article 1(5)

48 Article 1(2) *g)* of the 2001 Interim Text ("arbitration and proceedings related thereto") was moved to Article 1(5) and phrased more clearly. Now the text explicitly states that the Convention does not require a Contracting State to recognise and enforce a judgment if the exercise of jurisdiction by the court of origin was contrary to an arbitration agreement.

Article 1(6)

49 The group did not feel any need to reopen the discussion on this paragraph (previously Article 1(3) of the 1999 Draft and Article 1(4) of the 2001 Interim Text), a necessary and uncontroversial provision.

Article 1(7)

50 The group did not feel any need to reopen the discussion on this paragraph (previously Article 1(4) of the 1999 Draft and Article 1(5) of the 2001 Interim Text), a necessary and uncontroversial provision.

Article 2 – Definitions

51 As compared to the text elaborated at the second meeting of the working group, the drafting of the definitions article was slightly amended for the sake of clarity. The provision now defines choice of court clauses in general and exclusive choice of court clauses in particular. Out of the six different types of choice of court clauses identified on page 5 of Preliminary Document No 21,[18] only those designating either a single specific court or, alternatively, the courts of a single State (without identifying the individual court[19]) are "exclusive" for the purposes of this Convention. This means that the cases of so-called "multiple exclusivity" (*e.g.*, "the courts of Tokyo or London shall have exclusive jurisdiction") are not considered as exclusive, and neither are the so-called asymmetric clauses[20] where one party is limited to one specific court whereas the other party retains a certain freedom. The reason is that the group wanted to avoid the further complication of having to add rules on parallel proceedings to the jurisdiction chapter, and this would be necessary as soon as more than one court was chosen, albeit "exclusively".[21]

52 It is very important to note that Article 2(1) *b)*, second sentence, contains a presumption: "A choice of court agreement which designates the courts of one State or one specific court shall be deemed to be exclusive unless the parties have provided otherwise." During the group's discussions, it was mentioned that the words "explicitly" or "expressly" should be understood as implied in this rule before "provided otherwise".

53 The group also examined the question of adding a specific rule on submission. In this respect, it was pointed out that Article 3 as such already covered post-filing agreements between the parties because it did not contain any reference to time. This included cases where the parties had initially agreed to a different court than the one eventually seised, as well as cases where there had been no choice of court agreement between the parties prior to filing.

54 For this reason, some participants did not wish to add any further rule on submission which, strictly speaking, is some kind of agreement between the defendant and the court, and not between the defendant and the plaintiff. Therefore, Article 9 as contained in Preliminary Document No 21[22] was deleted,[23] and it was considered unnecessary to substitute it by an Article 3 *e)* adding an additional form requirement as follows: "*e)* in the course of proceedings before a court in the form and the manner required by that court".

55 Others felt, however, that a submission rule in the traditional sense (*i.e.*, looking at the relationship court-defendant only, because the plaintiff had already expressed his agreement by seizing this court) would add a lot to the Convention and still remain within the ambit of strengthening party autonomy. It was nevertheless admitted that the addition of such a rule would probably require consideration of autonomous Convention standards as to the form of such (tacit or explicit?) submission and the timelines for possible objections.

56 The definition of "judgment" in Article 2(1) *c)* was taken from Article 23 of the 2001 Interim Text. The words "on the merits" were added in order to make clear that provisional and protective measures (measures granting interim relief) are no "judgments" under the Convention. Articles 6 and 7 take this up. It was not felt necessary to limit the definition to judgments rendered *by the chosen court* because Article 7 on recognition and enforcement makes clear that only judgments rendered by the chosen court (independent of whether the choice of court clause was exclusive or not) are covered by Chapter III of the Convention.

[17] Article 12(6) of the 2001 Interim Text:
[6 Paragraphs 4 and 5 shall not apply where one of the above matters arises as an incidental question in proceedings before a court not having exclusive jurisdiction under those paragraphs. However, the ruling in that matter shall have no binding effect in subsequent proceedings, even if they are between the same parties. A matter arises as an incidental question if the court is not requested to give a judgment on that matter, even if a ruling on it is necessary in arriving at a decision.]
Note by the Permanent Bureau: First consultations carried out on Article 1(4) showed that important parts of the IP community still strongly prefer a rule excluding any – even *inter partes* – effect of the incidental validity finding in subsequent proceedings.

[18] *Supra* note 1.

[19] It has not been discussed whether a clause exclusively designating several alternative courts within the same State would be treated the same way as a clause designating "the courts of State X", or whether such a clause would be considered one of "multiple exclusivity" as described in the text, *supra*, following this footnote (*e.g.*, "the courts of London or Yokohama"). See also *infra* note 21.

[20] One important result of the survey carried out by the ICC was that the use of the so-called asymmetrical clauses is very limited in practice (see Question 10 of the survey, *supra* note 6).

[21] Theoretically, the situation of parallel proceedings could also arise where the parties had designated "the courts of State X" if one party seised court A in that State and the other party seised court B in the same State. Since all legal systems have developed solutions to deal with such internal situations, however, no rule in the Convention would be required for these cases, and it is therefore possible to treat them the same way as the designation of one single court.

[22] *Supra* note 1.

[23] The provision reads: "[Where a court of a Contracting State has been seised with a claim and where and to the extent that the defendant expressly and in the form required by the procedural law of the court seised accepts the jurisdiction of that court, that court shall have jurisdiction.]".

57 Dans la même veine, le groupe a décidé de ne pas traiter de la question du caractère définitif ou de l'autorité de la chose jugée dans la disposition définissant un « jugement ». Ces exigences seront traitées dans la disposition pertinente de la Convention (en l'occurrence, l'art. 7).

58 La définition de l'équivalent de la « résidence habituelle » pour les entités ou personnes autres que les personnes physiques a été déplacée vers l'article 2(3) sans aucune modification.

Article 3 – Validité formelle

59 Peu de modifications ont été apportées lors de la Troisième réunion à l'égard des dispositions sur la validité formelle. À l'article 3 *b)*, les mots « confirmé par écrit » ont été remplacés par « attesté par écrit » pour des raisons de rédaction. Les mots « ne ... que » ont été conservés entre crochets parce que le groupe a considéré qu'il faudrait prendre une décision politique dépassant les attributions du groupe et nécessitant une participation plus large. La question à trancher est de savoir si des exigences de forme moins strictes en droit national peuvent continuer à s'appliquer, donnant lieu à une compétence en « zone grise » en droit national et entraînant des jugements qui n'ont pas droit à la reconnaissance et l'exécution en application de la Convention. Au cours de la discussion, il est apparu qu'il y avait un consensus pour que la forme de la Convention soit obligatoire dans deux cas :

– pour les juridictions autres que la juridiction choisie ;

– pour les juridictions saisies de la reconnaissance d'un jugement fondé sur une clause d'élection de for.

60 Ceci signifie que :

– une juridiction autre que la juridiction choisie ne doit surseoir à statuer ou se dessaisir en vertu de la Convention que si certaines normes sont satisfaites ;

– il en est de même pour la reconnaissance et l'exécution, qui ne sont obligatoires dans le cadre de la Convention que si ses normes sont satisfaites.

61 La seule question sur laquelle les avis divergeaient est celle de la validité devant la juridiction choisie, c'est-à-dire de savoir si la juridiction choisie a le droit d'accepter une clause valable uniquement selon son droit national. Certains participants ont observé qu'une telle situation avait peu de chances de se présenter en pratique parce que les normes de forme établies par la Convention sont déjà très généreuses. Et même si une clause est valable en droit national mais non en vertu de la Convention, ils doutaient que les États contractants souhaiteraient effectivement voir ces clauses recevoir application en tant que choix politique[24].

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

62 Dans un but de clarté, le texte comporte deux règles différentes relatives à l'effet à donner à un accord d'élection de for, au chapitre II. L'article 4 s'adresse à la juridiction choisie à titre exclusif (et saisie), et fixe l'obligation de respecter la clause d'élection de for et de connaître de l'affaire, sous réserve des autres conditions résultant de la Convention[25]. L'article 5, par contre, s'adresse à la juridiction saisie mais non choisie, et la contraint de surseoir à statuer ou de se dessaisir au profit de la juridiction choisie, sous réserve des autres dispositions de cet article.

63 Le groupe a décidé de ne pas étendre le chapitre sur la compétence pour couvrir les clauses non exclusives, car lorsqu'une clause n'est pas exclusive ou désigne plus d'une juridiction particulière, même à l'exclusion de toute autre juridiction, il existerait en fait plus d'un chef de compétence en vertu de la Convention même en présence d'une clause valable. Ceci nécessiterait que la Convention fixe une règle sur la manière dont les juridictions devraient traiter les procédures parallèles. Si les dispositions rédigées en 1999 et 2001 sur la litispendance et *forum non conveniens*[26] étaient encore considérées comme un compromis utile entre différents systèmes de droit, leur insertion a été jugée disproportionnée dans une Convention ne traitant que des clauses d'élection de for.

Article 4 – Compétence du tribunal désigné

Article 4(1)

64 L'article 4(1) s'adresse à la juridiction choisie (à titre exclusif), et précise que la juridiction doit connaître de l'affaire si la clause d'élection de for est valable en vertu de la Convention et que les autres conditions imposées par la Convention sont remplies. Il convient de noter que l'article 15 permet aux États d'exclure cette obligation par voie de déclaration pour les affaires dans lesquelles, hormis l'accord d'élection de for, il n'existe aucun lien entre cet État et les parties ou le litige.

65 Le projet résultant de la deuxième réunion du groupe avait cherché à produire une norme conventionnelle pour (certains aspects de) la validité matérielle, soit en proposant une règle matérielle autonome, soit au moins une règle de conflit de lois. Cependant, comme le montrent les six possibilités pour l'article 5(1) et (2) du Document préliminaire No 21[27], aucun consensus n'a pu se dégager quant à l'opportunité et la faisabilité d'une telle harmonisation[28]. Le groupe a donc traité la question différemment : aucun article distinct sur la validité matérielle ne figure dans le projet, mais la règle qui s'adresse à la juridiction choisie (et saisie) de l'article 4, ainsi que la règle concernant la juridiction saisie mais non choisie, imposent les obligations figurant dans ces articles « sauf si le tribunal estime que l'accord est [caduc / nul], inopérant ou non susceptible d'être appliqué ».

66 Cette formulation a été adoptée afin de disposer d'une règle minimum sur la validité matérielle et de permettre aux juridictions des États contractants de tirer parti de l'important volume de jurisprudence développé au sujet des mêmes termes dans la Convention de New York. Il a été mentionné que les termes « non susceptible d'être appliqué » sont interprétés strictement en arbitrage et devraient donc être utilisés ici. A été exprimé l'espoir que ceci influencerait les juridictions pour l'interprétation de la nouvelle Convention.

[24] Par opposition, il a été mentionné que l'art. VII de la Convention de New York permet explicitement au droit national de continuer à s'appliquer s'il est plus favorable à la validité d'une convention d'arbitrage.

[25] Note du Bureau Permanent : l'art. 4(1) n'exclut pas explicitement un pouvoir discrétionnaire de la juridiction régulièrement choisie de renoncer à exercer sa compétence. Les termes entre crochets en fin d'art. 4(3) semblent même suggérer que tout pouvoir discrétionnaire résultant du droit national continuera d'exister. Cependant, les négociations à ce jour ont été fondées sur l'hypothèse tacite qu'aucun pouvoir discrétionnaire de cette nature ne devrait exister pour une juridiction désignée par un accord d'élection de for, tout au moins en ce qui concerne le fait de renoncer à exercer sa compétence en faveur d'une juridiction *étrangère*. La présence de l'art. 4(2), une disposition définissant une exception à l'*obligation* de la juridiction (et pas seulement un droit) de connaître de l'affaire établie en vertu de l'art. 4(1), semble confirmer cette dernière interprétation.

[26] Voir art. 21 et 22 des textes de 1999 et 2001.

[27] *Supra*, note 1.

[28] Certains participants ont souligné qu'ils préféreraient continuer de rechercher des normes communes relatives à la validité matérielle en harmonisant au moins les règles sur la loi applicable régissant tout ou partie des aspects de la validité matérielle.

Groupe de travail informel – troisième rapport

57 In the same vein, the group decided not to deal with the question of finality or *res judicata* in the provision defining a "judgment". These requirements will be dealt with in the appropriate provision of the Convention (*i.e.*, Article 7).

58 The definition of the equivalent for "habitual residence" for entities or persons other than natural persons was moved to Article 2(3) without any changes.

Article 3 – Formal validity

59 Few changes were made at the third meeting with regard to the provisions on formal validity. In Article 3 *b)*, "confirmed in writing" was replaced by "evidenced in writing" for drafting reasons. The word "only" remained in square brackets because the group considered that there was a policy decision to be made which went beyond the mandate of the group and required wider participation. The question to be decided is whether less rigid form standards under national law may continue to apply, thereby creating a "grey area jurisdiction" under national law and leading to judgments not entitled to recognition and enforcement under the Convention. During the discussion it became clear that there was consensus that the Convention form should be compulsory in two cases:

– for other courts than the chosen court, and

– for courts being asked to recognise a judgment based on a choice of court clause.

60 This means that:

– a court other than the chosen court only has to defer under the Convention if certain standards are met.

– This is also the case for recognition and enforcement which is only compulsory under the Convention if its standards are met.

61 The only issue on which there may be different views is the validity issue before the chosen court, *i.e.*, whether the chosen court will be allowed to accept a clause valid only under its national law. Some participants remarked that such a case was unlikely to arise in practice because the form standards established by the Convention were already very generous. And even if a clause was valid under national law but not under the Convention they doubted that Contracting States, as a matter of policy, would indeed wish to see these clauses enforced.[24]

CHAPTER II – JURISDICTION

62 For the sake of clarity, the text contains two different rules on giving effect to a choice of court agreement in Chapter II. Article 4 is addressed to the court exclusively chosen (and seised) and establishes the obligation to respect the choice of court clause and hear the case, subject to the other conditions set out in the Convention.[25] Article 5, on the other hand, is addressed to the court seised but not chosen and obliges it to defer to the chosen court, subject to the further provisions of that Article.

63 The group decided not to extend the Chapter on jurisdiction to cover non-exclusive clauses because, where a clause was not exclusive or designated more than one specific court, albeit to the exclusion of any other courts, there would in fact be more than one basis of jurisdiction lawfully available under the Convention even in the presence of a valid clause. This would require the Convention to establish a rule on how courts should deal with parallel proceedings. While the provisions drafted in 1999 and 2001 on *lis pendens* and *forum non conveniens*[26] were still considered to represent a valuable compromise between different legal systems, their insertion was considered disproportionate in a Convention only dealing with choice of court clauses.

Article 4 – Jurisdiction of the chosen court

Article 4(1)

64 Article 4(1) is addressed to the court (exclusively) chosen and makes clear that the court has to take the case if the exclusive choice of court clause is valid under the Convention and the other conditions set out in the Convention are fulfilled. It has to be noted that Article 15 allows States to exclude this obligation by declaration for cases where there is, except for the choice of court agreement, no connection between that State and the parties or the dispute.

65 The draft text which resulted from the second meeting of the group had attempted to achieve a Convention standard for (some aspects of) substantive validity, either by suggesting an autonomous substantive rule or at least a conflict of laws rule. As the six alternatives for Article 5(1) and (2) in Preliminary Document No 21[27] show, however, no consensus could be reached as to the desirability and feasibility of such a harmonisation.[28] Therefore, the group now addressed the issue differently: No separate Article on substantive validity is included in the draft text, but both the rule addressed to the court chosen (and seised) in Article 4 and the rule addressed to the court seised but not chosen impose the obligations contained in those Articles only "unless the court finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed".

66 This wording was taken up in order to have a minimum rule on substantive validity and enable courts in Contracting States to take advantage of the vast case law that was developed with regard to the identical words in the New York Convention. It was mentioned that the words "incapable of being performed" are being interpreted narrowly in arbitration and should therefore be used here. The hope was expressed that this would influence the courts when interpreting this new Convention.

[24] In contrast, it was mentioned that Article VII of the New York Convention explicitly allows national law to continue to apply if it is more favourable to the validity of an arbitration agreement.

[25] Note by the Permanent Bureau: Article 4(1) does not explicitly exclude a discretion of the court validly chosen to decline jurisdiction. The words in square brackets at the end of Article 4(3) even seem to suggest that any discretion available under national law shall continue to exist. However, negotiations were so far based on the tacit assumption that no such discretion should exist for a court designated in a choice of court agreement, at least not as far as declining jurisdiction in favour of a *foreign* court was concerned. The presence of Article 4(2), a provision defining a carve-out from an *obligation* of the court (and not merely a *right)* to take the case established under Article 4(1), seems to confirm this latter interpretation.

[26] See Articles 21 and 22 of the 1999 and 2001 texts.

[27] *Supra* note 1.

[28] Some participants stressed that they would still prefer to strive for common standards concerning substantive validity by at least harmonising the rules on the applicable law governing some or all aspects of substantive validity.

67 Dans le texte français, toutefois, le groupe a discuté de la possibilité de diverger légèrement de la formulation de la Convention de New York. Il a été jugé que le terme « caduc » n'avait pas le même sens que « null and void », et semblait suggérer quelque chose qui avait existé par le passé. Le terme « nul » serait préférable. Cependant, en apportant cette modification, le groupe ne souhaitait pas risquer de perdre l'avantage de disposer de la jurisprudence concernant les termes « null and void / caduc » dans la Convention de New York en version française comme corpus de références. Par conséquent, les deux termes ont été conservés entre crochets à titre alternatif. Cette question nécessite donc un examen complémentaire.

Article 4(2)

68 Selon le paragraphe 2, qui s'adresse à la juridiction choisie (à titre exclusif) et saisie, l'obligation d'accepter l'affaire sur le fondement de la clause d'élection de for n'existe pas lorsque toutes les parties sont habituellement résidentes dans l'État de la juridiction choisie. Ceci est considéré comme une affaire interne à l'État concerné qui, selon toute probabilité, aurait compétence selon son droit national[29]. Même si l'objet de l'affaire comporte un élément international ou est purement étranger ou international, l'article 4(1) ne serait donc pas applicable[30]. Le procès-verbal de la réunion n'indique pas clairement si ce résultat était intentionnel. Il faut cependant reconnaître que ceci résultait également des rédactions antérieures telles que l'article 2(1) du Texte provisoire de 2001 et l'article 2(1) du texte rédigé lors de la deuxième réunion du groupe[31] et que cela n'a jamais été remis en cause. Néanmoins, la discussion semble plutôt traduire le fait que certains participants tout au moins ont supposé qu'une telle affaire relèverait de l'article 4(1).

Article 4(3)

69 Un accord s'est dégagé sur le fait que les parties ne pourraient pas, au moyen d'une clause d'élection de for, imposer une affaire à une juridiction dépourvue de compétence d'attribution. Ceci est indiqué dans la première partie de l'article 4(3).

70 La dernière partie de cette disposition figure entre crochets parce que certains participants ont exprimé la préoccupation qu'une telle règle pourrait priver d'effet l'article 4(1). Des juridictions pourraient se permettre de renvoyer des affaires à une autre juridiction au sein du même État contractant d'une manière non prévue par les parties. En outre, une contradiction à la liberté des parties de choisir également « un tribunal particulier » mentionnée à l'article 2(1) *b*) a été identifiée.

71 Cependant, au cours de la discussion, il est apparu plus clairement pourquoi certains participants ressentaient le besoin, à tout le moins, d'une règle de ce type : il y avait un accord sur la première partie du paragraphe 3 concernant la compétence d'attribution. Mais il est apparu que certains au moins de ceux qui considèrent cette partie comme suffisante ont une compréhension plus large du concept de la compétence d'attribution. Un exemple fourni a été celui de la répartition de compétence entre les différentes juridictions d'un même État selon le montant de l'affaire. Si ceci est considéré comme une compétence d'attribution dans certains États, il n'en est pas de même dans d'autres. La compétence territoriale est un autre exemple donnant lieu à des doutes.

72 En outre, il a été mentionné que dans certains États, il existe des règles pour une meilleure administration de la justice au sein de l'État, permettant ou exigeant le renvoi d'affaires d'une juridiction à une autre, même lorsque la juridiction choisie et saisie peut être compétente *ratione materiae* et que toutes les autres conditions (compétence territoriale, etc.) sont remplies[32].

73 La doctrine du *forum non conveniens* pourrait également s'appliquer au sein d'un État à cet égard. S'il a semblé y avoir un accord à ce jour sur le fait qu'en présence d'une clause d'élection de for exclusive, la juridiction choisie ne devrait plus être autorisée à appliquer ce principe afin de renoncer à exercer sa compétence en faveur d'une juridiction *étrangère*, la question de savoir si elle devait pouvoir renoncer à exercer sa compétence en faveur d'une autre juridiction du *même* État contractant n'a jamais été débattue. Permettre un tel pouvoir discrétionnaire peut effectivement, à première vue, sembler en contradiction avec la liberté des parties résultant de l'article 2(1) de choisir « un tribunal particulier ». D'un autre côté, dans le passé, les négociations avaient toujours été fondées sur l'idée commune que la Convention ne traiterait que de la répartition internationale de compétence, et non *interne*[33].

74 Au cours de la discussion sur l'article 4(3), un participant a demandé ce qui se passerait si les parties avaient choisi « les juridictions de l'État X », et que l'État X n'avait pas de règle de compétence territoriale pour de telles affaires. La réponse apportée par le groupe a été que le demandeur exercerait un choix en engageant la procédure devant une juridiction particulière, et la question de savoir si celle-ci pouvait connaître de l'affaire serait alors décidée selon le droit interne de l'État. Si la procédure était engagée dans un quelconque autre État, il suffirait à la juridiction saisie de constater que les parties avaient convenu des juridictions d'un État différent, même si la juridiction particulière n'a pas encore été identifiée à ce stade. La juridiction saisie mais non choisie devrait renoncer à exercer sa compétence.

Article 5 – Primauté du tribunal désigné

75 Le titre de l'article 5 (Primauté) concerne la question suivante : L'article 5 indique l'obligation pour toute juridiction d'un État contractant autre que l'État de la juridiction choisie de surseoir à statuer ou de se dessaisir au profit de la juridiction choisie, si les parties ont désigné celle-ci dans un accord d'élection de for exclusif. Cette obligation est indépendante de la localisation de la juridiction choisie dans un État contractant ou non contractant. Elle ne s'applique cependant pas si la juridiction choisie et la juridiction saisie sont toutes deux situées dans le même État contractant. Lorsque par exemple les parties choisissent une juridiction à La Haye puis saisissent une juridiction d'Amsterdam, il n'appartient pas à la Convention de décider de ce que la juridiction doit faire. Cette question est interne à l'État concerné. Une analyse et un examen complémentaires de cette question politi-

[29] La reconnaissance et l'exécution de ce jugement dans un autre État contractant seraient également couvertes par la Convention, tout au moins en application de la formulation actuelle de l'art. 7(1). Voir les observations sur l'art. 7(1) ci-dessous.
[30] Lors de l'une des réunions antérieures, l'affaire suivante a été évoquée à titre d'exemple : deux personnes habituellement résidentes en Italie concluent un contrat concernant la vente d'une usine de production située en Argentine, et conviennent de déclarer compétentes les juridictions italiennes. Si la juridiction italienne est alors effectivement saisie sur le fondement de cet accord, elle ne sera pas soumise à une obligation *résultant de la Convention* de connaître de l'affaire.
[31] Voir Doc. prél. No 21 précité *supra* note 1, en annexe.
[32] Il en est ainsi notamment au sein des États fédéraux de *common law*. Les renvois entre les juridictions d'état et fédérales, entre juridictions fédérales ou entre juridictions d'états, de provinces ou territoires différents, sont possibles. Le Bureau Permanent prépare actuellement une note de recherche sur cette question.
[33] À titre d'exemple, on peut mentionner qu'il y a eu des tentatives de mentionner, à l'art. 10 du texte de 1999, le *lieu* de survenance du dommage, afin d'établir une compétence en matière délictuelle, et pas seulement *l'État* où le dommage est survenu. Ces tentatives ont cependant échoué.

Groupe de travail informel – troisième rapport

67 In the French text, however, the group discussed whether to deviate slightly from the New York Convention wording. It was felt that the word "*caduc*" did not have the same meaning as "null and void" but seemed to suggest that something had been there in the past. A better word would be "nul". However, by introducing this change, the group did not want to risk losing the benefit of having the case law concerning the interpretation of the words "null and void / *caduc*" in the New York Convention in French as a body of reference. Consequently, both words were kept in square brackets as alternatives. This question therefore requires further consideration.

Article 4(2)

68 According to paragraph 2, which is addressed to the court (exclusively) chosen and seised, the obligation to accept the case based on the choice of court clause does not exist where all parties are habitually resident in the State of the chosen court. This is considered to be an internal matter of the State concerned which would in all likelihood assume jurisdiction under its national law.[29] Even where the subject matter of the case has an international element or is purely foreign or international, Article 4(1) would thus not apply.[30] From the records of the meeting, it is not clear whether this result was intentional. It has to be admitted, however, that it was also produced by previous drafts such as Article 2(1) of the 2001 Interim Text and Article 2(1) of the text drafted at the second meeting of the group,[31] and never called into question. Nevertheless, the discussion rather seems to reflect that at least some participants assumed such a case to be covered by Article 4(1).

Article 4(3)

69 There was agreement that the parties could not, by a choice of court clause, impose a case on a court which lacks subject matter jurisdiction. This is stated in the first part of Article 4(3).

70 The last part of this provision stands in square brackets because some participants raised the concern that such a rule might render Article 4(1) devoid of its content. Courts might feel free to transfer cases to another court within the same Contracting State in a manner not foreseen by the parties. Moreover, a contradiction to the freedom of the parties to choose also "a specific court" which is mentioned in Article 2(1) *b)* was identified.

71 During the discussion, however, it became clearer why some participants felt the need for at least some rule of this kind: There was agreement on the first part of paragraph 3 relating to subject matter jurisdiction. But it appeared that at least some of those who consider this part to be sufficient have a wider understanding of the concept of subject matter jurisdiction. An example given was the allocation of jurisdiction to different courts within a State according to the value of the case. While this would be considered as subject matter jurisdiction in some States, it is not in others. Venue was another example where doubts arose.

72 Moreover, it was mentioned that in some States, there are rules for a more efficient administration of justice within a State which permit or require the transfer of cases from one court to another, even where the court chosen and seised may have subject matter jurisdiction, and all other requirements (venue etc) are fulfilled.[32]

73 The doctrine of *forum non conveniens* might also apply within a State in this respect. While there seemed to be agreement so far that in the presence of an exclusive choice of court clause, the chosen court should be no longer allowed to apply this doctrine in order to decline jurisdiction in favour of a *foreign* court, the question whether it should be permitted to decline jurisdiction in favour of another court in the *same* Contracting State has never been discussed. To admit such discretion may indeed at first sight seem to be a contradiction to the freedom of the parties, as stated in Article 2(1) (a) to choose "a specific court". On the other hand, in the past the negotiations had always been based on the common understanding that the Convention would only deal with the *international*, and not with the *internal* allocation of jurisdiction.[33]

74 During the discussions on Article 4(3), one participant asked what would happen if the parties had chosen "the courts of State X", and State X did not have a rule on venue for such cases. The answer given by the group was that the plaintiff would exercise a choice by filing suit with a specific court, and whether that particular court could hear the case would then be decided by the internal law of the State. If suit was filed in any other State, it would be sufficient for the court seised to note that the parties had agreed on the courts of a different State, even if the individual court was not yet identified at that time. The court seised but not chosen would have to decline jurisdiction.

Article 5 – Priority of the chosen court

75 The title of Article 5 (Priority) relates to the following: Article 5 states the obligation for any court in a Contracting State other than the State of the chosen court to defer to the chosen court, if the parties had designated the latter in an exclusive choice of court agreement. This obligation is independent of whether the chosen court is located in a Contracting or a non-Contracting State. However, it does not apply if both the court chosen and the court seised are located within the same Contracting State. Where, *e.g.*, parties choose a court at The Hague and then seise a court in Amsterdam, it would not be for the Convention to decide what the Amsterdam court should do. This would be an internal matter for the State concerned. More analysis and consideration of

[29] Recognition and enforcement of the resulting judgment in another Contracting State would again be covered by the Convention, at least under the present wording of Article 7(1). See comments on Article 7(1) below.
[30] In one of the previous meetings, the following case was given as an example: Two persons habitually resident in Italy enter into a contract concerning the sales of a production plant located in Argentina and agree that the Italian courts shall have jurisdiction. If the Italian court is then actually seised on the basis of that agreement, it will not be under a *convention* duty established by Article 4 to take the case.
[31] See Annex to Prel. Doc. No 21 (*supra* note 1).

[32] This is true in particular for federal States having a common law system. Transfers between state and federal courts, among federal courts, or among courts of different states, provinces or territories are possible. The Permanent Bureau is preparing a research paper on this topic.
[33] As an example, it may be mentioned that there had been attempts to refer, in Article 10 of the 1999 text, to the *place* where the injury arose, in order to establish tort jurisdiction, and not only to the *State* where the injury arose. These attempts failed, however.

Informal working group – third report

que pourront être nécessaires, notamment en rapport avec les questions soulevées à l'article 4(3) ci-dessus[34].

76 L'article 5, paragraphes *a*) à *c*) comporte trois exceptions à la règle sur l'obligation de surseoir à statuer ou de se dessaisir. La plus évidente figure au paragraphe *c*). Lorsque la juridiction choisie a d'abord été saisie, et a renoncé à exercer sa compétence, une obligation imposée à la juridiction saisie en second lieu par la présente Convention, du fait du respect de l'accord d'élection de for, reviendrait à un déni de justice.

77 Lorsque, par contre, la juridiction saisie mais non choisie juge l'accord d'élection de for [caduc / nul], inopérant ou non susceptible d'être appliqué, l'article 5 *a)* permet à celle-ci de continuer à connaître de l'affaire. Il a été jugé qu'aucune autre exception d'ordre public n'était nécessaire ici.

78 L'article 5 *b)* est de qualité différente : cette règle a été incluse afin de répondre aux préoccupations de certains participants qui ne souhaitent pas que les parties puissent retirer, par contrat, une affaire par ailleurs purement interne au ressort. Elle traduit la partie de la disposition sur le champ d'application territorial qui figurait à l'article 2 des textes de 1999 et 2001 ainsi qu'à l'article 2(1) du texte résultant de la deuxième réunion du groupe de travail[35], dans la mesure où elle définit le champ d'application à l'égard de la juridiction saisie mais non choisie. Lorsque cette juridiction[36] se trouve saisie d'une affaire purement interne, sous la seule réserve d'un accord d'élection de for choisissant un autre État, la juridiction saisie mais non choisie a le droit d'écarter la clause et de connaître de l'affaire.

79 Tout autre élément étranger rendra cependant l'article 5 *b)* inapplicable, par exemple, une clause de choix de loi outre la clause d'élection de for. Mais, lorsque selon le droit national interne, le choix d'une juridiction étrangère et le choix d'une loi étrangère sont tous deux interdits et lorsque tous les autres éléments de l'affaire sont liés à ce for, un avis exprimé a été qu'en pareil cas, la clause de choix de loi ne serait pas considérée comme un élément étranger supplémentaire parce qu'elle est nulle. Le for naturel saisi mais non choisi serait donc autorisé à écarter la clause d'élection de for.

80 La charge de la preuve pour les trois exceptions à l'obligation de se dessaisir ou de surseoir à statuer pèse sur la partie qui cherche à faire écarter la clause d'élection de for.

81 Dans le cas d'une clause d'élection de for non exclusive, la Convention ne crée aucune obligation pour une quelconque juridiction autre que celle choisie de renoncer à exercer sa compétence ou de surseoir à statuer au profit de la juridiction choisie. Il a cependant été proposé d'étendre aux affaires dites d'exclusivité multiple, sinon la règle de compétence de l'article 4 afin d'éviter la nécessité d'une règle sur les procédures parallèles, du moins l'obligation de surseoir à statuer ou de se dessaisir de l'article 5. Lorsque, par exemple, les parties ont convenu de ce que les juridictions de Tokyo ou de Londres auront une compétence exclusive, et qu'une partie engage ensuite une procédure à Paris, il a été proposé que la juridiction de Paris soit également tenue de surseoir à statuer ou de se dessaisir. Si cet avis a été jugé pertinent, il n'a pas été possible de trouver une formulation appropriée lors de cette réunion en raison d'un manque de temps.

Article 6 – Mesures provisoires et conservatoires

82 Le groupe a noté qu'en 1999 et 2001, il avait été très difficile de parvenir à un consensus sur les mesures provisoires et conservatoires, notamment à l'égard de leur reconnaissance et leur exécution transfrontalières en vertu de la Convention. S'il s'agissait effectivement d'une tentative réelle de parvenir à cet effet, notamment pour les mesures rendues par la juridiction compétente, en application d'une Convention comportant un grand nombre de règles de compétence, cela a été jugé bien moins important dans le cadre d'une Convention concernant uniquement les clauses d'élection de for. Les articles 2(1) *c*) et 7 indiquent donc qu'un jugement susceptible de reconnaissance et d'exécution en vertu de la Convention doit être un jugement sur le fond, et non une mesure provisoire et conservatoire.

83 Si la présente Convention ne prévoit pas la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires (même si elles sont ordonnées par la juridiction choisie par les parties), le groupe a voulu indiquer qu'il ne souhaitait pas voir les règles de compétence interprétées de telle sorte que seule la juridiction choisie aurait le droit d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires. L'article 6 prévoit donc que la Convention ne comporte aucune interdiction de cette sorte. Les parties restent libres de saisir des juridictions autres que celle choisie pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires que toute juridiction peut accorder, à condition qu'elle soit compétente selon son droit national. Ceci a été précisé afin d'éviter les interprétations divergentes telles qu'elles résultent effectivement de la Convention de New York, des juridictions refusant parfois d'accorder des mesures provisoires et conservatoires car l'affaire sur le fond est renvoyée à l'arbitrage par accord.

84 Le groupe a alors discuté de la question de savoir si les termes « sauf accord contraire explicite des parties » devraient être ajoutés. Certains ont été d'avis que, lorsque l'accord entre les parties lui-même indique que l'élection de for exclusive doit également s'appliquer aux mesures provisoires et conservatoires, cette décision doit être respectée – et protégée par la Convention. D'autres ont jugé plus sage, à la lumière des discussions antérieures sur les mesures provisoires et conservatoires et de la nature sensible de la question, que la Convention ne règle pas cette question. Au cours des débats, il a été souligné cependant que lorsqu'un accord d'élection de for couvre les mesures provisoires et conservatoires et que l'une des parties saisit une autre juridiction, c'est une rupture du contrat. Les conséquences d'une telle rupture ne devraient pas être régies par la Convention mais par le droit national. Il a donc été décidé de ne pas ajouter les termes mentionnés ci-dessus.

85 En outre, le groupe a modifié la formulation anglaise en ajoutant les mots « *on an interim basis* » à « *provisional and protective measures* » parce que la consultation réalisée sur les projets antérieurs comportant l'expression « *provisional and protective measures* » avait démontré qu'elle n'était pas universellement comprise en dehors des pays, soit ayant un système de droit civil, soit liés par les Conventions de Bruxelles ou Lugano ou le Règlement de Bruxelles[37]. Dans les autres pays, ces mesures sont fréquemment dites « *interim relief* »[38]. La combinaison des deux expressions a été utilisée pour préciser que la mesure doit être provisoire et ne pas re-

[34] Il peut paraître étonnant que l'art. 5 impose de surseoir à statuer ou de se dessaisir au profit d'une juridiction choisie dans un État non contractant alors qu'elle n'impose pas de surseoir à statuer ou de se dessaisir au profit d'une juridiction dans le même État contractant que la juridiction saisie. En outre, toute décision politique dans ce domaine (à l'égard de l'autonomie de la partie de ne pas tenir compte d'une clause d'élection de for tout en engageant des poursuites dans le même État contractant) devra être alignée sur la décision politique prise en ce qui concerne l'art. 4(3) (à l'égard de la possibilité pour un État de ne pas tenir compte de la clause d'élection de for en renvoyant l'affaire à une autre juridiction au sein du même État contractant en vue d'une bonne administration de la justice).

[35] Voir Doc. prél. No 21 précité *supra* note 1, en annexe.

[36] Il est à noter que le privilège résultant de l'art. 5 *b)* n'est accordé qu'à la juridiction de l'État qui se considère comme for naturel car l'affaire est interne selon cet État. Aucun autre État ne peut écarter une clause d'élection de for sur le fondement de l'art. 5 *b)*.

[37] *Supra*, note 11.

[38] L'art. 17 de la *Loi type de la CNUDCI de 1985 sur l'arbitrage commercial international*, par ex., parle de « interim measures of protection / mesures provisoires ou conservatoires ».

this policy issue may be necessary, in particular in connection with the issues raised in Article 4(3) above.[34]

76 Article 5 *a)-c)* contain three exceptions to the rule on deference. The most obvious one is contained in *c)*. Where the chosen court had actually been seised before, and had declined jurisdiction, an obligation imposed on the court second seised by this Convention because of the respect for the choice of court agreement would amount to a denial of justice.

77 Where, on the other hand, the court seised but not chosen finds the choice of court agreement to be null and void, inoperative or incapable of being performed, Article 5(a) allows the court seised to continue hearing the case. It was felt that no additional public policy exception was required here.

78 Article 5 *b)* is of a different quality: This rule was included in order to meet the concerns of some participants who do not want parties to contract an otherwise purely domestic case out of the jurisdiction. It reflects the part of the provision on territorial scope which was contained in Article 2 of the 1999 and 2001 texts as well as in Article 2(1) of the text resulting from the second meeting of the working group,[35] as far as it defines the scope with regard to the court seised but not chosen. Where this court[36] finds itself seised with a case that is purely domestic, with the sole exception of the choice of court agreement pointing to another State, the court seised but not chosen is entitled to disregard the clause and hear the case.

79 Any additional foreign element, however, will make Article 5 *b)* inapplicable, *e.g.*, a choice of law clause in addition to the choice of court clause. But where, under national law, both the choice of a foreign court and the choice of a foreign law are prohibited where all other elements of the case are connected with that forum, the opinion was stated that in this case, the choice of law clause would not count as an additional foreign element because it was invalid. The natural forum seised but not chosen would therefore be allowed to disregard the choice of court clause.

80 The burden of proof for all three exceptions to the obligation to defer is on the party who tries to have the choice of court clause set aside.

81 In the case of a non-exclusive choice of court clause, there is no obligation under the Convention for any court other than the chosen court to decline jurisdiction and defer to the chosen court. However, it was suggested to extend, if not the jurisdiction rule in Article 4 in order to avoid the need for a rule on parallel proceedings, at least the obligation to defer in Article 5 to cases of so-called multiple exclusivity. Where, *e.g.*, the parties have agreed that the courts of Tokyo or London shall have exclusive jurisdiction, and then one party files suit in Paris, it was suggested that the Paris court should also be obliged to defer. While the point was well received, it was not possible to find appropriate language at this meeting due to a lack of time.

Article 6 – Interim measures of protection

82 The group noted that in 1999 and 2001, it had proved very difficult to achieve consensus on interim measures of protection, in particular with regard to their transfrontier recognition and enforcement under the Convention. While it had been a valid attempt to achieve the latter, in particular for measures rendered by the court having jurisdiction under a Convention containing a large number of jurisdiction rules, it was considered to be far less important under a Convention on choice of court clauses only. Therefore, Articles 2(1) *c)* and 7 make clear that a judgment entitled to recognition and enforcement under the Convention has to be a judgment on the merits, not an interim measure.

83 While this Convention does not provide for recognition and enforcement of interim measures (even where they were ordered by the court chosen by the parties), the group wished to make clear that it did not want the jurisdiction rules to be interpreted in such a way that only the chosen court was entitled to issue interim measures of protection. Therefore Article 6 states that the Convention does not contain any such prohibition. Parties remain free to seise other courts than the chosen court for interim relief which any court may grant, provided that it has jurisdiction under its national law. This was made explicit in order to avoid divergent interpretations, as they do exist under the New York Convention where courts sometimes refuse to grant interim measures because the case on the merits is referred to arbitration by agreement.

84 The group then discussed whether the words "unless explicitly agreed otherwise by the parties" should be added. Some felt that, where the agreement between the parties itself stated that the exclusive choice of court should also apply to interim measures of protection, such decision should be respected – and protected by the Convention. Others considered it wiser, in the light of previous discussions on interim relief and the sensitivity of the issue, for the Convention not to regulate the question. During the discussions, however, it was stressed that where a choice of court agreement includes interim relief and one party seises another court, this is a breach of contract. The consequences of such a breach should not be governed by the Convention but by national law. Therefore, it was decided not to add the words mentioned above.

85 In addition, the group changed the English wording from "provisional and protective measures" by adding the words "on an interim basis" because consultation carried out on previous drafts containing the expression "provisional and protective measures" had demonstrated that this term was not universally understood outside countries which either had a civil law system or were bound by the Conventions of Brussels or Lugano or the Brussels Regulation.[37] In other countries these measures were often referred to as "interim relief".[38] The combination of the two was used in order to make clear that the measure has to be temporary and may not amount to a

[34] It may seem surprising that Article 5 requires deference to a chosen court located in a non-Contracting State while it does not oblige to defer to a court located in the same Contracting State as the court seised. Moreover, any policy choice made here (with regard to the party's autonomy to disregard a choice of court clause while suing within the same Contracting State) will have to be brought in line with the policy choice made under Article 4(3) (with regard to a State's possibility to disregard the choice of court clause by transferring the case to another court within the same Contracting State for the purposes of an efficient administration of justice).

[35] See the Annex to Prel. Doc. No 21 (*supra* note 1).

[36] It has to be noted that the privilege under Article 5 *b)* is only given to the court of the State that considers itself to be the natural forum because of the case being a domestic one for this State. No other State may disregard a choice of court clause based on Article 5 *b)*.

[37] *Supra* note 11.

[38] Article 17 of the *1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, *e.g.*, speaks of "interim measures of protection / mesures provisoires ou conservatoires".

présenter une mesure au fond, comme cela pourra être le cas d'un paiement au créancier ordonné par provision.

86 En français, cet ajout n'était pas nécessaire parce que « provisoires et conservatoires » est une terminologie qui sera comprise dans les États concernés comme ayant ce sens.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 7 – Reconnaissance et exécution

Article 7(1)

87 Il a été convenu d'utiliser l'expression « reconnu ou déclaré exécutoire, selon le cas » dans le chapeau de l'article 7(1) afin de faciliter la rédaction ultérieure. Cela signifie que les dispositions de cet article seront applicables, dans la mesure où leur teneur se prête à cette application, aux demandes de reconnaissance, ou d'exécution, ou des deux, d'un jugement étranger. La règle est qu'un jugement sur le fond rendu par la juridiction choisie, sur le fondement d'une clause d'élection de for exclusive ou non exclusive, est « reconnu ou déclaré exécutoire » en application de la Convention. La rédaction de l'article 7(1) fait qu'il recouvre également les jugements rendus par les juridictions d'un autre État contractant lorsque toutes les parties sont habituellement résidentes de cet autre État contractant et ont choisi une juridiction de cet État. Dans ce cas, la juridiction ayant rendu le jugement n'a pas appliqué la Convention au stade de la compétence du fait de l'article 4(2). La reconnaissance et l'exécution, cependant, relèveraient de la Convention. Ceci n'a pas été débattu de manière approfondie et pourrait nécessiter une considération supplémentaire.

88 La deuxième phrase de l'article 7(1) comporte une liste exhaustive[39] des motifs de refus lorsqu'un jugement est fondé sur une clause d'élection de for exclusive. Pour les jugements fondés sur une clause non exclusive, l'article 7(2) ajoute deux autres motifs de refus (voir ci-dessous).

89 Si le groupe a partagé l'opinion selon laquelle aucun autre motif de refus de reconnaissance ou d'exécution résultant du droit national ne peut être appliqué à un jugement rendu par la juridiction choisie hormis les motifs énumérés à l'article 7, il a été moins clair, au cours des débats, que la juridiction requise serait *tenue* de refuser la reconnaissance ou l'exécution si l'un des motifs de l'article 7 était rempli. Certains étaient d'avis que tous les motifs devaient être obligatoires, alors que d'autres les considéraient comme discrétionnaires et faisaient référence à la phrase introductive « peuvent être refusées », d'autres encore souhaitaient que seuls certains motifs soient rendus obligatoires (par exemple, l'ordre public et la fraude) alors que d'autres motifs devraient rester discrétionnaires. Il a été jugé que cette question pourrait être, dans une certaine mesure, purement théorique car, si un accord d'élection de for n'est pas conforme à tous égards aux exigences de la Convention, la juridiction requise refusera probablement la reconnaissance en vertu de la Convention. Par contre, on a fait remarquer que même en pareil cas, le droit national pourrait être plus généreux quant à la reconnaissance et l'exécution et continuerait de s'appliquer.

90 Dans ce contexte, il convient de mentionner qu'à l'égard de l'article 28(1) des textes de 1999 et 2001, le rapport Nygh / Pocar indique explicitement que les motifs – qui sont également introduits par « peuvent » – ne sont pas obligatoires.

[39] Afin d'expliciter que la liste est exhaustive et qu'aucun autre motif que pourrait prévoir le droit national ne peut être invoqué, la formulation initialement proposée lors de la réunion : « sera reconnue et recevra exécution à moins que... » a été remplacée par « La reconnaissance ou l'exécution peuvent être refusées aux seuls motifs que... ».

Article 7(1) a)

91 À l'article 7(1) *a*), il a été décidé de reprendre la référence à l'exigence de validité matérielle figurant aux articles 4(1) et 5(1) *a*), tirée de la Convention de New York (« caduc / nul »). L'article 7(1) *a*) figurant au chapitre sur la reconnaissance et l'exécution, les termes « inopérant ou non susceptible d'être appliqué » n'ont cependant pas été répétés ici – là encore, en parallèle avec la Convention de New York. Ils concernent des clauses pouvant être valables juridiquement mais ne pouvant recevoir application pour des motifs de fait, par exemple, catastrophe naturelle dans l'État désigné ou guerre. Au stade de la reconnaissance et en présence d'un jugement rendu par la juridiction choisie, il est cependant évident que la clause a prouvé qu'elle était opérante et susceptible de recevoir application.

92 Certaines craintes ont été exprimées selon lesquelles cette disposition inciterait la juridiction requise à examiner de manière trop détaillée la validité de la clause. Notamment parce que la Convention ne comporte aucune règle sur le droit applicable à la validité matérielle de l'accord d'élection de for au stade de la compétence, la juridiction d'origine appliquerait probablement ses propres règles de droit international privé afin de statuer sur la validité. Certains participants ont donc exprimé un vif souhait d'inclure une formulation sur le modèle de l'article V(1)(a) de la Convention de New York[40] afin d'éviter une norme double. Selon cette opinion, la juridiction saisie de la reconnaissance ou de l'exécution ne devrait pas utiliser son propre droit. D'autres étaient en désaccord à cet égard, et l'ajout n'a donc pas été effectué pour le moment. La disposition, sous sa forme actuelle, traduit le compromis entre l'absence de toute règle et une règle de conflit de lois telle qu'elle figure à l'article 5, sous l'alternative 3 du Document préliminaire No 21[41]. Le souhait que la jurisprudence développée dans le cadre de la Convention de New York conduise néanmoins à une certaine harmonisation a été exprimé.

Article 7(1) b)

93 Comme pour les textes préparés en 1999 et 2001, il a été jugé préférable de ne pas utiliser l'expression « régulièrement notifié » car cette approche semblait trop formaliste. La question de fait que le défendeur a reçu le document et pu organiser sa défense a été jugée suffisante. La pratique, notamment en vertu de l'article 27(2) des Conventions de Bruxelles et Lugano, qui utilisent le concept de « régulièrement notifié », a montré que ceci entraînait souvent un refus de reconnaissance ou d'exécution à cause d'erreurs formelles même minimes commises dans le cadre de la notification.

94 En outre, les termes « contenant les éléments essentiels de la demande » ont été ajoutés, à l'instar de l'article 28(1) *d*) des textes de 1999 et 2001, afin de s'assurer que le défendeur a eu la possibilité d'en avoir connaissance[42].

95 Comme dans les versions de 1999 et 2001, la disposition s'applique à tous les jugements, y compris les jugements par

[40] Article V
1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve :
a) que les parties à la convention visée à l'art. II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; ou [...].

[41] *Supra*, note 1.

[42] Dans ce contexte, un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme a été mentionné, dans le cadre duquel la Cour a constaté une violation de l'art. 6 de la CEDH parce que les documents engageant la procédure n'avaient comporté aucune référence à son objet (*Pellegrini* c. *Italie*, Cour européenne des droits de l'homme, 20 juillet 2001, requête 30882 / 96 ; disponible à l'adresse <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>).

relief on the merits, as may be the case with interim payment ordered to the creditor.

86 In French, this addition was not required because "provisoires et conservatoires" is terminology which will be understood in the States concerned as having the said meaning.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 7 – Recognition and enforcement

Article 7(1)

87 It was agreed to use the expression "recognised or enforced, as the case may be" in the chapeau of Article 7(1) in order to simplify further drafting. This means that the provisions of this Article shall apply, as far as their content lends itself to such application, to requests for recognition, or for enforcement, or both, of a foreign judgment. The rule is that a judgment on the merits rendered by the chosen court, be it on the basis of an exclusive or non-exclusive choice of court clause, is recognised or enforced under the Convention. The way Article 7(1) is drafted provides that it also covers judgments rendered by a court of another Contracting State where all the parties were habitually resident in that other Contracting State and had chosen a court of that State. In that case, the court that rendered the judgment did not apply the Convention at the jurisdiction stage because of Article 4(2). Recognition and enforcement, however, would be covered by the Convention. This was not discussed extensively and may require further consideration.

88 Article 7(1), second sentence, contains an exhaustive[39] list of grounds for refusal in case the judgment was based on an exclusive choice of court clause. For judgments based on a non-exclusive clause, Article 7(2) adds two more grounds for refusal (see below).

89 While the group shared the view that no further grounds for refusal of recognition or enforcement existing under national law could be applied to a judgment rendered by the chosen court beyond the grounds listed in Article 7, it was less clear during the discussions whether the court addressed would be *obliged* to refuse recognition or enforcement if one of the grounds of Article 7 was fulfilled. Some felt that all grounds should be mandatory, others saw them as discretionary and referred to the introductory phrase "may be refused", and yet another group wished to make only some grounds mandatory (*e.g.*, public policy and fraud) while other grounds should remain discretionary. It was felt that this might to some extent be a mere theoretical problem because, where a choice of court agreement did not in all respects comply with the Convention requirements, the court addressed would probably refuse recognition under the Convention. On the other hand, it was pointed out that even in such a case, national law might be more generous as to recognition and enforcement and would continue to apply.

90 In this context, it has to be mentioned that with regard to Article 28(1) of the 1999 and 2001 texts, the Nygh-Pocar Report states explicitly that the grounds – which are equally introduced by "may" – are not mandatory.

[39] In order to make clear that the list is exhaustive and no further grounds which might be contained in national law may be invoked, the wording initially suggested during the meeting "shall be recognised or enforced unless ..." was replaced by "Recognition or enforcement may be refused only if ...".

Article 7(1) a)

91 In Article 7(1) *a)*, it was decided to repeat the reference to the requirement of substantive validity as contained in Articles 4(1) and 5(1) *a)* which was taken from the New York Convention ("null and void"). Since Article 7(1) *a)* is located in the Chapter on recognition and enforcement, however, the words "inoperable or incapable of being performed" were not repeated here – again in parallel with the New York Convention. They relate to clauses that may be legally valid but cannot be put into effect for factual circumstances, *e.g,.* a natural disaster in the State designated, or a war. At the recognition stage and in the presence of a judgment rendered by the chosen court, however, it is obvious that the clause had proven to be operable and capable of being performed.

92 Some fears were expressed that this provision would incite the court addressed to review the validity of the clause in too much detail. In particular because the Convention does not contain any rules on the law applicable to the substantive validity of the choice of court agreement at the jurisdiction stage, the court of origin would probably apply its own conflict of laws rules in order to determine the validity. Some participants therefore expressed the strong desire to include language along the lines of Article V(1)(a) of the New York Convention[40] in order to avoid a double standard. Under this view, the recognising or enforcing court should not use its own law. Others disagreed with this, and therefore the addition was not included for the time being. The provision as it now stands reflects the middle ground for compromise between no rule at all and a conflict of laws rule as stated in Alternative 3 for Article 5 in Preliminary Document No 21.[41] The hope was expressed that the case law developed under the New York Convention would nevertheless lead to a certain harmonisation.

Article 7(1) b)

93 As in the texts drawn up in 1999 and 2001, it was considered preferable not to use the expression "duly served" because this seemed too formalistic an approach. The factual aspect that the defendant had received the document and had been able to arrange for his defence was considered sufficient. Practice in particular under Article 27 No 2 of the Conventions of Brussels and Lugano, which uses the concept of "duly served", has shown that this often led to the refusal of recognition or enforcement because of even minor formal mistakes that had been committed during service.

94 Moreover, the words "including the essential elements of the claim" were added, as they had been in Article 28(1) *d)* of the 1999 and 2001 texts in order to ensure that the defendant had the opportunity to become aware of them.[42]

95 As in the 1999 and 2001 versions, the provision applies to all judgments, including default judgments. A distinction

[40] Article V
1 Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:
(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or ....

[41] *Supra* note 1.

[42] In this context, a recent decision by the European Court of Human Rights was mentioned where the court had found a violation of Article 6 ECHR because the documents instituting the proceedings had not contained any reference to the subject matter of the proceedings (*Pellegrini v. Italy*, EurCtHR, 20 July 2001, Application No 30882 / 96; available at <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>).

défaut. Une distinction subsiste en vertu de l'article 8(1) *b*) : si le jugement a été rendu par défaut, la partie recherchant la reconnaissance ou l'exécution supporte la charge de la preuve que l'acte introductif d'instance a été notifié à l'autre partie. Dans le cas contraire, la charge de la preuve que l'une des conditions de l'alinéa *d*), ou les deux, n'ont pas été remplies, est supportée par la partie s'opposant à la reconnaissance ou à l'exécution.

Article 7(1) c), d) *et* e)

96 La question a été soulevée de savoir si la règle sur la fraude en rapport avec une question de procédure de l'article 7(1) *c*) et la règle sur les procédures incompatibles avec les principes fondamentaux de procédure de l'État requis (art. 7(1) *d*)) étaient toutes deux nécessaires. Certains participants ont jugé que la fraude relative à la procédure était une sous-catégorie, soit de la règle de l'article 7(1) *d*), soit de la clause générale d'ordre public de l'article 7(1) *e*). Les participants d'États parties à la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (CEDH) du 4 novembre 1950 ont souligné que pour eux, l'article 7(1) *e*) matérialisait les exigences fixées par l'article 6 de la CEDH[43] et comprendrait donc à la fois la disposition sur la fraude et la règle sur les principes fondamentaux de procédure. Comme il n'en serait pas nécessairement de même dans tous les systèmes de droit, certains États pouvant avoir un concept d'ordre public plus limité que d'autres, il a cependant été décidé d'inclure l'article 7(1) *c*), *d*) et *e*) pour le moment. Dans ce contexte, il a également été mentionné que l'exigence de notification de l'alinéa *b*) ne concerne que le début de la procédure et pas les étapes ultérieures. Une règle supplémentaire traitant des erreurs commises aux étapes ultérieures pourrait donc être nécessaire. Néanmoins, l'alinéa *d*) a été placé entre crochets afin de matérialiser les interrogations soulevées.

97 Le groupe a décidé de ne pas ajouter un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution pour les affaires dans lesquelles le jugement a déjà été exécuté. Cette question a été considérée comme relevant du droit interne de l'exécution.

Article 7(2)

98 L'article 7(2) énumère d'autres motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution, concernant uniquement les jugements fondés sur une clause d'élection de for non exclusive. Si le chapitre sur la compétence est limité aux clauses exclusives afin d'éviter une règle sur les procédures parallèles, les problèmes soulevés par l'inclusion des jugements fondés sur une clause d'élection de for non exclusive semblent moins difficiles à résoudre. L'article 7(2) *a)* prévoit donc que la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par une juridiction désignée par une clause non exclusive pourra être refusée si une procédure antérieure est pendante soit dans l'État requis soit dans un autre État, à condition dans ce dernier cas qu'elle soit susceptible de donner lieu à un jugement pouvant être reconnu ou exécuté dans l'État requis. L'article 7(2) *b*) traite de la situation où un tel jugement a déjà été rendu. La raison pour faire prévaloir ces derniers jugement ou procédure sur le jugement rendu par la juridiction choisie est que le choix n'était pas exclusif, et que la saisine d'une juridiction différente était donc autorisée à la fois par la clause et par la Convention. Lorsque les parties font effectivement usage de la liberté convenue entre elles en saisissant des juridictions différentes, il n'appartient plus à la Convention de s'y immiscer en privilégiant le jugement rendu par la juridiction choisie. Lorsque, cependant, les parties ont d'abord conclu un accord d'élection de for non exclusif puis plaidé devant la juridiction choisie sans qu'une autre juridiction ait été impliquée, il n'y a pas de raison qu'un tel jugement ne bénéficie pas des règles de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution au même titre que si la clause avait été exclusive. Le comportement des parties au regard de la clause dans la situation décrite revient à « élever » la clause non exclusive au rang de clause exclusive au stade de la reconnaissance et de l'exécution.

Article 7(3)

99 Le groupe n'a pas jugé utile de rouvrir la discussion de ce paragraphe (ancien art. 28(2) du Projet de 1999 et du Texte provisoire de 2001), cette disposition étant nécessaire et ne suscitant pas de controverse.

Article 7(4) et (5)

100 Le groupe a longuement débattu pour savoir si l'article 7 devait comporter une exigence selon laquelle le jugement présenté en vue de la reconnaissance ou de l'exécution devrait être « définitif », avoir l'autorité de la chose jugée ou être exécutoire dans le pays d'origine.

101 Si dans le Projet de 1999, pour être reconnu en vertu de la Convention, un jugement devait avoir l'autorité de la chose jugée dans le pays d'origine, il a été noté en 2001 que les termes techniques tels que « *res judicata* » ou « *autorité de la chose jugée* » peuvent ne pas avoir un sens uniforme dans tous les systèmes de droit. Le groupe a donc préféré éviter de tels termes en ne précisant aucune autre exigence dans la définition figurant à l'article 2(1) *c*) et, à titre de première étape, en ouvrant la disposition sur la reconnaissance et l'exécution de l'article 7 à tous les jugements. Cependant, afin de protéger le défendeur et de parvenir aux objectifs visés par les différentes propositions de rédaction présentées en 2001 pour l'article 25, paragraphes 2 à 4, les protections suivantes ont été ajoutées :

102 L'article 7(4) traite des questions de caractère définitif et d'autorité de la chose jugée aux fins de reconnaissance et d'exécution, sans utiliser aucun de ces termes. Il précise qu'un jugement ne peut pas avoir, dans l'État requis, un effet plus étendu qu'il n'en a dans l'État d'origine. Ainsi, lorsque, dans l'État d'origine, un jugement qui reste soumis à un recours ne crée pas encore d'effets obligatoires (même temporairement) entre les parties, ces effets ne peuvent pas non plus en résulter dans l'État requis.

103 Cependant, lorsqu'un jugement encore soumis à un recours peut recevoir exécution dans l'État d'origine, il sera en principe exécutoire dans l'État requis en vertu de l'article 7(4). À ce stade, l'article 7(5) introduit une nouvelle protection pour le débiteur du jugement. Lorsque le jugement reste soumis à un recours dans l'État d'origine ou que le délai d'exercice d'un recours ordinaire n'a pas encore expiré, la procédure de reconnaissance ou d'exécution dans l'État requis peut être différée ou rejetée sans préjudice.

104 Les termes « différée ou rejetée sans préjudice » ont été utilisés à la lumière des différences existant entre les procédures nationales. Dans certains pays, le refus de reconnaître ou

[43] La disposition pertinente de l'art. 6 de la CEDH est la suivante : « (1) Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi qui décidera [...] des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ».
À cet égard, il a été fait référence à l'affaire *Krombach* c. *Bamberski*, traitée à la fois par la Cour de Justice des Communautés européennes (C-7 / 98, 28 mars 2000, JO 2000, I-1935) disponible à l'adresse <http://www.curia.eu.int>, et par la Cour européenne des droits de l'homme, *Krombach* c. *France*, 13 février 2001, requête No 29731 / 96, disponible à l'adresse <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>).

remains by virtue of Article 8(1) *b)*: if the judgment was rendered by default, the party seeking to have it recognised or enforced carries the burden of proving that the document instituting proceedings was notified to the other party. Otherwise, the burden of establishing that either or both of the conditions of sub-paragraph d were not fulfilled rests with the party opposing recognition or enforcement.

Article 7(1) c), d) *and* e)

96 The question was raised whether both the rule on fraud in connection with a matter of procedure in Article 7(1) *c)* and the rule on proceedings incompatible with fundamental principles of procedure in the State addressed (Article 7(1) (d)) were required. Some participants thought that fraud in connection with a matter of procedure was a sub-category of either the rule in Article 7(1) *d)* or of the general public policy clause in Article 7(1) *e)*. Participants from States Parties to the *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* (ECHR) of 4 November 1950 stressed that for them, Article 7(1) *e)* embodied the requirements established by Article 6 ECHR[43] and would therefore also include both the fraud provision and the rule on fundamental principles of procedure. Because this might not be the case in all legal systems, and some States might have a narrower concept of public policy than others, however, it was decided to include Article 7(1) *c), d)* and *e)* for the time being. In this context, it was also mentioned that the notification requirement in *b)* only applies to the beginning of the proceedings and not to later steps. Therefore, an additional rule dealing with errors committed at the later stages might be necessary. Nevertheless, *d)* was placed in square brackets in order to express the doubts raised.

97 The group decided not to add a ground for refusal of recognition or enforcement for those cases where the judgment has already been satisfied. This was considered to be a matter for national enforcement law.

Article 7(2)

98 Article 7(2) lists further grounds for refusal of recognition or enforcement which relate only to judgments based on a non-exclusive choice of court agreement. While the Chapter on jurisdiction is limited to exclusive clauses in order to avoid the need for a rule on parallel proceedings, the problems raised by the inclusion of judgments based on a non-exclusive choice of court clause seem to be less difficult to resolve. Article 7(2) *a)* therefore provides that recognition or enforcement of a judgment rendered by a court designated in a non-exclusive clause may be refused if either prior proceedings are pending in the State addressed or in another State, provided that in the latter case they are likely to lead to a judgment capable of being recognised or enforced in the State addressed. Article 7(2) *b)* deals with the situation where such a judgment has already been rendered. The justification for the latter proceedings or judgment to prevail over the judgment given by the chosen court is that the choice was not exclusive, and that therefore the seizure of a different court was permitted by both the clause and the Convention. Where the parties in fact use the freedom agreed upon between them by seizing different courts, it is not for the Convention any more to interfere with this by privileging the judgment rendered by the chosen court. Where, however, the parties have first entered into a non-exclusive choice of court agreement and then litigated before the chosen court without any other court having been involved, there was no reason why such a judgment should not benefit from the Convention rules on recognition and enforcement in the same way as if the clause had been exclusive. The behaviour of the parties under the clause in the case described amounts to "promoting" the non-exclusive clause to an exclusive one at the recognition and enforcement stage.

Article 7(3)

99 The group did not feel any need to reopen the discussion on this paragraph (previously Article 28(2) of the 1999 Draft and of the 2001 Interim Text), a necessary and uncontroversial provision.

Article 7(4) and (5)

100 The group discussed at length whether Article 7 should contain a requirement for the judgment submitted for recognition or enforcement to be "final", to have the effect of *res judicata* or to be enforceable in the country of origin.

101 While in the 1999 Draft, in order to be recognised under the Convention, a judgment had to have the effect of *res judicata* in the State of origin, it was noted in 2001 that technical terms such as "*res judicata*" or "*autorité de la chose jugée*" might not have a uniform meaning in all legal systems. Therefore the group preferred to avoid such terms by not specifying any further requirement in the definition contained in Article 2(1) *c)* and, as a first step, opening the provision on recognition and enforcement in Article 7 to all judgments. However, in order to protect the defendant and to achieve the results aimed at by the various different drafting proposals submitted in 2001 for Article 25(2)-(4), the following safeguards were added.

102 Article 7(4) addresses the issue of finality and *res judicata* for the purposes of both recognition and enforcement without using any of these terms. It clarifies that a judgment cannot have any greater effect in the State addressed than it has in the State of origin. Thus, where in the State of origin a judgment which is still subject to review does not yet create any (albeit temporarily) binding effects on the parties, such effects cannot derive from it in the State addressed either.

103 Where, however, a judgment which is still subject to review is enforceable in the State of origin, it would in principle be enforceable in the State addressed under Article 7(4). At this stage, Article 7(5) introduces further protection for the judgment debtor. Where the judgment is still subject to review in the State of origin, or the time limit for seeking ordinary review has not yet expired, proceedings for recognition or enforcement in the State addressed may be suspended or dismissed without prejudice.

104 The words "suspended or dismissed without prejudice" were used in the light of existing differences in national procedure. In some countries, a refusal to recognise or enforce

[43] The relevant part of Article 6 ECHR reads as follows: (1) In the determination of his civil rights and obligations (...), everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.
In this respect, reference was made to the case of *Krombach v. Bamberski* which was dealt with both by the European Court of Justice of the European Communities (Case C-7 / 98, 28 March 2000, *O.J.* 2000, I-1935, available at <http://www.curia.eu.int>) and by the European Court of Human Rights established under the ECHR within the framework of the Council of Europe (*Krombach v. France*, EurCtHR, 13 February 2001, Application No 29731 / 96, available at <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>).

d'exécuter un jugement étranger fondé uniquement sur le fait que le jugement reste soumis à un recours ou que le délai de recours ordinaire n'a pas encore expiré dans l'État d'origine, serait rendu sous forme de jugement. Dans ces pays, un tel jugement n'interdirait cependant pas au requérant de renouveler sa demande une fois l'obstacle supprimé (= rejet sans préjudice). Dans d'autres pays, la demande initiale est simplement suspendue jusqu'à la suppression de l'obstacle. Les termes choisis assureront donc qu'un requérant dont la demande tendant à la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est rejetée au seul motif que le jugement présenté reste soumis à un recours, ou que le délai pour exercer un recours ordinaire n'a pas encore expiré dans le pays d'origine, ne peut se voir interdire de présenter une nouvelle demande de reconnaissance ou d'exécution ultérieurement, même si la procédure nationale prévoit qu'il doit être débouté de la première demande par voie de jugement ou d'ordonnance.

105 Lorsque le jugement fait effectivement l'objet d'un recours dans l'État d'origine, cela suffit à déclencher l'application de l'article 7(5). Si, toutefois, aucun appel n'a été exercé, toutefois, l'article 7(5) exige que le délai pour exercer un recours ordinaire n'ait pas encore expiré. Le terme « ordinaire » a été ajouté ici parce que dans certains systèmes de droit, certaines formes de recours (extraordinaires) peuvent toujours être exercées, sans limite de délai. Ces formes illimitées de recours éventuel ne déclencheraient pas l'application de l'article 7(5)

Article 8 – Pièces à produire

106 L'article 29 du Texte provisoire de 2001, qui définit les pièces devant être produites par un requérant demandant la reconnaissance ou l'exécution, a servi de point de départ aux discussions du groupe.

Article 8(1) a)

107 À l'égard de l'article 8(1) *a*), qui exige que le demandeur produise « une copie complète et certifiée conforme du jugement », une discussion est survenue quant à savoir si « le jugement » signifie uniquement le « dispositif (*order*) » au sens de certains pays de *common law*, ou s'il vise l'intégralité de la décision y compris les faits (s'ils sont exposés) et le raisonnement juridique, ainsi qu'on le comprendrait dans les pays de droit civil. Ceci n'avait jamais été discuté en détails, et ni le Rapport Nygh / Pocar sur le Projet de 1999, ni les notes au Texte provisoire de 2001 ne comportent d'observations sur cette question.

Article 8(1) b)

108 Le Rapport Nygh / Pocar indique sur la disposition identique de l'article 29(1) *b*) du Projet de 1999 :

« b) *La deuxième pièce indiquée dans la liste est le document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié au défendeur. Il n'est à produire que s'il s'agit de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement par défaut. Cette restriction peut sembler en contradiction avec la disposition de l'article 28, paragraphe 1, lettre* d)[44], *selon laquelle le défaut de notification de l'acte introductif d'instance au défendeur constitue un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution du jugement même dans le cas où la décision a été rendue à la suite d'une procédure contradictoire. La contradiction n'est toutefois qu'apparente, car on peut présumer, lorsque le jugement n'est pas par défaut, que le défendeur a été atteint par l'acte introductif d'instance. Ce sera au défendeur de soulever la question de la notification ou, le cas échéant, au tribunal saisi de demander le document aux termes du paragraphe 3.* »

Article 8(1) c)

109 Une modification apportée à cet article est traduite à l'article 8(1) *c*) : alors que l'article 29(1) *c*) du Texte provisoire de 2001 se réfère à « tout document de nature à établir que le jugement possède l'autorité de la chose jugée dans l'État d'origine, ou le cas échéant, qu'il peut être exécuté dans cet État », la référence à l'autorité de la chose jugée a désormais été remplacée par les termes « produit ses effets » à la suite des changements apportés à l'article 7 à cet égard (voir les explications à l'art. 7).

Article 8(1) d) *et (2)*

110 À l'article 8(1) *d*) et (2), il a été décidé de ne pas inclure le terme « légalement » avant le terme « qualifiée », comme il avait été proposé en 2001, cette institution étant inconnue dans de nombreux pays.

111 La rédaction de l'article 8(4), qui permet à la juridiction requise d'exiger la production de la preuve de l'accord d'élection de for et de tous autres documents nécessaires, si les termes du jugement ne lui permettent pas de vérifier que les conditions du présent chapitre sont remplies, a été modifiée afin de se concentrer d'avantage sur les conditions précises de l'évaluation de l'existence d'un accord d'élection de for valable. Ceci est censé aider la juridiction requise dans les affaires où le jugement n'indique pas explicitement que la juridiction d'origine a fondé sa compétence sur un accord d'élection de for. Cependant, on peut supposer que cette disposition aura peu d'application lorsque le jugement est accompagné de la formule (non obligatoire[45]) prévue à l'article 8(2) et figurant en annexe. Selon cette formule, la juridiction d'origine doit indiquer explicitement qu'elle a fondé sa compétence sur un accord d'élection de for, et préciser les éléments de fait justifiant l'existence de cet accord.

Article 9 – Procédure

112 L'article 9 a été repris de l'article 30 du texte de 1999. Il a été décidé de ne pas apporter les propositions de modification envisagées en 2001 parce qu'elles rendaient le texte plus difficilement compréhensible sans rien apporter au fond.

Article 10 – Frais de procédure

113 Le groupe a pris comme point de départ l'article 31 du Texte provisoire de 2001[46]. Il a été jugé que le paragraphe 1 était déjà couvert par la règle de non-discrimination de l'article 14 du texte actuel.

[44] Note du Bureau Permanent : la partie de l'art. 28(1) *d*) du Texte provisoire de 2001 sur laquelle il y avait un consensus est identique à l'article 7(1) *b*) du projet de 2003 joint en annexe I au présent Rapport.

[45] Note du Bureau Permanent : tant que la formule n'est pas obligatoire, il peut être envisagé de l'inclure dans une recommandation non obligatoire plutôt que dans le corps même de la Convention, afin de faciliter les adaptations ultérieures.

[46] Il dispose : « *Article 31 – Frais de procédure*

1 Aucun dépôt ou caution, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être exigé [, pour la procédure de l'article 30,] pour garantir le paiement des frais et dépens à raison seulement de la possession par le requérant de la nationalité d'un autre État contractant ou de sa résidence habituelle dans un autre État contractant.

[2 Les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans l'un des États contractants contre toute personne dispensée de la caution, du dépôt ou du versement en vertu du paragraphe 1 seront, à la demande du créancier, rendues gratuitement exécutoires dans tout autre État contractant.] »

a foreign judgment which is only based on the fact that the judgment is still subject to review, or the period for ordinary review has not yet expired in the State of origin, would be given in the form of a judgment. In these countries, such a judgment would, however, not preclude the applicant from renewing his or her application once the obstacle has been removed (dismissal without prejudice). In other countries, the initial application is merely suspended until the obstacle is removed. The words chosen shall therefore ensure that an applicant whose application for recognition or enforcement of a foreign judgment is merely rejected because the judgment submitted is still subject to review, or the period for ordinary review has not yet expired in the State of origin, may not be precluded from applying again for recognition or enforcement at a later time, even where national procedures provide that the first application be dismissed by a judgment or order.

105 Where the judgment is actually under review in the State of origin, this is sufficient to trigger the application of Article 7(5). Where no appeal has been lodged, however, Article 7(5) requires that a time limit for seeking *ordinary* review has not yet expired. The word "ordinary" was added here because in some legal systems, some (extraordinary) forms of review may always be sought, without any time lines. These unlimited forms of possible review would not trigger the application of Article 7(5).

Article 8 – Documents to be produced

106 Article 29 of the 2001 Interim Text, which defines the documents to be produced by an applicant seeking recognition or enforcement, served as a point of departure for the discussions of the group.

Article 8(1) a)

107 With regard to Article 8(1)(a), which requires the applicant to produce "a complete and certified copy of the judgment", a discussion arose as to whether "the judgment" meant only "the order" as understood in some common law countries, or whether it referred to the full decision including the facts (where given) and the legal reasoning, as this would be read in civil law countries. This had never been discussed in detail, and neither the Nygh-Pocar Report on the 1999 Draft nor the notes to the 2001 Interim Text contain any comment on this issue.

Article 8(1) b)

108 The Nygh-Pocar Report states on the identical provision in Article 29(1) *b)* of the 1999 Draft:

"b) *The second document in the list is the one establishing that the summons, or an equivalent document, was served upon the defendant. It only has to be produced in the case of recognition or enforcement of a default judgment. This restriction may seem to conflict with the provision in Article 28, paragraph 1* d),[44] *whereby failure to serve the summons on the defendant is a ground for refusing to recognise or enforce the judgment, even in a case where the decision was handed down following a hearing of both parties. However, the contradiction is no more than apparent, since it may be presumed, when it is not a default judgment, that the defendant has received the summons. It will be for the defendant to raise the question of service of the document, or for the court seised, where appropriate, to call for the document to be produced, in accordance with paragraph 3.*"

Article 8(1) c)

109 A change made to this Article is reflected in Article 8(1) *c)*: While Article 29(1) *c)* of the 2001 Interim Text reads: "all documents required to establish that the judgment is *res judicata* in the State of origin or, as the case may be, is enforceable in that State", the reference to *res judicata* was now replaced by the words "has effect" following the changes made to Article 7 in this respect (see explanations under Article 7).

Article 8(1) d) *and (2)*

110 In Article 8(1) *d)* and (2) it was decided not to include the word "legally" before "qualified", as it had been suggested in 2001, because this institution was unknown in many countries.

111 The drafting of Article 8(4), which permits the court addressed to require the production of evidence of the choice of court agreement, and any other necessary documents if the terms of the judgment do not enable this court to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, was amended in order to focus more on the precise requirements of assessing the existence of a valid choice of court agreement. This is supposed to assist the court addressed in cases where it is not stated explicitly in the judgment that the court of origin based its jurisdiction on a choice of court agreement. However, it may be assumed that this provision will have little application where the judgment is accompanied by the (non-mandatory[45]) form provided for in Article 8(2) and contained in the Annex. Under No 1 of this form, the court of origin has to state explicitly that it based its jurisdiction on a choice of court agreement, and has to indicate factual elements to support the existence of such agreement.

Article 9 – Procedure

112 Article 9 was taken over from Article 30 of the 1999 Draft. It was decided not to take on board the suggested amendments considered in 2001 because they made the text more difficult to understand without adding anything in substance.

Article 10 – Costs of proceedings

113 The group took Article 31 of the 2001 Interim Text as a starting point.[46] It was felt that paragraph 1 was already covered by the non-discrimination provision in Article 14 of the present text.

[44] Note by the Permanent Bureau: the part of Article 28(1) *d)* of the 2001 Interim Text on which there was consensus is identical with Article 7(1) *b)* of the 2003 draft attached as an Annex to this Report.

[45] Note by the Permanent Bureau: As long as the form is not mandatory, it may be considered to include it into a non-binding recommendation rather than into the Convention itself, in order to facilitate subsequent adaptations.

[46] This provision reads: "*Article 31 – Costs of proceedings*

1 No security, bond or deposit, however described, to guarantee the payment of costs or expenses [for the procedure of Article 30] shall be required by reason only that the applicant is a national of, or has its habitual residence in, another Contracting State.

[2 An order for payment of costs and expenses of proceedings, made in one of the Contracting States against any person exempt from requirements as to security, bond, or deposit by virtue of paragraph 1 shall, on the application of the person entitled to the benefit of the order, be rendered enforceable without charge in any other Contracting State.]"

114 Le paragraphe 2 a été conservé pour les motifs déjà évoqués en 2001, les co-rapporteurs indiquant à la note 171 du Texte provisoire : « La proposition de ce paragraphe se fonde sur l'article 15 de la *Convention de La Haye de 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice* et sur l'article 18 de la *Convention de La Haye du premier mars 1954 relative à la procédure civile* ». L'objectif de ce paragraphe est d'assurer l'exécution d'une ordonnance provisoire par le tribunal requis pour le paiement des frais et des dépens encourus par le débiteur du jugement dans le cas où le tribunal requis aurait refusé l'exécution du jugement pour un motif tel que la fraude du créancier du jugement auprès du tribunal d'origine. » La rédaction a été modifiée afin de rendre plus évident l'objectif de cette disposition. Cependant, l'exigence de gratuité pour l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, selon le cas, a été abandonnée. Si elle était justifiée dans le contexte des deux Conventions servant de modèle et visant à aider les parties dans le besoin à accéder à la justice, les parties visées par la présente Convention dans un contexte entre professionnels n'ont généralement pas besoin de ce type particulier de protection.

Article 11 – Dommages et intérêts

115 Comme point de départ, le groupe a examiné l'article 33 du Texte provisoire de 2001 qui permet, dans certains cas, la réduction d'une condamnation à des dommages et intérêts.

116 Certains participants ont jugé que dans une Convention limitée aux clauses d'élection de for dans les affaires entre professionnels, une telle disposition n'était ni nécessaire ni souhaitable parce qu'elle visait les dommages et intérêts punitifs américains qui ne sont généralement pas pertinents dans les affaires contractuelles. Dans le cadre d'une Convention d'élection de for, il serait cependant concevable que la juridiction choisie puisse également connaître d'une affaire non contractuelle, par exemple, délictuelle, à condition que cela relève de la formulation « à l'occasion d'un rapport de droit déterminé » contenue à l'article 2. Il a été mentionné, cependant, que dans la plupart des cas où une affaire délictuelle était liée à une affaire contractuelle, la partie délictuelle n'interviendrait pas entre les parties au contrat. D'autres encore avaient une opinion tranchée quant au maintien de l'article 11 dans son ensemble.

117 Finalement, un compromis a été atteint en supprimant l'ancien article 33(2) (relatif aux dommages et intérêts compensatoires) et en conservant les paragraphes 1 et 3 qui concernent les dommages et intérêts non compensatoires. Il a donc pour objet de couvrir les situations où les dommages et intérêts punitifs ou exemplaires (et donc non compensatoires) pourraient être attribués (même dans des affaires contractuelles), et de ne pas suggérer qu'il y aurait une possibilité de réduire les dommages et intérêts compensatoires[47]. Le principal argument était que, lorsque les parties ont régulièrement convenu d'une certaine juridiction, il n'y a aucune raison de s'immiscer dans la teneur de la décision de cette juridiction. Certains participants ont déclaré que, sans cette disposition, la reconnaissance et l'exécution seraient entièrement refusées dans leur État parce qu'il n'existe aucun mécanisme de réduction si le montant en tant que tel est jugé exorbitant.

118 Une question qui n'a pas été débattue, mais qui résulte du Rapport Nygh / Pocar sur les articles 28(1) *f*) et 33 du Projet de 1999, est de savoir si, outre cette règle ou à titre d'alternative, les juridictions des États contractants peuvent appliquer la règle d'ordre public de l'article 7(1) *e*) pour refuser la reconnaissance et l'exécution (en tout ou partie) d'un jugement étranger attribuant des dommages et intérêts qui semblent excessifs par rapport au système de droit interne de l'État requis. En 1999, la règle sur les dommages et intérêts a été jugée *lex specialis*, faisant obstacle à l'application de la règle générale d'ordre public.

Article 12 – Divisibilité

119 L'article 34 du Texte provisoire de 2001 comportait deux options différentes[48] pour prévoir la reconnaissance et l'exécution d'une partie seulement d'un jugement qui pouvait survenir pour plusieurs raisons : (1) parce que le jugement avait déjà été exécuté en partie ; (2) parce que seule une reconnaissance et une exécution partielles étaient demandées ; ou (3) parce que seule une partie du jugement était susceptible de reconnaissance ou d'exécution en vertu de la Convention. Gardant à l'esprit ces trois situations, le groupe a repris la rédaction de l'article afin de trouver une formulation plus simple pour les couvrir. Il a été jugé qu'aucune mention explicite de la situation (1) n'était nécessaire, ceci relevant du droit national de l'exécution. En outre, il a été jugé préférable de ne pas parler de reconnaissance ou d'exécution « partielles » parce qu'une telle règle pourrait conduire les juridictions de certains pays à se croire invitées à réduire une condamnation qui leur semble excessive par son montant. Tel n'est pourtant pas le but de l'article 12. En ce qui concerne les dommages et intérêts, l'article 11 prévoit une règle pour ces situations.

Article 13 – Transactions

120 Le groupe a pris comme point de départ l'article 36 du Texte provisoire de 2001 afin d'étendre la Convention aux transactions homologuées par une juridiction. La rédaction a été modifiée afin de rendre la disposition « plus légère » sans en modifier le sens. Il a été jugé que, lorsque la juridiction choisie par les parties a homologué une transaction conclue par les parties ou lui a apporté son autorité de toute autre manière prévue par le droit national, cette transaction doit être traitée de la même manière que si la juridiction choisie avait rendu un jugement après une procédure contentieuse.

121 En outre, une mention explicite du « tribunal désigné » a été insérée, ce qui relie cette disposition de manière plus visible aux accords d'élection de for qui font l'objet de la présente Convention. À cet égard, il convient de rappeler que la définition d'un accord d'élection de for de l'article 2(1) ne comporte aucune exigence temporelle. Ainsi, lorsque deux parties ne disposant pas d'un accord préalable d'élection de for concluent une transaction et la portent devant une juridiction particulière en vue de l'homologation, il est implicite qu'elles ont, de ce fait, également convenu du choix de cette juridiction.

122 L'article 13 a pour objectif de combler les écarts entre systèmes de droit qui pourraient nuire aux parties, dans certains États : dans de nombreux pays, notamment ceux de tradition de common law, cette règle n'aura pas une grande portée car, lorsque les parties se contentent de transiger entre elles, l'affaire est radiée du rôle de la juridiction, et la transaction purement privée entre les parties ne relèvera pas

[47] L'un des participants des États-Unis d'Amérique a déclaré que, bien qu'il y ait un jury dans les affaires contractuelles, il devrait recevoir des instructions quant aux dommages et intérêts, et ne pourrait pas modifier le prix contractuel ou du marché.

[48] Texte provisoire de 2001 : « *Article 34 – Divisibilité*
[*Option A*
Si le jugement statue sur plusieurs chefs de demande dissociables, la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, peut être accordé pour l'un ou plusieurs d'entre eux.]
[*Option B*
Reconnaissance ou exécution partielle
La reconnaissance ou l'exécution partielle d'un jugement doit être accordée si :
a) la reconnaissance ou l'exécution partielle a été demandée ;
b) une partie seulement du jugement peut être reconnue ou exécutée selon la Convention ; ou
c) le jugement a été exécuté en partie.]

Groupe de travail informel – troisième rapport

114 Paragraph 2 was retained for the reasons already given in 2001 where the co-Reporters stated in note 171 to the Interim Text: "The proposal for this paragraph is based on Article 15 of the *Hague Convention of 1980 on International Access to Justice* and Article 18 of the *Hague Convention of 1954 on Civil Procedure*. Its purpose is to secure enforcement of an order made by the requested court for the payment of the costs and expenses borne by the judgment debtor in a case where the requested court has rejected enforcement of the judgment on a ground such as the fraud of the judgment creditor upon the court of origin." The drafting was amended in order to render the objective of this provision more evident. However, the requirement that a declaration of enforceability or registration for enforcement, as the case may be, be granted free of charge was dropped. While it was justified in the context of the two Conventions which served as a model and have as their aim to assist parties in need in their access to justice, the parties targeted by this Convention in a B2B context do not generally require this particular aspect of protection.

Article 11 – Damages

115 As a starting point, the group examined Article 33 of the 2001 Interim Text which under certain circumstances allows for a reduction of a judgment awarding damages.

116 Some participants felt that in a Convention limited to choice of court clauses in B2B cases, such a provision was neither necessary nor desirable because it was targeted at United States punitive damages which were not generally relevant in contractual cases. Under a choice of court Convention, it could however be conceived that the chosen court might also hear a non-contractual case, *e.g.*, a tort case, provided that this was covered by the "arising out of a specific legal relationship"-language in Article 2. It was stated, however, that in most cases where a tort claim was related to a contractual claim, the tort part would not be between the parties to the contract. Others had strong feelings about retaining Article 11 as a whole.

117 Eventually, a compromise was reached by deleting former Article 33(2) (relating to compensatory damages) and keeping paragraphs 1 and 3 which relate to non-compensatory damages. Thereby, it is intended to cover situations where punitive or exemplary (*i.e.*, non-compensatory) damages might be awarded (even in contractual cases), and not to suggest there would be room for reducing compensatory damage awards.[47] The main argument was that, where parties had validly agreed on a certain court, there was no reason to interfere with the substance of the decision of that court. Some participants stated that, without this provision, recognition and enforcement would be refused completely in their State because no mechanism for reduction existed if the amount as such was considered exorbitant.

118 A question which was not discussed, but which becomes apparent from the Nygh-Pocar Report on Articles 28(1) *f)* and 33 of the 1999 Draft is whether in addition to this rule or as an alternative, courts of Contracting States may apply the public policy rule in Article 7(1) *e)* in order to refuse recognition and enforcement (in whole or in part) of a foreign judgment awarding damages which seem excessive as compared to the internal legal system of the requested State. In 1999, the rule on damages was seen as a *lex specialis* which precluded the application of the general public policy rule.

Article 12 – Severability

119 Article 34 of the 2001 Interim Text had contained two different options[48] to provide for recognition or enforcement of only a part of the judgment which could arise for various reasons: (1) because the judgment had already been satisfied in part, (2) because only partial recognition and enforcement was applied for, or (3) because only part of the judgment was capable of being recognised or enforced under the Convention. Keeping in mind these three situations, the group redrafted the Article in order to find a simpler wording that would cover them. It was felt that no explicit reference to situation (1) was required, this being a matter of national enforcement law. Moreover, it was considered preferable not to refer to "partial" recognition or enforcement because by such a rule, courts in some countries might feel invited to reduce a judgment that seemed excessive in amount to them. This is, however, not the purpose of Article 12. As far as damages are concerned, Article 11 provides a rule for these cases.

Article 13 – Settlements

120 The group took Article 36 of the 2001 Interim Text as a starting point in order to extend the Convention to court-approved settlements. The drafting was amended in order to make the provision appear "lighter" without changing the meaning. It was thought that, where the court chosen by the parties had approved a settlement entered into by the parties or given its authority to it in any other way provided for in national law, this settlement should be treated the same way as if the chosen court had rendered a judgment after contentious proceedings.

121 Moreover, an explicit reference to "the chosen court" was inserted, thereby linking the provision more visibly to the choice of court agreements which are the object of this Convention. In this respect, it has to be recalled that the definition of a choice of court agreement in Article 2(1) contains no time requirement. Therefore, where two parties not having a prior choice of court agreement enter into a settlement and take it to a specific court for approval, it is implied that they have thereby also agreed on the choice of this court.

122 The aim of Article 13 is to bridge gaps between legal systems which could be detrimental to parties in some States: In many countries, in particular in those following the common law traditions, this rule will not have a wide scope of application because, where the parties merely settle among themselves, the case is struck out of the court's register, and the purely private settlement between the parties would not

[47] One of the United States participants stated that, although there was a jury in contract cases, it would have to be instructed on damages and could not change the contractual or market price.

[48] 2001 Interim Text: "*Article 34 – Severability*
[*Alternative A*
If the judgment contains elements which are severable, one or more of them may be separately recognised, declared enforceable, registered for enforcement, or enforced.]
[*Alternative B*
Partial recognition or enforcement
Partial recognition or enforcement of a judgment shall be granted where:
a) partial recognition or enforcement is applied for; or
b) only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention; or
c) the judgment has been satisfied in part.]"

de l'article 13. Lorsque, par contre, elles la soumettent au tribunal et la font intégrer à un « consent order » ou conviennent d'un rejet, ces deux cas donneront lieu à un « jugement » au sens de la Convention, et l'article 13 ne sera donc pas nécessaire. Cependant, de nombreux systèmes de droit civil auront besoin de l'article 13 parce qu'ils ne connaissent pas le système des « consent orders ». Dans ces États, les parties concluent un accord, et si elles le portent devant la juridiction en vue de l'homologation, cette homologation attribue à la transaction approximativement les mêmes effets procéduraux qu'un jugement, notamment en ce qui concerne la clôture formelle de la procédure judiciaire et l'exécution[49].

Article 14 – Prohibition de la discrimination en matière de procédure

123 Cette disposition a été placée dans le chapitre IV relatif aux clauses générales, car elle s'applique aux deux étapes : compétence ainsi que reconnaissance et exécution, et pour la caution des frais.

124 Le groupe a discuté de la question de savoir si une règle telle que, par exemple, la règle existant dans l'État de New York selon laquelle, pour que les juridictions se reconnaissent compétentes en application d'une clause d'élection de for conclue par deux parties étrangères à l'état, (1) une affaire doit concerner un certain montant et (2) les parties doivent avoir choisi le droit de New York outre la juridiction de New York, était discriminatoire au sens de l'article 14. Il a été jugé que ce n'était pas le cas, parce que la Convention ne devrait établir des règles concernant la non-discrimination qu'en rapport avec d'autres États contractants. La règle de New York, par contre, s'applique également aux affaires au sein des États-Unis d'Amérique, c'est-à-dire à deux parties quelconques provenant d'états des États-Unis autres que celui de New York. Elle n'est donc pas discriminatoire au sens de ce que la présente Convention peut raisonnablement réglementer.

125 D'autres restent cependant préoccupés par le fait que la Convention pourrait ainsi être facilement contournée, et se sont demandés si l'application de la règle de discrimination ne devait pas dépendre de la question de savoir si une exigence résultant du droit national vise les clauses d'élection de for en particulier, ou si elle constitue une exigence générale pour les juridictions de connaître de l'affaire.

Article 15 – Limitation de compétence

126 L'article 15 permet à un État de limiter l'application de l'obligation de l'article 4 de la Convention en effectuant une déclaration selon laquelle ses juridictions pourront refuser de statuer sur des litiges couverts par un accord d'élection de for si, à l'exception de l'accord d'élection de for, il n'existe aucun lien entre cet État et les parties ou le litige. Cette règle est importante pour certains car leur droit national exige un certain rapport entre le litige ou les parties et le for. Afin de limiter les effets de cette règle, il a été convenu que la déclaration ne pourrait être effectuée que lors de la ratification de la Convention et pas ultérieurement. Elle peut cependant être retirée à tout moment.

Article 16 – Limitation à la reconnaissance et à l'exécution

127 L'article 5 *b)* permet à une juridiction saisie mais non choisie de connaître d'une affaire en dépit d'un accord d'élection de for désignant les juridictions d'un autre État si l'affaire est purement interne pour la juridiction saisie, l'accord d'élection de for constituant le seul élément international. De sorte que si une partie passe outre l'accord d'élection de for au stade de la compétence et saisit le juge naturel, ce dernier peut connaître de l'affaire. Cependant, lorsque les parties respectent leur accord d'élection de for, et qu'un jugement est rendu dans le for choisi (mais dépourvu de lien par ailleurs), un tel jugement pourra avoir à être exécuté dans l'État qui aurait été le for naturel. L'article 16 permet aux États qui ne souhaitent pas que leurs parties retirent par contrat les affaires purement internes au for (et qui ont donc exigé la règle à l'art. 5 *b)*) d'effectuer une déclaration selon laquelle ils ne reconnaîtront pas le jugement rendu à l'étranger. L'article 16 complète donc la restriction de l'autonomie des parties figurant à l'article 5 *b)*. À l'instar de l'article 15, la déclaration ne peut être présentée que lors de la ratification de la Convention et pas ultérieurement.

Article 17 – Interprétation uniforme

128 Il s'agit d'une disposition standard des Conventions de La Haye et autres.

Article 18 – Système de droit non unifié

129 Il s'agit également d'une clause standard des Convention de La Haye (voir, par exemple, l'art. 47(9) et (10) 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*[50]). Certains participants ont mentionné que pour eux, il s'agissait plutôt d'une question de législation de mise en œuvre.

Article 19 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

130 Aucun projet n'a encore été préparé pour cette disposition. Cependant, au cours des discussions, les aspects suivants ont été mentionnés.

131 Il a été jugé que les questions qu'il faudra traiter dans le cadre de cet article ont déjà été considérablement limitées par les dispositions relatives au champ d'application de l'article 1(2) et (3). Ceci concerne notamment le conflit éventuel entre les règles nationales[51] de compétence exclusive et l'autonomie des parties telle que protégée par la présente Convention.

132 À l'égard des instruments qui doivent être disjoints ici, les participants européens ont mentionné les Conventions de Bruxelles et de Lugano ainsi que le Règlement de Bruxelles, et fait référence au tableau de l'annexe II du Document préliminaire No 20[52] préparé par M. Dogauchi, ainsi qu'aux paragraphes 64 et suivants du présent document. Le tableau indique qu'il ne peut y avoir un chevauchement dans le domaine de la

[49] Il peut exister des différences entre les jugements et les transactions à l'égard des effets de la chose jugée.

[50] Initialement, une seconde règle de ce type, également une règle standard des Conventions de La Haye (voir par ex. l'art. 47(1) 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*) avait été proposée et était rédigée de la manière suivante : « À l'égard d'un État dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit en rapport avec tout objet de la présente convention s'appliquent dans des unités territoriales différentes, toute référence à la résidence habituelle sera interprétée comme visant la résidence habituelle dans l'unité territoriale concernée. » Cependant, au cours des débats du groupe, il est apparu que chaque fois que le projet actuel fait référence à la résidence habituelle (c-à-d. aux art. 2(2), 4(2), 5 *b)*, 14 et 15), il vise en fait l'État contractant dans son ensemble et non l'unité territoriale concernée, parce que dans toutes ces dispositions, la résidence habituelle a été utilisée afin de distinguer les situations internes des situations internationales. La disposition n'a donc pas été reprise ici.

[51] Le même problème se pose à l'égard des règles de compétence exclusive figurant dans les instruments internationaux et supranationaux.

[52] *Supra* note 1.

be covered by Article 13. Where, on the other hand, they take it to the court and have it entered into a consent order, or agree to a dismissal with prejudice, both would result in a "judgment" under the Convention, and Article 13 would not be necessary. Many civil law systems, however, will need Article 13 because they do not know the system of consent orders. In those States, parties conclude an agreement, and if they take it before the court for approval such approval gives the settlement more or less the same procedural effects as a judgment, in particular as regards the formal termination of the court proceedings and enforcement.[49]

Article 14 – No discrimination in procedural matters

123 This provision was placed in Chapter IV – General Clauses because it applies at both stages: jurisdiction as well as recognition and enforcement, and for the security of costs.

124 The group discussed whether a rule like, *e.g.*, the rule existing in the state of New York which requires that, in order for the courts to accept jurisdiction under a choice of court clause concluded by two out-of-state parties, (1) a case must have a certain value and (2) the parties must have chosen New York law in addition to a New York court, was discriminatory in the sense addressed by Article 14. This was found not to be the case because the Convention should only establish rules regarding non-discrimination in relation with other Contracting States. The New York rule, on the other hand, also applied to cases within the United States of America, *i.e.*, to any two parties from states other than New York within the United States. Therefore it was not discriminatory within the scope of what this Convention could reasonably regulate.

125 Others retained a fear, however, that the Convention might thereby easily be circumvented, and wondered whether the application of the discrimination rule should not depend on whether a requirement established by national law was specifically targeted at choice of court clauses, or whether it constituted a general requirement for the courts to assume jurisdiction.

Article 15 – Limitation of jurisdiction

126 Article 15 allows a State to limit the application of the duty arising under Article 4 of the Convention by making a declaration to the effect that its courts may refuse to determine disputes covered by a choice of court agreement if, except for the choice of court agreement, there is no connection between that State and the parties or the dispute. This rule is important for some because their national law requires some connection between the dispute or the parties and the forum. In order to limit the effects of this rule, it was agreed that the declaration could only be made upon ratification of the Convention and not at a later time. It may, however, be withdrawn at any moment.

Article 16 – Limitation of recognition and enforcement

127 Article 5 *b)* allows a court seised but not chosen to hear a case in spite of a choice of court agreement designating the courts of another State if the case is a purely domestic one for the court seised, with the choice of court agreement as the only international element. So if one party disregards the choice of court agreement at the jurisdiction stage and seises the natural forum, the latter may take the case. Where, however, the parties respect their choice of court agreement, and a judgment is rendered in the chosen (but otherwise unconnected) forum, such a judgment may have to be enforced in the State which would have been the natural forum. Article 16 allows those States that do not want their parties to contract purely domestic cases out of the forum (and who had therefore already required the rule in Article 5 *b)*) to make a declaration that they would not recognise the judgment rendered abroad. Article 16 thereby complements the restriction of party autonomy contained in Article 5 *b)*. As in Article 15, the declaration may only be made at the time of ratification and not later.

Article 17 – Uniform interpretation

128 This is a standard provision in Hague and other Conventions.

Article 18 – Non-unified legal system

129 This is equally a standard clause in Hague Conventions (see, *e.g.*, Article 47(9) and (10) of the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*).[50] Some participants mentioned that for them, this was more a matter for implementing legislation.

Article 19 – Relationship with other international instruments

130 No draft was produced yet for this provision. However, during the discussion, the following aspects were mentioned.

131 It was felt that the issues which will have to be dealt with under this Article have already been considerably reduced by the scope provisions in Article 1(2) and (3). This applies in particular to the possible conflict between national[51] rules of exclusive jurisdiction and party autonomy as protected by this Convention.

132 With regard to the instruments to be disconnected here, European participants mentioned the Conventions of Brussels and Lugano as well as the Brussels Regulation, and referred to the chart in Annex II to Preliminary Document No 20[52] which was drawn up by M. Dogauchi, as well as to paragraphs 64 *et seq* of that document. It identifies that there can be an overlap in the area of jurisdiction only in one sin-

[49] Differences between judgments and settlements may exist with regard to the effect of *res judicata*.

[50] Initially, a second rule of this kind, also a standard clause in Hague Conventions (see, *e.g.*, Article 47(1) of the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*) had been proposed which read: "In relation to a State in which two or more systems of law with regard to any matter dealt with in this convention apply in different territorial units, any reference to habitual residence in that State shall be construed as referring to habitual residence in the relevant territorial unit." However, during the discussions of the group it became clear that wherever a reference to "habitual residence" was made in the current draft (*i.e.*, in Articles 2(2), 4(2), 5 *b)*, 14 and 16), it did actually refer to the Contracting State as a whole and not to the territorial unit concerned, because in all these provisions, habitual residence was used in order to distinguish internal situations from international situations. Therefore the provision was not included here.

[51] The same problem arises with regard to exclusive jurisdiction rules contained in international and supranational instruments.

[52] *Supra* note 1.

compétence que dans une seule situation, à savoir lorsqu'une juridiction d'un État, dans lequel les instruments européens s'appliquent, est choisie et que l'une des parties est résidente dans un État où les instruments européens s'appliquent, mais que l'autre partie réside hors de cette zone dans un État partie à la Convention de La Haye. S'il a été noté que la Communauté européenne et ses États membres n'étaient pas encore parvenus à une position officielle à cet égard, l'impression générale au sein du groupe a semblé être qu'en pareil cas, les règles de compétence de La Haye devraient s'appliquer. Il a été également mentionné dans ce contexte qu'au stade de la reconnaissance, même les plaideurs d'États extérieurs à l'Union européenne pourraient préférer l'application du régime Bruxelles / Lugano parce qu'il simplifie la reconnaissance et l'exécution plus encore que la présente Convention. D'autres ont objecté que du point de vue du défendeur, cela pourrait être moins souhaitable.

133 Si les Conventions de Bruxelles et de Lugano ainsi que le Règlement de Bruxelles sont des instruments généraux régissant la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière civile et commerciale, il existe également des domaines particuliers où, outre les règles matérielles, les instruments internationaux existants comportent des règles sur la compétence et / ou la reconnaissance et l'exécution pour les litiges survenant dans ces domaines. C'est le cas en matière d'assurance, de transport, de propriété intellectuelle, et de responsabilité environnementale.

III. TRAVAUX FUTURS

134 Comme indiqué ci-dessus, les États membres sont invités à informer le Secrétaire général avant le 31 juillet 2003 de leur accord éventuel quant à la soumission du texte en annexe, comme base de travail, à une Commission spéciale qui se réunirait en décembre 2003, en vue de sa transmission à une Session diplomatique en temps voulu. Au vu des réactions des gouvernements à ce courrier, le Secrétaire général devra déterminer si la présentation du projet à une Commission spéciale dispose d'un soutien suffisant, et le cas échéant, convoquer cette réunion.

135 Outre cette question politique qui devra être tranchée par les États membres de la Conférence de La Haye, les observations sur la teneur du projet de texte en annexe, de la part des États membres, des États non membres, des organisations internationales et autres personnes intéressées sont les bienvenues et peuvent être adressées au Bureau Permanent. Le Bureau Permanent les mettra à disposition des délégués sauf demande contraire.

136 En outre, afin de faciliter les travaux futurs, le Bureau Permanent prépare actuellement un certain nombre de notes de recherche sur des questions restant à débattre, par exemple, une note sur le renvoi d'affaires au sein d'un même État contractant et une note sur les rapports avec d'autres instruments internationaux – couvrant des aspects à la fois généraux et particuliers.

gle case, namely where a court in a State in which the European instruments apply was chosen and one of the parties is resident in any State where the European instruments apply, but the other is resident outside that area in a State Party to the Hague Convention. While it was noted that the European Community and its Member States had not yet reached an official position on the matter, the general feeling in the group seemed to be that in such a case, the Hague jurisdiction rules should apply. It was also mentioned in this context that at the recognition stage, even litigants from non-European Union States might prefer the Brussels / Lugano regime to apply because it simplified recognition and enforcement even more than this Convention. Others objected that from the point of view of the defendant, this might be less desirable.

133 While the Conventions of Brussels and Lugano as well as the Brussels Regulation are general instruments governing jurisdiction, recognition and enforcement in civil and commercial matters, there are also specific areas where, in addition to substantive rules, the existing international instruments contain rules on jurisdiction and / or recognition and enforcement for disputes arising in that area. This is true for insurance matters, transport, intellectual property, and environmental liability.

III. FUTURE WORK

134 As mentioned above, Member States are invited to inform the Secretary General before 31 July 2003 whether they would agree that the text in the Annex should be put as the basis for work before a Special Commission to be convened in December 2003, with a view, in due course, to be forwarded to a Diplomatic Session. On the basis of the reaction by governments to such letter, the Secretary General will determine whether there is sufficient support for the reference of the draft to a Special Commission and, if so, convoke it.

135 In addition to this policy issue to be decided by the Member States of the Hague Conference, comments on the substance of the draft text in the Annex, by Member States, non-Member States, international organisations and other interested parties, are welcome and may be sent to the Permanent Bureau. The Permanent Bureau will make them available to delegates unless requested otherwise.

136 Furthermore, in order to facilitate future work, the Permanent Bureau is preparing a number of research papers on issues yet to be discussed, *e.g.*, a paper on the transfer of cases within one Contracting State and a paper on the relationship with other international instruments – covering both general and specific aspects.

ANNEXE – PROJET DE TEXTE SUR LES ACCORDS D'ÉLECTION DE FOR DU GROUPE DE TRAVAIL

Les États signataires de la présente Convention,

Désireux de promouvoir le commerce et les investissements internationaux en renforçant la coopération judiciaire,

Convaincus que cette coopération renforcée nécessite un régime juridique international apportant la sécurité et assurant l'efficacité des accords d'élection de for entre les parties à des opérations commerciales et régissant la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans le cadre de procédures fondées sur de tels accords,

Ont résolu de conclure la présente *Convention sur les accords d'élection de for* et sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE I – DISPOSITIONS LIMINAIRES

Article premier – Champ d'application

1 La présente Convention s'applique aux accords d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale.

2 La Convention ne s'applique pas :

a) aux accords entre une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (le consommateur) et une autre partie agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale, ou entre consommateurs ;

b) aux contrats de travail individuels ou collectifs.

3 La Convention ne s'applique pas aux procédures relatives :

a) à l'état et à la capacité des personnes ;

b) aux obligations alimentaires ;

c) aux régimes matrimoniaux et aux autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires ;

d) aux testaments et aux successions ;

e) à l'insolvabilité, aux concordats et aux matières analogues ;

f) [aux matières maritimes] [aux contrats de transport de marchandises par mer] ;

g) aux entraves à la concurrence [anti-trust] ;

h) à la responsabilité nucléaire ;

i) aux droits réels immobiliers ;

j) à la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale et les décisions y relatives ;

k) à la validité des brevets, marques et [autres droits de propriété intellectuelle – *à définir*].

[4 Une procédure n'est pas exclue du champ d'application de la Convention au seul motif qu'une matière visée au paragraphe 3 est évoquée à titre incident. Toutefois, la décision rendue à l'issue de cette procédure ne produira ses effets, en vertu de cette Convention, qu'entre les parties.]

5 La Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes, ni n'exige d'un État contractant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement si le tribunal d'origine a exercé sa compétence contrairement à une convention d'arbitrage.

6 Une procédure n'est pas exclue du champ d'application de la Convention au seul motif qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte d'un État y est partie.

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

Article 2 – Définitions

1 Au sens de la présente Convention :

a) un « accord d'élection de for » est un accord par lequel deux ou plusieurs parties désignent, pour connaître des litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un ou plusieurs États, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers ;

b) un « accord exclusif d'élection de for » est un accord par lequel les parties désignent les tribunaux d'un État ou un tribunal particulier, à l'exclusion de toute autre juridiction. Un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État ou un tribunal particulier est réputé exclusif sauf convention contraire des parties ;

c) le terme « jugement » signifie toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance, de même que la fixation des frais du procès par une juridiction ou par le greffier du tribunal, sous réserve qu'ils aient trait à une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée en application de la présente Convention.

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

a) de son siège statutaire ;

b) selon la loi duquel elle a été constituée ;

c) de son administration centrale ; ou

d) de son principal établissement.

Article 3 – Validité formelle

Un accord d'élection de for [n']est valable en la forme [que][53] s'il a été conclu :

[53] Les mots « ne »... « que » ont été placés entre crochets parce qu'il n'y a pas encore de consensus sur le point de savoir si les règles de forme prévues par la convention doivent empêcher les règles nationales moins strictes de créer une compétence grise en vertu du droit national hors de la Convention.

ANNEX – WORKING GROUP DRAFT TEXT ON CHOICE OF COURT AGREEMENTS

The States signatory to the present Convention,

Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial co-operation,

Believing that such enhanced co-operation requires a secure international legal regime that ensures the effectiveness of choice of court agreements by parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

Have resolved to conclude the following *Convention on Choice of Court Agreements* and have agreed upon the following provisions:

CHAPTER I – PRELIMINARY PROVISIONS

Article 1 – Scope

1 This Convention shall apply to agreements on the choice of court concluded in civil or commercial matters.

2 This Convention shall not apply to –

a) agreements between a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (the consumer) and another party acting for the purposes of its trade or profession, or between consumers;

b) individual or collective contracts of employment.

3 This Convention shall not apply to proceedings relating to –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition or analogous matters;

f) [admiralty or maritime matters] [contracts for the carriage of goods by sea];

g) [anti-trust or competition claims];

h) nuclear liability;

i) rights *in rem* in immovable property;

j) validity, nullity, or dissolution of a legal person and decisions related thereto;

k) validity of patents, trademarks and [other intellectual property rights – *to be defined*].

[4 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention if a matter referred to in paragraph 3 arises merely as an incidental question. However, a judgment resulting from such proceedings shall have effect under this Convention only as between the parties.]

5 This Convention shall not apply to arbitration and proceedings related thereto, nor shall it require a Contracting State to recognise and enforce a judgment if the exercise of jurisdiction by the court of origin was contrary to an arbitration agreement.

6 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for a State is a party thereto.

7 Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.

Article 2 – Definitions

1 In this Convention –

a) "choice of court agreement" means an agreement whereby two or more parties designate, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise between them in connection with a particular legal relationship, the courts of one or more States or one or more specific courts;

b) "exclusive choice of court agreement" means a choice of court agreement which designates the courts of one State or one specific court to the exclusion of the jurisdiction of any other courts. A choice of court agreement which designates the courts of one State or one specific court shall be deemed to be exclusive unless the parties have provided otherwise;

c) "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court or an officer of the court, provided that such determination relates to a judgment which may be recognised or enforced under this Convention.

2 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be habitually resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

Article 3 – Formal validity

A choice of court agreement shall be valid as to form [only][53] if it was entered into –

[53] The word "only" was placed in square brackets because there is no consensus yet as to whether the form standard under the Convention shall preclude less rigid national form standards from creating a "grey area jurisdiction" under national law outside the Convention.

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

b) oralement et attesté par écrit ou par tout autre moyen de communication qui est accessible pour être consulté ultérieurement ;

c) conformément à un usage régulièrement suivi par les parties à l'accord d'élection de for ; ou

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

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 4 – Compétence du tribunal désigné

1 Si les parties sont convenues par un accord d'élection de for exclusif qu'un tribunal ou des tribunaux d'un État contractant seront compétents pour connaître de tout litige né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État contractant sont compétents, sauf si le tribunal estime que l'accord est [caduc / nul], inopérant ou non susceptible d'être appliqué.

2 Le paragraphe 1 n'est pas applicable devant les tribunaux d'un État contractant si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet État et sont convenues qu'un tribunal ou que les tribunaux de cet État contractant seront compétents pour connaître du litige.

3 Aucune disposition de la présente Convention n'affecte la compétence d'attribution [ou la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant].

Article 5 – Primauté du tribunal désigné

Si les parties ont conclu un accord exclusif d'élection de for, tout tribunal d'un État contractant autre que l'État du for élu doit renoncer à exercer sa compétence ou surseoir à statuer sauf si :

a) ce tribunal estime que l'accord est [caduc/nul], inopérant ou non susceptible d'être appliqué ;

b) les parties résident habituellement dans cet État contractant et tous les éléments du litige ainsi que de la relation entre les parties, autres que l'accord d'élection de for, sont liés à cet État contractant ; ou

c) le tribunal désigné a renoncé à exercer sa compétence.

Article 6 – Mesures provisoires et conservatoires

La présente Convention n'empêche pas une partie de demander à un autre tribunal d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires, ni un tribunal d'accorder de telles mesures.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 7 – Reconnaissance et exécution

1 Un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord d'élection de for sera reconnu ou déclaré exécutoire, selon le cas, dans d'autres États contractants conformément au présent chapitre. La reconnaissance ou l'exécution peuvent être refusées aux seuls motifs que :

a) le tribunal requis estime que l'accord d'élection de for est [caduc / nul] ;

b) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense ;

c) le jugement résulte d'une fraude relative à la procédure ;

[*d)*le jugement résulte d'une procédure incompatible avec les principes fondamentaux de procédure de l'État requis ;] ou

e) la reconnaissance ou l'exécution de la décision serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis.

2 Au surplus, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord d'élection de for, autre qu'un accord exclusif d'élection de for, pourra être refusée aux motifs que :

a) une procédure entre les mêmes parties et ayant la même cause et le même objet est pendante devant un tribunal premier saisi, dans l'État requis ou dans un autre État, sous réserve que, dans ce dernier cas, il soit envisageable que ce tribunal rende un jugement susceptible d'être reconnu et déclaré exécutoire dans l'État requis ; ou

b) le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans l'État requis ou dans un autre État, sous réserve que, dans ce dernier cas, ce jugement soit susceptible d'être reconnu et déclaré exécutoire dans l'État requis.

3 Sans préjudice de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions du présent chapitre, il n'est procédé à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'État d'origine.

4 Le tribunal requis ne peut accorder au jugement plus d'effets qu'il n'en comporte dans l'État d'origine.

5 La procédure aux fins de reconnaissance ou d'exécution peut être différée ou rejetée si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer un recours ordinaire n'est pas expiré.

Article 8 – Pièces à produire

1 La partie qui invoque la reconnaissance ou qui demande l'exécution doit produire :

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

a) in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

b) orally and evidenced in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

c) in accordance with a usage which is regularly observed by the parties to the choice of court agreement; or

d) in accordance with a usage which the parties to the choice of court agreement knew or ought to have known and which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 4 – Jurisdiction of the chosen court

1 If the parties have agreed in an exclusive choice of court agreement that a court or the courts of a Contracting State shall have jurisdiction to settle any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, that court or the courts of that Contracting State shall have jurisdiction, unless the court finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

2 Paragraph 1 shall not apply in the courts of a Contracting State if all the parties are habitually resident in that State and have agreed that a court or courts of that same Contracting State shall have jurisdiction to determine the dispute.

3 Nothing in this Convention shall affect subject matter jurisdiction [or the internal allocation of jurisdiction among the courts in a Contracting State].

Article 5 – Priority of the chosen court

If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement, a court in a Contracting State other than the State of the chosen court shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless –

a) that court finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed;

b) the parties are habitually resident in that Contracting State and all other elements relevant to the dispute and the relationship of the parties, other than the choice of court agreement, are connected with that Contracting State; or

c) the chosen court has declined jurisdiction.

Article 6 – Interim measures of protection

Nothing in this Convention shall prevent a party from requesting provisional and protective measures on an interim basis from any court or prevent any court from granting such measures.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 7 – Recognition and enforcement

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in a choice of court agreement shall be recognised or enforced, as the case may be, in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only if –

a) the court addressed finds that the choice of court agreement was null and void;

b) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence;

c) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

[*d)* the judgment results from proceedings incompatible with fundamental principles of procedure of the State addressed;] or

e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the State addressed.

2 In addition, recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State designated in a choice of court agreement other than an exclusive choice of court agreement may be refused if –

a) proceedings between the same parties and having the same subject matter are pending before a court that was seised prior to the court of origin, either in the State addressed or in another State, provided that in the latter case the court is expected to render a judgment capable of being recognised or enforced in the State addressed; or

b) the judgment is inconsistent with a judgment rendered, either in the State addressed or in another State, provided that in the latter case the judgment is capable of being recognised or enforced in the State addressed.

3 Without prejudice to such review as is necessary for the purpose of the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin.

4 The court addressed shall not give greater effect to a judgment than it has in the State of origin.

5 Proceedings for recognition or enforcement may be suspended, or dismissed without prejudice, if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired.

Article 8 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) s'il s'agit d'un jugement par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;

c) tout document de nature à établir que le jugement produit ses effets dans l'État d'origine ;

d) si le tribunal requis l'exige, une traduction des documents mentionnés ci-dessus, établie par toute personne habilitée à cette fin.

2 Une demande de reconnaissance et d'exécution peut être accompagnée de la formule modèle annexée à la présente Convention et, si le tribunal requis l'exige, d'une traduction de la formule effectuée par une personne habilitée à cette fin.

3 Aucune légalisation ni formalité analogue ne peut être exigée.

4 Si le contenu du jugement ne permet pas au tribunal requis de vérifier que les conditions du présent chapitre sont remplies, ce tribunal peut exiger la production de la preuve de l'existence de l'accord d'élection de for et de tous autres documents utiles.

Article 9 – Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, sont régies par le droit de l'État requis sauf si la Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité.

Article 10 – Frais de procédure

Lorsqu'une partie sollicite la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement dans un État contractant en application de la présente Convention et que sa demande est rejetée, la condamnation aux frais et dépens du procès devant le tribunal requis est rendue exécutoire en vertu de la présente Convention, à la demande du créancier, dans tout autre État contractant.

Article 11 – Dommages et intérêts

1 Un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnu et exécuté dans la mesure où des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis. Ce paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine.

2 Le tribunal requis prend en considération le montant éventuellement accordé par le tribunal d'origine pour couvrir les frais et dépens du procès.

Article 12 – Divisibilité

La reconnaissance ou l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement est accordée, si la reconnaissance ou l'exécution partielle est demandée ou si seule une partie du jugement peut être reconnue ou exécutée en application de la Convention.

Article 13 – Transactions

Les transactions homologuées par un tribunal désigné par un accord d'élection de for sont reconnues ou déclarées exécutoires, selon le cas, en application de la présente Convention, aux mêmes conditions que les jugements.

CHAPITRE IV – CLAUSES GÉNÉRALES

Article 14 – Prohibition de la discrimination en matière de procédure

Les règles de procédure d'un État contractant ne doivent pas être mises en œuvre de manière discriminatoire, vis à vis de parties qui ont la nationalité d'un autre État contractant ou dont la résidence habituelle se trouve sur le territoire d'un de ces États, lors de l'application de la présente Convention.

Article 15 – Limitation de compétence

Lors de la ratification de la Convention, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de connaître des litiges couverts par un accord d'élection de for s'il n'existe aucun lien, autre que l'accord d'élection de for, entre cet État et les parties ou le litige.

Article 16 – Limitation à la reconnaissance et à l'exécution

Lors de la ratification de la Convention, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou de déclarer exécutoire, selon le cas, un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque toutes les parties résident habituellement sur le territoire de l'État requis et lorsque tous les éléments du litige ainsi que de la relation entre les parties, autres que l'accord d'élection de for, sont liés à l'État requis.

Article 17 – Interprétation uniforme

Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

Article 18 – Système de droit non unifié

Au regard d'un État dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ayant trait aux questions régies par la présente Convention s'appliquent dans des unités territoriales différentes, toute référence à la loi ou à la procédure d'un État vise la loi ou la procédure en vigueur dans l'unité territoriale considérée.

Article 19 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

Cette question n'a pas encore été discutée.

Groupe de travail informel – troisième rapport

b) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

c) all documents required to establish that the judgment has effect in the State of origin;

d) if the court addressed so requires, a translation of the documents referred to above, made by a person qualified to do so.

2 An application for recognition or enforcement may be accompanied by the form annexed to this Convention and, if the court addressed so requires, a translation of the form made by a person qualified to do so.

3 No legalisation or other formality may be required.

4 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require the production of evidence of the choice of court agreement, and any other necessary documents.

Article 9 – Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the State addressed so far as this Convention does not provide otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

Article 10 – Costs of proceedings

Where a party seeks recognition or enforcement of a judgment in a Contracting State under this Convention, and recognition or enforcement is refused, an order for payment of costs and expenses of the proceedings before the court addressed shall, on the application of the person entitled to the benefit of the order, be enforceable under this Convention in any other Contracting State.

Article 11 – Damages

1 A judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced to the extent that a court in the State addressed could have awarded similar or comparable damages. Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.

2 The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Article 12 – Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

Article 13 – Settlements

Settlements to which a court designated in a choice of court agreement has given its authority shall be recognised or enforced, as the case may be, under this Convention in the same manner as a judgment.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 14 – No discrimination in procedural matters

Procedural rules of a Contracting State shall not be applied in a manner that discriminates against parties that are nationals of, or habitually resident in, other Contracting States when applying this Convention.

Article 15 – Limitation of jurisdiction

Upon ratification of this Convention, a State may declare that its courts may refuse to determine disputes covered by a choice of court agreement if, except for the choice of court agreement, there is no connection between that State and the parties or the dispute.

Article 16 – Limitation of recognition and enforcement

Upon ratification of this Convention, a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce, as the case may be, a judgment of a court in another Contracting State if all parties are habitually resident in the State addressed, and all other elements relevant to the dispute and the relationship of the parties, other than the choice of court agreement, are connected with the State addressed.

Article 17 – Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 18 – Non-unified legal system

In relation to a State in which two or more systems of law with regard to any matter dealt with in this Convention apply in different territorial units, any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring to the law or procedure in force in the relevant territorial unit.

Article 19 – Relationship with other international instruments

This matter has not yet been discussed.

Article 20 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

Article 21 – Système de droit non unifié

1 Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État.

Article 22 – Organisations régionales d'intégration économique

Article 23 – Entrée en vigueur

Article 24 – Réserves

Article 25 – Déclarations

Article 26 – Dénonciation

Article 27 – Notifications par le dépositaire

Article 20 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession

Article 21 – Non-unified legal system

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

2 Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 22 – Regional Economic Integration Organisations

Article 23 – Entry into force

Article 24 – Reservations

Article 25 – Declarations

Article 26 – Denunciation

Article 27 – Notifications by the depositary

FORMULE A

CONFIRMATION DE L'EXISTENCE D'UN JUGEMENT

(Exemple de formule confirmant l'existence d'un jugement rendu par le tribunal d'origine dans le but de la reconnaissance et de l'exécution en vertu de la Convention sur les accords d'élection de for (la « Convention »))

(LE TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(ADRESSE DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(INTERMÉDIAIRE AUPRÈS DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(TÉL. / FAX / COURRIEL DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

.....(DEMANDEUR)

Affaire / Numéro de dossier :

c.

.....(DÉFENDEUR)

(LE TRIBUNAL D'ORIGINE) confirme par la présente qu'il a rendu un jugement dans l'affaire susvisée le (DATE) à (LOCALITÉ, PAYS), qui est un État contractant de la Convention. Une copie intégrale et certifiée conforme du jugement rendu par (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) est jointe en annexe à cette formule.

1 Ce tribunal a fondé sa compétence à l'égard des parties sur la base de l'accord d'élection de for formulé ou attesté par les documents ou établi par les éléments de fait suivants :

2 Ce tribunal a accordé le payement du montant suivant *(Veuillez indiquer toute catégorie pertinente de dommages-intérêts y compris) :*

3 Ce tribunal a accordé les intérêts suivants sur le montant accordé (*Veuillez indiquer le taux d'intérêt, la partie ou les parties du jugement auxquelles s'appliquent les intérêts, et la date à partir de laquelle il faut les compter*) :

Groupe de travail informel – troisième rapport

FORM A

CONFIRMATION OF JUDGMENT

(Sample form confirming the issuance of a judgment by the Court of Origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention on Choice of Court Agreements (the "Convention"))

(THE COURT OF ORIGIN) .....

(ADDRESS OF THE COURT OF ORIGIN) .....

(CONTACT PERSON AT THE COURT OF ORIGIN) .....

(TEL. / FAX / EMAIL OF THE COURT OF ORIGIN) .....

.....(PLAINTIFF)

Case / Docket Number:

v.

.....(DEFENDANT)

(THE COURT OF ORIGIN) hereby confirms that it rendered a judgment in the above captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE), which is a Contracting State to the Convention. Attached to this form is a complete and certified copy of the judgment rendered by (THE COURT OF ORIGIN).

1 This Court based its jurisdiction over the parties on their choice of court agreement found in or evidenced by the following documents or indicia of agreement:

2 This Court awarded the following payment of money *(Please indicate any relevant categories of damages included):*

3 This Court awarded interest as follows (*Please specify the rate of interest, the portion(s) of the award to which interest applies, and the date from which interest is computed*):

4 Ce tribunal a inclus dans le jugement les frais et dépens suivants liés au procès (y compris les frais de la représentation en justice) (*Veuillez spécifier le montant de ces indemnités, y compris, le cas échéant, la part de ces indemnités pécuniaires destinée à couvrir les frais et dépens liés aux procédures) :*

5 Ce tribunal a accordé, en tout ou en partie, le dédommagement non pécuniaire suivant (*Veuillez décrire la nature du dédommagement*) :

6 Ce jugement a été rendu par défaut :

OUI ☐ NON ☐

(Si ce jugement a été rendu par défaut, veuillez ajouter le document original ou une copie certifiée conforme attestant que l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur)

7 Ce jugement (ou une partie du jugement) fait actuellement l'objet d'un recours en / au (ÉTAT DU TRIBUNAL D'ORIGINE)

OUI ☐ NON ☐

8 Ce jugement (ou une partie du jugement) est exécutoire en / au (ÉTAT DU TRIBUNAL D'ORIGINE) :

OUI ☐ NON ☐

Liste des documents :

Fait à ....., le ..... 20.....

.....

Signature et / ou cachet

4 This Court included within the judgment the following court costs and expenses (including lawyers' fees) related to the proceedings *(Please specify the amounts of any such awards, including where applicable, any amount(s) within a monetary award intended to cover costs and expenses relating to the proceedings)*:

5 This Court awarded, in whole or in part, the following non-monetary remedy *(Please describe the nature of the remedy)*:

6 This judgment was rendered by default:

YES ☐ NO ☐

(If this judgment was rendered by default, please attach the original or a certified copy of the document verifying notice to the defendant of the proceedings.)

7 This judgment (or some part thereof) is currently the subject of review in (STATE OF THE COURT OF ORIGIN):

YES ☐ NO ☐

8 This judgment (or some part thereof) is enforceable in (STATE OF THE COURT OF ORIGIN):

YES ☐ NO ☐

List of documents:

Dated this ..... day of ....., 20 .....

.....

Signature and / or stamp by an officer of the Court

Mécanismes de renvoi des affaires au sein de systèmes fédéraux Note de recherche

PRÉPARÉE PAR ANDREA SCHULZ
PREMIER SECRÉTAIRE

Document préliminaire No 23 d'octobre 2003

Table des matières page

I. INTRODUCTION 118

II. ANALYSE PAYS PAR PAYS 120

A. Australie 120
1. Compétence fédérale contre compétence d'état et de territoire 120
a) Compétence fondée sur le droit fédéral 122
b) Diversité 122
c) Compétence d'état et de territoire 122
d) Attribution de compétence croisée 122
e) Chevauchement potentiel 122
2. Mécanismes de renvoi 124
a) Renvoi (déplacement) entre juridictions fédérales 124
b) Renvoi de la Haute Cour vers les autres juridictions fédérales et d'état 124
c) Renvoi en application du mécanisme d'attribution croisée 124
d) Renvoi en application de la Loi sur les personnes morales (Corporations Act) 126
3. Renvoi et forum non conveniens 126
4. Clauses attributives de compétence 128
5. Loi applicable en cas de renvoi 128
a) Choix de loi en cas de compétence fédérale 128
b) Choix de loi en cas de compétence d'attribution croisée 128

B. Canada 128
1. Compétence fédérale contre compétence des provinces et territoires 128
a) Les principes élémentaires du droit judiciaire canadien 128
b) Chevauchement potentiel 130
2. Mécanismes de transfert 130
a) Transfert au sein du système judiciaire fédéral 130
b) Transfert entre juridictions provinciales 132
i. Transfert à l'intérieur d'une province 132
ii. Transfert d'une province à l'autre 132
c) Transfert entre juridictions provinciales et fédérale 132
3. Transfert et suspension d'instance 132
a) La Cour fédérale 132
b) Les cours supérieures provinciales 134
4. Loi applicable en cas de transfert ou de sursis à statuer 136

C. États-Unis d'Amérique 136
1. Compétence fédérale contre compétence d'état 136
a) Compétence pour les questions fédérales 136
b) Compétence en matière de diversité 138
c) Chevauchement potentiel 138
2. Mécanismes de renvoi 138
a) Renvoi entre juridictions fédérales 138
b) Renvoi d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale 138
i. Compétence sur les questions fédérales et renvoi 138
ii. Compétence en matière de diversité et renvoi 140
3. Requête de déplacement d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale et clauses d'élection de for 140
4. Loi applicable en cas de renvoi 140

III. CONCLUSION 142

I. INTRODUCTION

1 Lors de la première réunion du groupe de travail informel sur le projet de Convention mondiale de La Haye sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière civile et commerciale (le « Projet sur les jugements ») qui s'est tenue du 22 au 25 octobre 2002, il a été demandé au Bureau Permanent d'effectuer certaines recherches. Les participants ont demandé une note décrivant les mécanismes et latitudes existant éventuellement en droit national, pour déplacer ou renvoyer une affaire de la juridiction choisie à titre exclusif vers une autre, au sein du même État, en dépit du fait que la juridiction choisie et saisie disposait d'une compétence *ratione personae* et *ratione materiae* ainsi que territoriale, et une description des règles pertinentes sur la répartition interne de compétence.

2 Les affaires dans lesquelles la juridiction choisie est dépourvue de compétence *ratione materiae* ne sont pas couvertes par la présente note. La question de savoir si une clause visant une juridiction particulière (et pas seulement « les juridictions du pays X »), qui ne peut recevoir exécution parce que la juridiction choisie est dépourvue de compétence *ratione materiae*, peut être « sauvée » par une interprétation, dirigeant alors les parties vers la juridiction la plus proche de leur choix et disposant d'une compétence *ratione materiae*, se pose également dans les affaires purement internes. Il en est de même pour les règles nationales de compétence territoriale, qui peuvent diriger les parties vers une juridiction alors qu'elles en ont choisi une autre. La manière dont ces affaires sont traitées est une question d'interprétation des contrats dans un contexte procédural. Elle n'est pas spécifique à la situation ayant donné lieu à la demande de note, c'est-à-dire l'existence de deux systèmes de juridictions parallèles (par exemple, d'état et fédérales) dans un pays qui pourrait permettre un renvoi de l'un à l'autre même dans le cas où la juridiction choisie dispose effectivement d'une compétence *ratione personae* et *ratione materiae* ainsi que territoriale, *et pourrait* en pratique connaître de l'affaire. La note est donc orientée sur les mécanismes de renvoi existant dans ces dernières situations.

3 En outre, elle se concentre sur les systèmes fédéraux qui ont non seulement plus d'un ensemble de juridictions, mais également plus d'un système de droit. Les systèmes juridiques unitaires dans lesquels un transfert d'une juridiction à une autre n'affecterait pas le droit (matériel ou procédural) applicable ne seront pas examinés ici.

4 Le contexte du problème examiné dans cette note est décrit de manière plus détaillée dans le Document préliminaire No 20 (Rapport sur la première réunion du groupe de travail informel sur le projet des jugements) sous la rubrique

Mechanisms for the Transfer of Cases within Federal Systems: A Research Paper

PREPARED BY ANDREA SCHULZ
FIRST SECRETARY

Preliminary Document No 23 of October 2003

Table of contents page

I. INTRODUCTION 119

II. COUNTRY-BY-COUNTRY ANALYSIS 121

A. Australia 121
1. Federal jurisdiction versus state and territory jurisdiction 121
a) Jurisdiction based on federal law 123
b) Diversity 123
c) State and territory jurisdiction 123
d) Cross-vested jurisdiction 123
e) Potential overlap 123
2. Transfer mechanisms 125
a) Transfer (change of venue) within federal courts 125
b) Transfer from the High Court to other federal and state courts 125
c) Transfer under the cross-vesting scheme 125
d) Transfer under the Corporations Law 127
3. Transfer and forum non conveniens 127
4. Jurisdiction clauses 129
5. Applicable law in case of transfer 129
a) Choice of law in federal jurisdiction 129
b) Choice of law in cross-vested jurisdiction 129

B. Canada 129
1. Federal jurisdiction versus jurisdiction of provinces and territories 129
a) The basic principles of the Canadian court structure 129
b) Potential overlap 131
2. Transfer mechanisms 131
a) Transfer within the federal court system 131
b) Transfer among provincial courts 133
i. Transfer within a province 133
ii. Transfer from one province to another 133
c) Transfer between provincial courts and a federal court 133
3. Transfer and stay of proceedings 133
a) The Federal Court 133
b) Provincial superior courts 135
4. Law applicable in the event of transfer or stay of proceedings 137

C. United States of America 137
1. Federal versus state jurisdiction 137
a) Federal question jurisdiction 137
b) Diversity jurisdiction 139
c) Potential overlap 139
2. Transfer mechanisms 139
a) Transfer among federal courts 139
b) Transfer from state court to federal court 139
i. Federal question jurisdiction and transfer 139
ii. Diversity jurisdiction and transfer 141
3. Motion to remove from state to federal court and choice of court clauses 141
4. Applicable law in case of a transfer 141

III. CONCLUSION 143

I. INTRODUCTION

1 During the first meeting of the informal working group on the draft global Hague Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement in Civil and Commercial Matters (the Judgments Project), which took place from 22 to 25 October 2002, the Permanent Bureau was asked to carry out some research. Participants asked for a paper describing which mechanisms and liberties might exist under national law to remove or transfer a case from the court exclusively chosen to another one within that same State in spite of the fact that the court chosen and seised had personal and subject matter jurisdiction as well as venue, and for a description of the relevant rules on the internal allocation of jurisdiction.

2 Cases where the chosen court lacks subject matter jurisdiction will not be covered by this paper. Whether a clause designating a specific court (and not only "the courts of country X"), which cannot be carried into effect because the court chosen lacks subject matter jurisdiction, can be "saved" through interpretation, thereby directing the parties to the court closest to their choice and having subject matter jurisdiction, is a question which also arises in purely internal cases. The same applies for national rules on venue, which may direct parties to one court while they have chosen another. How these cases are treated is an issue of the interpretation of contracts in a procedural context. It is not specific to the situation which gave rise to the request for this paper, *i.e.*, the presence of two parallel court structures (*e.g.*, state and federal) in a country which might enable a transfer from one to the other even where the chosen court *does* have personal and subject matter jurisdiction as well as venue and *could* in effect hear the case. This paper therefore focuses on transfer mechanisms existing for those latter situations.

3 Moreover, it concentrates on federal systems which do not only have more than one set of courts, but also more than one system of laws. Unitary legal systems where a transfer from one court to another could not affect the (substantive or procedural) law applicable will not be discussed here.

4 The background to the problem discussed in this paper is further described in Preliminary Document No 20 (Report on the First Meeting of the Informal Working Group on the

« Compétence *ratione personae* contre compétence *ratione materiae* », aux paragraphes 59 et suivants :

« *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'État concerné, elles n'aient pas de compétence rationae materiae. Il a donc été proposé, en 2001, d'inclure à l'article 4(1), première phrase, les mots « sous réserve de la compétence en raison de la matière » (voir notes 19 et 21 du Texte provisoire) ou de viser « les tribunaux d'un État contractant » au lieu d'« un tribunal d'un État 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 sur la nécessité ou le bien-fondé des propositions.*

À cet égard, sur le fondement d'une suggestion présentée par un participant à la Session diplomatique de 2001, le Bureau Permanent a proposé l'insertion d'une clause générale (voir Doc. prél. No 19), rédigée comme suit : « Aucune disposition de la présente Convention n'affectera la compétence rationae materiae », soit à l'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 État contractant » à la proposition du Document préliminaire No 19.

Au cours des débats, certains doutes se sont immiscés sur le point de savoir si cela permettrait également à une juridiction choisie d'un État avec deux systèmes de compétence parallèles (par exemple, juridictions au niveau fédéré et fédéral) de renvoyer une affaire aux juridictions de l'autre groupe, lorsque la juridiction choisie est 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 décliner 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 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. »

5 Trois pays disposant de deux structures juridictionnelles parallèles à tous les niveaux ainsi que de plus d'un système de droit, entrant dans le cadre de la présente étude, ont été identifiés. Il s'agit de l'Australie, du Canada, et des États-Unis d'Amérique, qui disposent tous de juridictions à la fois d'état et fédérales. Bien que d'autres pays puissent présenter ces caractéristiques, il est à prévoir que les principes communs tirés de ces trois exemples apporteront des renseignements suffisants pour une étude future plus approfondie.

6 Les questions examinées à l'égard de ces trois pays sont les suivantes : i) Existe-t-il des affaires dans lesquelles les juridictions d'état ainsi que fédérales sont compétentes *ratione materiae* (c-à-d. un chevauchement de compétence *ratione materiae*) ? ii) Lorsqu'il existe un chevauchement de compétence *ratione materiae* (et éventuellement territoriale), une juridiction effectivement saisie (quel que soit le fondement de compétence allégué) et plus précisément, une juridiction choisie à titre exclusif par les parties dispose-t-elle d'une discrétion ou d'une autre possibilité de renvoyer cette affaire à une autre juridiction ou de la rejeter et d'inviter les parties à se pourvoir devant une autre juridiction ? Serait-ce une application du *forum non conveniens* ou une question distincte ? S'il existe des critères, quels sont-ils ?

II. ANALYSE PAYS PAR PAYS

A. Australie

7 L'Australie est une fédération composée de six états constitutifs[1] et de deux territoires internes autonomes. À l'égard des affaires régies par le droit d'état ou territorial, chaque état et territoire d'Australie est une zone de droit distincte. En vertu de la Constitution, le Parlement du Commonwealth a un pouvoir législatif concurrent dans les matières telles que les effets de commerce, chèques, mariage, affaires matrimoniales et faillites. Toute loi du Commonwealth dans ces matières, en cas d'incompatibilité, prévaudra sur n'importe quelle loi d'état. Cependant, s'il n'y a pas d'incompatibilité, la loi d'état pourra valablement s'appliquer nonobstant la loi du Commonwealth. Tous les états australiens ont hérité du même droit coutumier anglais, et la Haute Cour d'Australie statue en dernier lieu sur toute divergence d'interprétation entre les juridictions d'état[2].

1. Compétence fédérale contre compétence d'état et de territoire

8 Comme d'autres systèmes de *common law*, le droit australien distingue la compétence *ratione personae* de la compétence *ratione materiae*. En supposant que la compétence *ratione personae* serait régie par les dispositions de la convention sur les jugements, la description suivante se concentre sur les règles régissant la compétence *ratione materiae* et territoriale en Australie à l'égard d'un éventuel renvoi d'affaires d'une juridiction disposant d'une compétence à la fois *ratione materiae* et territoriale vers une autre juridiction. Les limites *ratione materiae* à la compétence d'une juridiction australienne s'appliquent que l'affaire comporte ou non un élément étranger[3].

9 Sous les auspices de la Constitution australienne, le champ d'application de la compétence des juridictions australiennes peut être défini par référence à la *common law* et en partie par référence à la loi écrite[4].

10 En règle générale, la compétence *ratione materiae* relève des états et territoires. À titre d'exception, le chapitre III de la Constitution identifie les matières relevant (éventuel-

[1] En Australie, le mot « État » est écrit avec une majuscule lorsqu'il vise les États et Territoires d'Australie. Dans la présente note, cependant, il sera écrit avec une minuscule dans ce contexte, afin de distinguer les états membres d'une fédération, tels que les états (et territoires) australiens, les états des États-Unis et les provinces et territoires canadiens, d'un « État » au sens d'un (éventuel) État contractant à une Convention de La Haye sur les jugements, même s'il est fédéral.

[2] Peter Edward Nygh / Martin Davies, *Conflict of Laws in Australia* (2002), 7e éd., p. 10.

[3] Michael Tilbury, Gray Davis, Brian Opeskin, *Conflict of Laws in Australia* (2002), p. 40.

[4] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 45.

Judgments Project – 22 to 25 October, 2002) under "Personal Versus Subject Matter Jurisdiction", paragraphs 59 *et seq.*

"In 2001, there were some concerns that the Convention might force courts having jurisdiction under the Convention based on a valid choice of court clause, to hear a case although, under the internal system of allocation of jurisdiction in the State concerned, they might lack subject matter jurisdiction. Therefore, in 2001 it was suggested to insert into Article 4(1), 1st sentence, the words "provided the court has subject matter jurisdiction" (see footnotes 19 and 21 of the Interim Text) or to refer to "the courts of a Contracting State" instead of "a court of a Contracting State". As expressed in footnote 19 of the Interim Text, while the idea was generally accepted that a choice of forum clause could only confer jurisdiction over the person of the defendant and not in respect of subject matter outside the jurisdiction of the chosen court, there were doubts as to whether the proposals were either necessary or appropriate.

For this reason, based upon a suggestion made by one participant of the 2001 Diplomatic Session, the Permanent Bureau had suggested a general clause (see Preliminary Document No 19) as follows: "Nothing in this Convention shall affect subject matter jurisdiction", to be included either in Article 4 or, if there were to be more white list grounds of jurisdiction, as a general rule governing the whole chapter on jurisdiction.

Some participants stressed the difficulty they had to define what subject matter and what personal jurisdiction are. While it had always been stated that the Convention dealt with personal jurisdiction only, all of the former Article 12 on exclusive jurisdiction, for instance, to them related purely to subject matter. Therefore they suggested that the words "or the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State" should be added to the proposal of Preliminary Document No 19.

During the discussions, there were some doubts as to whether this would also allow a chosen court in a State which had two parallel systems of jurisdictions (e.g. state and federal courts) to remove a case to the other set of courts in a case where also the chosen court had subject matter jurisdiction. This was considered highly undesirable by most participants. To some of them it amounted to reintroducing forum non conveniens or a similar discretion not to exercising an existing jurisdiction. Therefore they preferred the rule only to apply where the chosen court lacks subject matter jurisdiction.

The Permanent Bureau, assisted by contributions from the participants, was asked to investigate further which mechanisms and liberties might exist under national law to remove a case from the court exclusively chosen to another one in relation to the internal allocation of jurisdiction."

5 Three countries identified as having two parallel court structures throughout all the instances and more than one system of law, that are covered in this paper, are Australia, Canada and the United States of America, all having both state and federal courts. Although there may be more countries demonstrating these features, it is to be expected that the common principles drawn from these three examples will provide sufficient information for further consideration.

6 The questions examined with regard to these three countries are: i) Are there cases where both state and federal courts have subject matter jurisdiction (*i.e.*, an overlap of subject matter jurisdiction)? ii) Where an overlap of subject matter jurisdiction (and possibly venue) exists, does a court actually seised (no matter on what basis of jurisdiction), and, more particularly, a court (exclusively) chosen by the parties, have any discretion or other possibility to transfer the case to another court or to dismiss and invite the parties to take their case to another court? Would this be an application of *forum non conveniens* or a separate issue? If there are criteria, which ones?

II. COUNTRY-BY-COUNTRY ANALYSIS

A. Australia

7 Australia is a federation consisting of six constituent states[1] and two self-governing internal territories. In respect of matters governed by state or territorial law, each state and territory in Australia is a distinct law area. Under the Constitution, the Commonwealth Parliament has concurrent legislative power in relation to such matters as bills of exchange, cheques, marriage, matrimonial causes and bankruptcy. Any Commonwealth law in the field will, to the extent of any inconsistency, prevail over any state law, but, if there is no "collision", state law can validly operate notwithstanding the existence of the Commonwealth law. All Australian states inherited the same English common law, and the High Court of Australia is the final arbiter on any differences in interpretation between state courts.[2]

1. Federal jurisdiction versus state and territory jurisdiction

8 Like other common law systems, Australian law distinguishes between personal and subject matter jurisdiction. Assuming that personal jurisdiction would be governed by the provisions of the Judgments Convention, the following description concentrates on the rules governing subject matter jurisdiction and venue in Australia with regard to a possible transfer of cases from a court having both subject matter jurisdiction and venue, to another court. Subject matter limitations on an Australian court's jurisdiction apply to cases irrespective of whether or not the case contains a foreign element.[3]

9 Under the auspices of the Australian Constitution, the ambit of jurisdiction of Australian courts can be defined by reference to the common law and partly by reference to statute.[4]

10 As a general rule, subject matter jurisdiction rests with the states and territories. As an exception, Chapter III of the Constitution identifies the matters that (may) fall within fed-

[1] In Australia, the word "State" is spelt with an upper case "S" when it refers to the States and Territories of Australia. In this paper, however, it will be spelt with a lower case "s" when used in that context, in order to distinguish the member states of a federation, like the Australian states (and territories), the states of the United States of America, and the Canadian provinces and territories, from a "State" in the sense of a (possible) Contracting State to a Hague Judgments Convention, albeit a federation.
[2] Peter Edward Nygh / Martin Davies (Conflict of Laws in Australia (2002), 7th ed., p. 10.
[3] Michael Tilbury / Gary Davis / Brian Opeskin, Conflict of Laws in Australia (2002), p. 40.
[4] Nygh / Davis (*supra* note 2), p. 45.

lement) de la compétence fédérale, soit directement selon la Constitution[5] soit en vertu d'une loi fédérale[6].

11 La Constitution envisage la possibilité que le Parlement établisse des juridictions fédérales pour exercer « le pouvoir judiciaire du Commonwealth ». Depuis lors, la Haute Cour (1901), la Cour aux affaires familiales d'Australie (1975), la Cour fédérale d'Australie (1976) et le Tribunal fédéral de 1ère instance (Federal Magistrates Court) (1999) ont été établis[7]. En outre, les juridictions d'un état peuvent également se voir investies d'une compétence fédérale par le Parlement fédéral[8].

a) Compétence fondée sur le droit fédéral

12 Dans la plupart des cas où une juridiction exerce une compétence fédérale, elle le fait parce qu'une question de droit fédéral matériel est en jeu, telle qu'une question survenant en application de la Constitution ou impliquant l'interprétation d'une loi fédérale. En particulier, le Parlement peut créer une compétence fédérale pour toute question survenant en application de toute loi issue du Parlement. La portée des pouvoirs législatifs du Parlement fédéral ainsi qu'ils sont décrits, entre autres, à l'article 51 de la Constitution, est étendue[9]. Un exemple important est celui de la loi sur les personnes morales (*Corporations Act*) qui régit la constitution, les fonctions, les pouvoirs et l'administration des personnes morales australiennes. Elle s'applique dans toute l'Australie et ses territoires à titre de système de droit unifié, éliminant ainsi les conflits au sein de l'Australie. La compétence pour les questions civiles survenant en application de la *Corporations Act* est conférée à la Cour fédérale d'Australie et aux Cours suprêmes de chaque état et territoire, à la Cour aux affaires familiales d'Australie et à la Cour aux affaires familiales d'Australie occidentale.

b) Diversité

13 En outre, il peut exister une compétence fédérale dans certaines situations n'impliquant aucune question de droit fédéral matériel, en particulier dans une situation de diversité, c'est-à-dire où une compétence fédérale est invoquée du seul fait que les parties sont résidentes d'états différents[10].

14 Il convient de noter cependant que la Haute Cour a jugé que le terme « résident » ne peut concerner qu'une personne physique[11]. Une instance engagée par ou à l'encontre d'une personne morale, y compris une société unipersonnelle composée d'une personne physique, ne remplit donc pas cette condition. Il n'est pas possible non plus d'obtenir l'intervention forcée d'une tierce personne morale dans une instance entre personnes physiques résidentes d'états différents[12].

c) Compétence d'état et de territoire

15 La compétence *ratione materiae* des états et territoires subsiste dans les domaines où aucune compétence fédérale n'a été créée, ainsi que dans les domaines où cette dernière n'est pas exclusive.

d) Attribution de compétence croisée

16 En outre, la compétence *ratione materiae*[13] de la Cour suprême de chaque état ou territoire fait l'objet d'une attribution croisée à chaque autre Cour suprême d'état ou de territoire (ou en d'autres termes, d'une extension à toute l'Australie), par le mécanisme dit de l'attribution croisée (*cross-vesting*) résultant de la *Jurisdiction of Courts (Cross-Vesting) Act* de 1987 (Cth) et des équivalents dans les états et territoires[14]. De ce fait, chaque Cour suprême d'état ou de territoire peut exercer une compétence *ratione materiae* dans une affaire relevant de la compétence *ratione materiae* de toute autre Cour suprême d'état ou de territoire[15]. Il en est de même pour les Cours suprêmes d'état qui peuvent exercer la compétence de la Cour fédérale et de la Cour aux affaires familiales[16]. Le mécanisme d'attribution croisée vise à éviter les conflits et brèches entre les compétences des états et territoires.

e) Chevauchement potentiel

17 Il est évident que les divers chefs de compétence peuvent se chevaucher. Pour les domaines qu'elle recouvre, la compétence *ratione materiae* des juridictions fédérales s'applique à toute l'Australie, de même que la compétence *ratione materiae* des Cours suprêmes des états et territoires du fait du mécanisme d'attribution croisée[17]. Cependant, ceci ne signifie pas nécessairement que la compétence fédérale, là où elle existe, exclut la compétence des juridictions d'état : à l'égard des questions visées aux articles 75 et 76 de la Constitution, le Parlement a le pouvoir de définir par voie législative la mesure dans laquelle la compétence de toute juridiction fédérale est exclusive[18]. Il s'ensuit que si la Haute Cour ne peut être privée de sa compétence à l'égard des domaines visés directement par la Constitution, le Parlement pourrait bien attribuer des compétences concurrentes à d'autres juridictions fédérales ou d'état, et prévoir des mécanismes de renvoi des instances. Les articles 38, 39, 39A et 39B du *Judiciary Act* de 1903 (Cth) prévoient, dans certains domaines, une compétence exclusive de la Haute Cour (concernant le pouvoir de renvoi de la Haute Cour, voir *infra*), alors que d'autres

[5] Constitution, art. 75 : « La Haute Cour dispose d'une compétence en première instance dans toute affaire (i) survenant en application de tout traité ; (ii) affectant les consuls ou autres représentants d'autres pays ; (iii) à laquelle le Commonwealth, ou une personne poursuivant ou poursuivie pour le compte du Commonwealth, est partie ; (iv) entre États, ou entre résidents d'États différents, ou entre un État et un résident d'un autre État ; (v) dans lesquelles une ordonnance de mandement (*mandamus*) ou d'interdiction ou injonction est demandée à l'encontre d'un agent du Commonwealth. »

[6] Constitution, art. 76 : « Le Parlement pourra conférer une compétence fédérale en première instance à la Haute Cour par voie législative dans toute affaire (i) survenant en application de la Constitution, ou impliquant son interprétation ; (ii) survenant en application de toutes lois émises par le Parlement ; (iii) de compétence maritime ; (iv) relative à un même objet revendiqué en application du droit de différents États. » L'article 77 permet au Parlement de conférer une compétence fédérale relativement aux matières énumérées aux articles 75 et 76 à toute autre juridiction fédérale ou à une juridiction d'état, au lieu de la Haute Cour.

[7] Tilbury / Davis / Opeskin (*supra* note 3), p. 482.

[8] Voir, par exemple, l'art. 39(2) du *Judiciary Act* de 1903 : « Les diverses juridictions des États seront investies, dans les limites de leurs compétences diverses, que ces limites concernent la localité, la matière, ou autrement, d'une compétence fédérale, dans toutes les affaires où la Haute Cour dispose d'une compétence en première instance ou dans lesquelles une compétence en première instance peut lui être conférée, sous réserve des dispositions de l'article 38, et des restrictions suivantes : [...] ». (Les restrictions concernent les appels et les juridictions d'état statuant en référé.) L'art. 38 réserve certains domaines à la compétence exclusive de la Haute Cour (voir *infra*, para. 17).

[9] Voir Constitution, art. 51 en annexe.

[10] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 85.

[11] Voir *Australasia Temperance and General Mutual Life Assurance Society c. Howe* (1922), 31 CLR 290.

[12] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 86.

[13] S'il a été jugé dans la décision *Seymour-Smith* c. *Electricity Trust of South Australia (NSW)* (1989) 17 NSWLR 648 en 659 (encore soutenue en 2002 par Tilbury / Davis / Opeskin (*supra* note 3), p. 485) que ce mécanisme étend la compétence à la fois *ratione materiae* et *ratione personae* accordée à un état ou territoire, aux autres, cette opinion ne peut plus être soutenue à la lumière de la décision *David Syme & Co. Ltd.* c. *Grey* (1993) 115 ALR 247, 273-4, par Gummow J : la compétence par attribution croisée ne concerne que la compétence *ratione materiae*. La compétence *ratione personae*, en droit australien, est établie soit par une signification valable en application de la *Service and Execution of Process Act* de 1992, soit par la soumission (voir Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 105).

[14] Voir *Bell Group Ltd.* c. *Westpac Banking Corp* (2000) FCA 439.

[15] En vertu de l'art. 4(3) de chaque loi d'état, la Cour suprême d'un autre état ou d'un territoire dispose d'une compétence en première instance et peut l'exercer à l'égard des « questions relevant de l'Etat ». La compétence ainsi attribuée peut être exercée par une Cour suprême d'état en application de l'art. 9 de la Loi. De même, l'art. 4(2) de la loi fédérale attribue à la Cour suprême d'un état et d'un autre territoire la compétence de la Cour suprême d'un territoire (autre que le Territoire du Nord) en matière civile. La compétence attribuée par la loi fédérale ou par les lois d'état peut être exercée par la Cour suprême d'un territoire en application de l'art. 9(2) de la loi fédérale.

[16] Art. 4(1) de la *Jurisdiction of Courts (Cross-vesting) Act 1987*. Si le mécanisme d'attribution croisée couvrait initialement une attribution croisée entre compétence fédérale et d'état dans les *deux* sens, la Haute Cour dans l'affaire *Re Wakim ; ex parte McNally* (1999) 163 ALR 270 y a apporté des modifications significatives en jugeant que les dispositions législatives conférant la compétence d'état aux juridictions fédérales (dans les cas où ces dernières ne disposeraient pas d'une compétence en première instance ou par extension [sur le principe de la compétence par extension, voir *infra*, note 19]) n'étaient pas conformes à la Constitution australienne. L'attribution croisée de la Cour fédérale et de la Cour aux affaires familiales d'Australie vers les Cours suprêmes des états et territoires, par contre, reste possible, de même que l'attribution croisée entre les Cours suprêmes des états et territoires, et des Cours suprêmes des états et territoires vers la Cour aux affaires familiales de l'état d'Australie occidentale (voir Nygh / Davies, *supra* note 2), p. 104).

[17] La compétence *ratione personae* est également nationale : une Cour suprême d'état ou de territoire peut exercer une compétence *ratione personae* à l'égard de défendeurs d'états différents en application de la partie 2 du *Service and Execution of Process Act* de 1992 (Cth). Voir *Schmidt* c. *Won* (1998) 3 VR 435 à 452, par Ormiston, JA.

[18] Constitution, art. 77(ii). Les instances entre le Commonwealth et un état relèvent de la compétence exclusive de la Haute Cour (*Judiciary Act* de 1903 (Cth), art. 38(c) et (d)).

eral jurisdiction, either directly under the Constitution[5] or by virtue of a federal law.[6]

11 The Constitution contemplates that Parliament may establish federal courts to exercise "the judicial power of the Commonwealth". Meanwhile, the High Court (1901), the Family Court of Australia (1975), the Federal Court of Australia (1976) and the Federal Magistrates Court (1999) have been established.[7] Moreover, federal jurisdiction may also be invested in the court of a state by the federal Parliament.[8]

a) Jurisdiction based on federal law

12 In most cases where a court exercises federal jurisdiction it does so because a question of substantive federal law is involved such as a matter arising under the Constitution or involving the interpretation of a federal statute. In particular, federal jurisdiction may be created by Parliament for any of the matters arising under any laws made by Parliament. The scope of the federal Parliament's legislative powers as listed, *inter alia*, in Section 51 of the Constitution, is extensive.[9] An important example is the Corporations Law, which governs the incorporation, functions, powers and administration of Australian corporations. It operates throughout Australia and its territories as a unified system of law, thereby eliminating conflicts of law within Australia. Jurisdiction with respect to civil matters arising under the Corporations Law is conferred upon the Federal Court of Australia and the Supreme Courts of each state and territory, the Family Court of Australia and the Family Court of Western Australia.

b) Diversity

13 In addition, federal jurisdiction may exist in some situations where there is no question of substantive federal law involved, in particular in a situation of diversity, *i.e.*, where federal jurisdiction is invoked by the mere fact that the parties are residents of different states.[10]

14 It has to be noted, however, that the High Court has held that the word "resident" can only refer to a natural person.[11] Hence, an action by or against a corporation, including a corporation solely consisting of a natural person, cannot qualify. Nor is it possible to join a corporate third party to an action between individual residents of different states.[12]

c) State and territory jurisdiction

15 Subject matter jurisdiction of states and territories continues to exist in those areas where no federal jurisdiction was created as well as in areas where the latter is not exclusive.

d) Cross-vested jurisdiction

16 Moreover, the subject matter[13] jurisdiction of each state or territory Supreme Court is cross-vested in every other state or territory Supreme Court (or, in other words, being extended throughout Australia) by the so-called cross-vesting scheme (the *Jurisdiction of Courts (Cross-vesting) Act 1987* (Cth) and the state and territory equivalents).[14] As a result, each state or territory Supreme Court may exercise subject matter jurisdiction over a case falling within the subject matter jurisdiction of any other state or territory Supreme Court.[15] The same is true for the state Supreme Courts which may exercise the jurisdiction of the Federal Court and the Family Court.[16] The cross-vesting scheme aims to avoid conflicts and gaps as between the jurisdiction of the states and territories.

e) Potential overlap

17 It is obvious that the various heads of jurisdiction may overlap. For the areas it covers, the subject matter jurisdiction of the federal courts extends throughout Australia, as does the subject matter jurisdiction of the Supreme Courts of states and territories through the cross-vesting scheme.[17] However, this does not necessarily mean that federal jurisdiction, where it exists, excludes the jurisdiction of state courts: with regard to the matters mentioned in Sections 75 and 76 of the Constitution, Parliament has the power to define by law to which extent the jurisdiction of any federal court is exclusive.[18] Hence, while the High Court cannot be deprived of its jurisdiction over areas mentioned directly in the Constitution, Parliament may well establish concurrent jurisdiction of other federal or state courts, and provide for mechanisms to transfer cases. Sections 38, 39, 39A and 39B of the *Judiciary Act 1903* (Cth) provide for some areas of exclusive jurisdiction for the High Court (for the High Court's remittal power see below), while other areas of jurisdiction are

[5] Constitution Section 75: "Original jurisdiction of the High Court exists in all matters (i) arising under any treaty; (ii) affecting consuls or other representatives of other countries; (iii) in which the Commonwealth, or a person suing or being sued on behalf of the Commonwealth, is a party, (iv) between States, or between residents of different States, or between a State and a resident of another State; (v) in which a writ of Mandamus or prohibition or an injunction is sought against an officer of the Commonwealth."

[6] Constitution Section 76: "The Parliament may confer original federal jurisdiction on the High Court by law in any matter (i) arising under the Constitution, or involving its interpretation; (ii) arising under any laws made by the Parliament; (iii) of Admiralty and maritime jurisdiction; (iv) relating to the same subject matter claimed under the laws of different States." Section 77 enables the Parliament to confer federal jurisdiction concerning the matters listed in Sections 75 and 76 on any other federal court or on a state court, instead of on the High Court.

[7] Tilbury / Davis / Opeskin (*supra* note 3), p. 482.

[8] See, *e.g.*, Section 39(2) of the *Judiciary Act 1903*: "The several Courts of the States shall within the limits of their several jurisdictions, whether such limits are as to locality, subject matter, or otherwise, be invested with federal jurisdiction, in all matters in which the High Court has original jurisdiction or in which original jurisdiction can be conferred upon it, except as provided in Section 38, and subject to the following restrictions: (...)" (The restrictions concern appeals and state courts of summary jurisdiction.). Section 38 reserves some areas to the exclusive jurisdiction of the High Court (see *infra*, para. 17).

[9] See Constitution Section 51 in the Annex.

[10] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 85.

[11] See *Australasian Temperance and General Mutual Life Assurance Society v. Howe* (1922) 31 CLR 290.

[12] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 86.

[13] While it was held in *Seymour-Smith v. Electricity Trust of South Australia (NSW)* (1989) 17 NSWLR 648 at 659 (in 2002 still supported by Tilbury / Davis / Opeskin (*supra* note 3), p. 485) that the scheme extends both personal and subject matter jurisdiction vested in one state or territory to the others, this view can now no longer be sustained in the light of *David Syme & Co Ltd v. Grey* (1993) 115 ALR 247 at 273-4 per Gummow J: Cross-vested jurisdiction embraces only jurisdiction as to subject matter. Personal jurisdiction, under Australian law, is established either by valid service of process under the *Service and Execution of Process Act 1992*, or by submission (see Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 105).

[14] See *Bell Group Ltd v. Westpac Banking Corp* (2000) FCA 439.

[15] By virtue of Section 4(3) of each State Act the Supreme Court of another state or of a territory has and may exercise original jurisdiction with respect to "State matters". The jurisdiction so conferred may be exercised by a state Supreme Court under Section 9 of the Act. Likewise Section 4(2) of the Federal Act confers upon the Supreme Court of a state and of another territory the jurisdiction of the Supreme Court of a territory (other than the Northern Territory) with respect to civil matters. The jurisdiction conferred by the Federal Act or by the State Acts may be exercised by the Supreme Court of a territory under Section 9(2) of the Federal Act.

[16] Section 4(1) of the *Jurisdiction of Courts (Cross-vesting) Act 1987*. While the cross-vesting scheme initially covered cross-vesting between federal and state jurisdiction in *both* directions, the High Court case of *Re Wakim; ex parte McNally* (1999) 163 ALR 270 made significant changes to this by holding the legislative provisions conferring state jurisdiction on the federal courts (where the latter would not have original or accrued jurisdiction [on the doctrine of accrued jurisdiction, see *infra*, note 19] invalid under the Australian Constitution. The cross-vesting from the Federal Court and the Family Court of Australia to the Supreme Courts of the states and territories, on the other hand, remains possible, just like the cross-vesting among the Supreme Courts of the states and territories, and from the Supreme Courts of the states and territories to the state Family Court of Western Australia (see Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 104).

[17] Personal jurisdiction is also nationwide: A state or territory Supreme Court may exercise personal jurisdiction over interstate defendants under Pt 2 of the *Service and Execution of Process Act 1992* (Cth). See *Schmidt v. Won* (1998) 3 VR 435 at 452 per Ormiston JA.

[18] Constitution Section 77(ii). Proceedings between the Commonwealth and a state fall within the exclusive jurisdiction of the High Court (*Judiciary Act 1903* (Cth) Section 38(c) and (d)).

domaines de compétence sont confiés concurremment à la Haute Cour, aux cours d'état et de territoire ou à la Haute Cour et à la Cour fédérale. Les procédures en cas de diversité fondées sur l'article 75(iv) et impliquant des résidents d'états différents, par exemple, qui seraient susceptibles de survenir en application de la Convention sur les Jugements, peuvent être engagées, en application de l'article 39(2) du *Judiciary Act* de 1903 (Cth), devant les tribunaux d'état ainsi que devant la Haute Cour. En outre, une Cour suprême d'état ou de territoire peut exercer une compétence fédérale sur le fondement d'une autre législation particulière. La Cour fédérale peut exercer sa compétence à l'égard des questions relevant d'un état ou territoire en application de ses compétences par extension (*accrued*)[19].

2. Mécanismes de renvoi

a) Renvoi (déplacement) entre juridictions fédérales

18 Si aux États-Unis d'Amérique, les juridictions fédérales sont organisées sous la forme de différents tribunaux de district fédéraux en fonction du territoire, en Australie les juridictions fédérales sont nationales et divisées en différents bureaux du greffe (*registries*) selon le ressort territorial. En dépit de cette différence, les systèmes sont très semblables dans le domaine examiné ici[20].

19 Une juridiction fédérale peut ordonner qu'une procédure se poursuive dans un ressort autre que celui où elle a été engagée si cet autre ressort est le plus approprié au déroulement du litige, en prenant en compte les intérêts de toutes les parties, l'intérêt de la justice et la nécessité d'une bonne administration de la juridiction[21]. Un déplacement dans l'exercice de la compétence fédérale peut donc se produire par le transfert d'une affaire à un autre bureau du greffe de la Haute Cour, de la Cour fédérale ou de la Cour aux affaires familiales d'Australie[22].

b) Renvoi de la Haute Cour vers les autres juridictions fédérales et d'état

20 Il existe des dispositions permettant à la Haute Cour de transférer des affaires à d'autres juridictions. La Haute Cour, sur demande d'une partie ou d'office, peut transférer une procédure relevant de sa compétence en première instance, y compris notamment les affaires de diversité, en application de l'article 44(1) du *Judiciary Act* de 1903 (Cth), à toute juridiction fédérale, juridiction d'un état ou territoire compétente au regard de la matière et des parties, à l'exception des affaires relevant de sa compétence exclusive. Cependant, même ces dernières peuvent être transférées en application de l'article 44(2) à la Cour fédérale ou toute juridiction d'un état ou territoire, bien que la saisine directe de l'une quelconque de ces juridictions ne soit pas ouverte aux parties du fait de la compétence exclusive de la Haute Cour. En outre, la Haute Cour peut transférer toute procédure à laquelle le Commonwealth est partie en application de l'article 44(2A) vers la Cour fédérale. Les dispositions se chevauchent et ne s'excluent pas mutuellement[23], et par conséquent le choix entre la Cour fédérale et une juridiction d'état ou de territoire sera ouvert dans quasiment tous les cas[24], soit directement, soit après avoir saisi la Haute Cour dans les affaires où celle-ci a compétence exclusive.

21 Le pouvoir en vertu de l'article 44(1) est très étendu[25] – l'exigence d'une compétence de la juridiction recevant l'affaire sur renvoi a été interprétée comme signifiant que le fondement de l'instance est d'un type que la juridiction peut recevoir[26] et que la partie est une personne qui relèverait de la compétence de cette juridiction si cette partie avait reçu une signification dans le ressort[27]. Il n'est pas nécessaire que la Haute Cour recherche si la juridiction d'état aurait eu ou aurait pu exercer une compétence à l'égard des parties effectivement en cause. Elle confère une compétence à la juridiction d'état ou fédérale en lui transférant l'affaire[28]. Le premier principe à appliquer pour déterminer la juridiction à laquelle l'affaire doit être transférée est que la Haute Cour ne doit pas, en effectuant un transfert, modifier les droits des parties[29]. La Cour prend en considération non seulement une différence dans les droits matériels mais également l'impact des différences procédurales sur ces droits. S'il n'y a aucun conflit entre les lois potentiellement applicables[30], la Cour recherchera le for le plus approprié. Les questions qui ont été jugées importantes dans ce contexte comprennent le lieu d'hospitalisation du demandeur, depuis où les témoins devraient se déplacer, quelle juridiction sera en mesure de connaître de l'affaire en premier, la disponibilité d'une aide judiciaire, le lieu de résidence du défendeur, et le lieu de constitution du défendeur[31].

c) Renvoi en application du mécanisme d'attribution croisée

22 Ceci recouvre un renvoi depuis la Cour fédérale d'Australie et la Cour aux affaires familiales d'Australie vers les Cours suprêmes des états et territoires ainsi que les renvois entre celles-ci et depuis celles-ci vers la Cour aux affaires familiales d'Australie occidentale.

23 Le renvoi de procédures d'une Cour suprême à une autre est prévu à l'article 5(2) des lois fédérale et d'état sur l'attribution croisée. Il prévoit qu'un tel renvoi sera prononcé s'il apparaît à la juridiction devant laquelle l'instance est pendante que (a) la procédure en cause survient à l'occasion d'une autre procédure pendante devant la Cour suprême d'un autre état ou territoire, ou y est liée, et il est plus approprié que la procédure en cause soit tranchée par cette autre Cour suprême ; ou (b) il est par ailleurs de l'intérêt de la justice que la procédure en cause soit tranchée par la Cour suprême d'un autre état ou territoire. L'article énumère les facteurs dont la Cour doit tenir compte pour décider de renvoyer une procédure en application de la première option, et notamment la question de savoir si les points en cause résultent ou concernent des questions d'application, d'interprétation ou de validité de la loi de l'autre état et, en l'absence du mécanisme d'attribution croisée, ne relèveraient pas de la compétence de la juridiction saisie en premier.

24 Une juridiction peut, en application de l'article 5(7), renvoyer une procédure sur demande d'une partie, d'office ou sur demande du procureur général (*Attorney-General*) du Commonwealth, d'un état ou d'un territoire. Les deux options pour un renvoi ne sont pas limitées au renvoi d'une compétence résultant d'une attribution croisée. Toute procédure pendante devant une Cour suprême peut être renvoyée[32]. Une fois qu'une affaire en Haute Cour a été transférée en

[19] Le principe de la compétence par extension a été développé par la Haute Cour au cours des années 1940 (*Carter* c. *Egg & Egg Pulp Marketing Board* (1942) 66 CLR 557) et précisée au début des années 1980. Il permet à une juridiction fédérale de trancher à la fois des réclamations d'ordre fédéral et les réclamations liées qui seraient par ailleurs non fédérales si ces dernières sont liées de manière inséparable à des réclamations fédérales qui relèvent bien de la compétence légale de la Cour. La compétence de la Cour sur la partie non fédérale de l'affaire par extension subsiste même si la réclamation fédérale est par la suite abandonnée ou rejetée. Voir « *The Australian Law Commission* ». Discussion Paper 64, *Review of the Judiciary Act 1903*, para. 2.19 et 2.125, disponible à l'adresse <www.austlii.edu.au>.

[20] Voir Tilbury / Davis / Opeskin (*supra* note 3), p. 503.

[21] Voir *Federal Court of Australia Act* de 1976 (Cth), art. 48, et *Federal Court Rules* O.1 Règle 4, O.10 règle 1(2) et O.30 règle 6.

[22] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 97.

[23] *State Bank of NSW* c. *Commonwealth Savings Bank of Australia* (1984) 154 CLR 579.

[24] *Bowtell* c. *Commonwealth* (1979) 86 ALR 31.

[25] *Johnstone* c. *Commonwealth* (1979) 143 CLR 398.

[26] Ceci concerne la compétence *ratione materiae*.

[27] Ceci concerne la compétence *ratione personae*.

[28] Voir *Weber* c. *Aidone* (1981) 36 ALR 345.

[29] *State Bank of NSW* c. *Commonwealth Savings Bank of Australia* (1984) 154 CLR 579, en 586, Gibbs, CJ.

[30] Ceci ne signifie pas nécessairement que la même loi devra être appliquée.

[31] Voir *Weber* c. *Aidone* (1981) 36 ALR 345 ; *Crouch* c. *Commr. for Railways (Qld)* (1989) 85 ALR 347 ; *Guzowski* c. *Cook* (1981) 149 CLR 128.

[32] Nygh / Davies préc., p. 107.

conferred concurrently on the High Court and state and territory courts or the High Court and the Federal Court. Diversity proceedings based on Section 75(iv) and involving residents of different States, *e.g.*, which would be likely to arise under the Judgments Convention, can under Section 39(2) of the *Judiciary Act 1903* (Cth) be brought in state courts as well as in the High Court. Moreover, a state or territory Supreme Court may exercise federal jurisdiction by reason of other specific legislation. The Federal Court may exercise jurisdiction in respect of state and territorial matters in its accrued[19] jurisdiction.

2. *Transfer mechanisms*

a) *Transfer (change of venue) within federal courts*

18 While in the United States of America, the federal courts are organised as different Federal District Courts on a territorial basis, in Australia the federal courts are nationwide and subdivided into different registries according to venue. In spite of this difference, the systems are very similar in the context discussed here.[20]

19 A federal court may direct that a proceeding continue in a place other than the place at which the proceeding was commenced when that other place is the most suitable place for the conduct of the litigation, taking into consideration the interests of all the parties, the ends of justice and the need for the efficient administration of the court.[21] A change of venue in the exercise of federal jurisdiction may therefore occur by removal of the case to another registry of the High Court, Federal Court or Family Court of Australia.[22]

b) *Transfer from the High Court to other federal and state courts*

20 There are provisions under which the High Court may remit matters to other courts. The High Court can, upon application by a party or on its own motion, remit proceedings within its original jurisdiction, including in particular diversity cases, under Section 44(1) of the *Judiciary Act 1903* (Cth) to any federal court, court of a state or territory that has jurisdiction with respect to the subject matter and the parties, with the exception of suits falling within its exclusive jurisdiction. However, even the latter can be remitted under Section 44(2) to the Federal Court or any court of a state or territory, although it would not be possible for parties to seise any of these courts directly because of the exclusive jurisdiction of the High Court. In addition, the High Court can remit any proceeding to which the Commonwealth is a party under Section 44(2A) to the Federal Court. The provisions overlap and are not mutually exclusive,[23] and consequently the choice between the Federal Court and a state or territorial court will be available in almost all cases,[24] either directly or after having seised the High Court in cases where the latter has exclusive jurisdiction.

21 The power under Section 44(1) is very wide[25] – the requirement that the court receiving the case by remittal must have jurisdiction has been interpreted as meaning that the cause of the action is of a kind which that court can entertain[26] and the party is a person over whom that court would have jurisdiction if that party had been served within the jurisdiction.[27] The High Court does not have to enquire whether the state court would have had or could have exercised jurisdiction over the actual parties involved. It confers jurisdiction upon the state or federal court by remitting the case to it.[28] The first principle to be applied in selecting the court to which the matter should be remitted, is that the High Court should not by making a remitter alter the rights of the parties.[29] The Court considers not merely a difference in substantive rights but also the impact of procedural differences on such rights. If there is no conflict between the potentially applicable laws,[30] the Court will look for the most appropriate forum. Matters which have been considered important in this context include the place where the plaintiff was hospitalised, from where the witnesses would have to come, which court will be able to hear the matter earlier, the availability of legal aid, the place of residence of the defendant, and the place of incorporation of the defendant.[31]

c) *Transfer under the cross-vesting scheme*

22 This covers a transfer from the Federal Court of Australia and the Family Court of Australia to the Supreme Courts of the states and territories as well as transfers among the latter and from them to the Family Court of Western Australia.

23 Provision is made for the transfer of proceedings from one Supreme Court to another in Section 5(2) of the Federal and State Cross-Vesting Acts. It provides that such a transfer shall be ordered where it appears to the court in which the proceeding is pending that (a) the relevant proceeding arises out of, or is related to, another proceeding pending in the Supreme Court of another state or territory and it is more appropriate that the relevant proceeding be determined by that other Supreme Court, or (b) whether it is otherwise in the interests of justice that the relevant proceeding be determined by the Supreme Court of another state or territory. The section lists factors to which the court must have regard in deciding to transfer proceedings under the first option, in particular whether the matters at issue arise under or involve questions as to the application, interpretation or validity of the law of the other state and would, apart from the cross-vesting scheme, not be within the jurisdiction of the court first seised.

24 A court may under Section 5(7) transfer a proceeding on the application of a party, on its own motion, or on the application of the Attorney-General of the Commonwealth, a state or a territory. The two options for a transfer are not limited to the transfer of cross-vested jurisdiction. Any proceeding pending in a Supreme Court can be transferred.[32] Once a High

[19] The doctrine of accrued jurisdiction was developed by the High Court in the 1940s (*Carter v. Egg & Egg Pulp Marketing Board* (1942) 66 CLR 557) and refined in the early 1980s. It entitles a federal court to adjudicate both federal claims and related claims that would otherwise be non-federal if the latter are attached to and inseverable from federal claims that do fall within the Court's statutory jurisdiction. The court's jurisdiction over the accrued "non-federal" portion of the matter persists even though the federal claim is later abandoned or dismissed. See The Australian Law Commission, Discussion Paper 64, Review of the *Judiciary Act 1903*, paras 2.19 and 2.125, available at <www.austlii.edu.au>.

[20] See Tilbury / Davis / Opeskin (*supra* note 3), p. 503.

[21] See *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth) Section 48 and *Federal Court Rules* O.1 rule 4, O.10 rule 1(2) and O.30 rule 6.

[22] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 97.

[23] *State Bank of NSW v. Commonwealth Savings Bank of Australia* (1984) 154 CLR 579.

[24] *Bowtell v. Commonwealth* (1989) 86 ALR 31.

[25] *Johnstone v. Commonwealth* (1979) 143 CLR 398.

[26] This relates to subject matter jurisdiction.

[27] This relates to personal jurisdiction.

[28] See *Weber v. Aidone* (1981) 36 ALR 345.

[29] *State Bank of NSW v. Commonwealth Savings Bank of Australia* (1984) 154 CLR 579 at 586 per Gibbs CJ.

[30] This does not necessarily mean that the *same* law will have to be applied.

[31] See *Weber v. Aidone* (1981) 36 ALR 345; *Crouch v. Commr for Railways (Qld)* (1989) 85 ALR 347; *Guzowski v. Cook* (1981) 149 CLR 128.

[32] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 107.

application de l'article 44[33], elle devient une procédure devant la juridiction à laquelle elle a été transférée, de sorte que les règles permettant à cette dernière juridiction de renvoyer l'affaire de nouveau deviendraient également applicables[34].

25 Lorsqu'elle est saisie directement par un demandeur en application d'une compétence d'attribution croisée, une juridiction n'est pas tenue d'accepter cette compétence, même si aucune des parties ne s'y oppose[35]. Mais si elle souhaite décliner sa compétence en pareil cas, elle doit renvoyer l'affaire d'office, en application de l'article 5(2), vers la juridiction plus appropriée[36].

*d) Renvoi en application de la Loi sur les personnes morales (*Corporations Act*)*

26 La législation sur l'attribution croisée ne s'applique pas aux affaires survenant en application de la Loi sur les personnes morales, qui comporte ses propres dispositions sur le renvoi de procédures. Lorsqu'une telle affaire est pendante devant la Cour fédérale ou une Cour suprême, la procédure peut être renvoyée à une autre juridiction, y compris une Cour aux affaires familiales, compétente sur les questions relatives aux personnes morales, lorsqu'il apparaît à la juridiction devant laquelle la procédure est pendante qu'il est plus approprié que la procédure ou une demande dans le cadre de celle-ci soit tranchée par cette autre juridiction.

27 Dans le cas de procédures en matière civile, survenant en application de la Loi sur les personnes morales et pendantes devant les Cours aux affaires familiales, on présume que ces juridictions ne sont pas des juridictions disposant d'une compétence de première instance dans les affaires concernant les personnes morales. Les instances doivent donc être renvoyées vers la Cour fédérale ou une Cour suprême, s'il apparaît à la Cour aux affaires familiales soit (a) que la procédure résulte d'une procédure pendante devant cette autre juridiction, ou lui est liée; soit (b) que la Cour aux affaires familiales n'aurait pas été compétente à l'égard de la procédure ou d'une partie importante de celle-ci en l'absence des dispositions de la Loi sur les personnes morales et que dans l'intérêt de la justice, la Cour fédérale ou la Cour suprême est plus appropriée pour en connaître; soit (c) qu'il est par ailleurs de l'intérêt de la justice que la Cour fédérale ou la Cour suprême statue sur l'instance[37].

28 Pour décider d'un éventuel renvoi, la juridiction doit tenir compte : du principal lieu d'établissement de toute personne morale impliquée dans le contentieux, et du ou des lieux de survenance des faits faisant l'objet de la procédure[38]. Ces considérations ne sont pas exhaustives[39]. De même que pour l'attribution croisée, il n'est pas certain que le demandeur du renvoi ait la charge de la preuve[40]. Ceci dépend de la question de savoir si l'on considère les juridictions australiennes comme les éléments d'un système judiciaire national, et non des ressorts distincts comme pour l'attribution croisée, et conclut en conséquence que les questions de renvoi devraient être tranchées en tenant compte de facteurs tels que le coût et la commodité[41].

29 La compétence *ratione personae* à l'égard des personnes morales étrangères est obtenue par voie de signification conformément à la Loi sur les personnes morales ou aux règles d'organisation judiciaire. En application d'une future convention de La Haye sur l'Élection de for dans les affaires entre professionnels, le plus probable est qu'elle résulterait de l'effet donné par la convention à l'accord d'élection de for.

3. Renvoi et forum non conveniens

30 Lorsque se pose la question de savoir quel for australien est le plus approprié pour connaître d'une demande, elle est régie par des critères légaux divergeant, dans une certaine mesure, des principes du *forum non conveniens* en *common law*. En particulier, la législation sur l'attribution croisée prévoit des critères détaillés pour le renvoi d'une procédure d'une juridiction fédérale, d'une juridiction d'un état ou d'un territoire, participant, à une autre. Pour les juridictions d'état ne relevant pas du mécanisme d'attribution croisée, l'article 20 du *Service and Execution of Process Act* de 1992 (Cth) permet à un tribunal, devant lequel une procédure est engagée, d'accorder un sursis s'il est convaincu de ce qu'un autre tribunal d'état est la « juridiction appropriée » pour statuer sur l'affaire, eu égard aux critères indiqués à l'article 20(4) (lieu de résidence des parties et des témoins probables; situation de l'objet de la procédure; situation financière des parties; la loi qu'il serait le plus approprié d'appliquer; procédures liées ou semblables pendantes ailleurs et – d'une importance particulière pour le projet sur les jugements – tout accord entre les parties relativement à la juridiction ou au lieu d'engagement de la procédure). Toutes ces dispositions légales ont pour but d'assurer que les procédures judiciaires en Australie soient menées devant le for le plus approprié[42]. En d'autres termes, elles constituent un substitut légal au principe du *forum non conveniens* pour la répartition interne de compétence, pour une affaire particulière, à l'intérieur de l'Australie, et il faudra peut-être décider si elles doivent être couvertes par « l'interdiction » du *forum non conveniens,* dans une convention traitant des clauses d'élection de for exclusives, ou si elles seront considérées comme des applications admissibles d'une répartition interne de compétence, à l'instar des règles sur la compétence *ratione materiae* ou territoriale. Il en est de même du principe du *forum non conveniens*, en ce qui concerne les relations entre les juridictions australiennes qui ne sont pas couvertes par les règles légales régissant le renvoi.

31 Si un renvoi interne à l'Australie est ainsi régi, dans une large mesure, par des règles légales, les juridictions australiennes ne peuvent renvoyer une affaire à l'étranger mais peuvent décliner leur compétence en application du principe du *forum non conveniens* dans les affaires internationales. Les principes énoncés dans l'affaire *Voth* c. *Manildra Flour Mills Pty. Ltd.* (1990)[43] régissent la question du *forum non conveniens* dans les affaires comportant des aspects internationaux pour décider si l'affaire doit être jugée en Australie ou non. Cependant, il n'est pas nécessaire d'examiner cet aspect plus avant ici[44] car (1) le rejet de compétence en application du principe du *forum non conveniens* à l'égard des juridictions étrangères a été débattu en profondeur au cours des négociations antérieures sur le projet sur les jugements; et (2) tant que la convention est composée d'un unique chef de compétence en liste blanche, à savoir une clause exclusive d'élection de for dans une affaire entre professionnels, l'avis qui domine largement au sein du groupe de travail informel sur le

[33] *Supra*, para. 20 et s.
[34] Voir *Dinnison* c. *Commonwealth* (1997) 74 FCR 184 en 188-9, *par* Foster, J. La Cour fédérale avait renvoyé vers une juridiction d'état en application du mécanisme d'attribution croisée une affaire qui lui avait déjà été transférée par la Haute Cour en application de l'art. 44 du *Judiciary Act* de 1903 (Cth).
[35] Nygh / Davies préc., p. 105.
[36] Voir *Bond Brewing Holdings Ltd.* c. *Crawford* (1989) 1 WAR 517; *Re Tolltreck Systems Ltd.* (1991) 4 ACSR 701.
[37] *Corporations Act* 2001 (Cth), art. 53A(2).
[38] *Corporations Act* 2001 (Cth), art. 53B.
[39] *Acton Engineering Pty Ltd* c. *Campbell* (1991) 31 FCR 1; *J N Taylor Finance Ltd* c. *Bond Corp Finance Ltd* (1991) 4 ACSR 483 en 490-2 par Debelle J.
[40] *J N Taylor Finance Ltd* c. *Bond Corp Finance Ltd* (1991) 4 ACSR 483 en 490 par Debelle J.
[41] Cette approche a effectivement été adoptée dans les affaires *Acton Engineering Pty Ltd* c. *Campbell* (1991) 31 FCR 1; et *Re Terranora Leisuretime Sales Pty Ltd* (1991) 5 ACSR 382.

[42] Elles démontrent par là une plus grande réceptivité à la vision de la Chambre des Lords du *forum non conveniens* dans l'affaire *Spiliada Maritime Corp* c. *Cansulex Ltd* [1987] 1 AC 460 en 482-4 par Lord Goff of Chieveley que la Haute Cour n'était disposée à en accorder dans *Voth*.
[43] *Voth c. Manildra Flour Mills Pty Ltd* (1990) 171 CLR 538 en 559 par Mason CJ, Deane, Dawson et Gaudron JJ.
[44] Pour plus de renseignements concernant la démarche australienne à l'égard du *forum non conveniens*, voir, par ex., Peter Prince, Bhopal, Bougainville and ok tedi, « *Why Australia's forum non conveniens approach is better* », 47 *ICLQ* (1998) p. 573 et s.

Court matter has been remitted under Section 44,[33] it becomes a proceeding in the court to which it has been remitted, so that also rules enabling the latter court to transfer the case further will become applicable.[34]

25 When seised directly by a plaintiff on the basis of cross-vested jurisdiction, a court is not bound to accept cross-vested jurisdiction, even if neither party objects.[35] But if it wishes to decline jurisdiction in such a case, it must transfer the proceeding under Section 5(2) on its own motion to the more appropriate court.[36]

d) Transfer under the Corporations Law

26 The cross-vesting legislation does not apply to cases arising under the Corporations Law, which makes its own provision for the transfer of proceedings. Where such a case is pending in the Federal Court or a Supreme Court, proceedings may be transferred to another court, including a Family Court, having jurisdiction in corporation matters where it appears to the court in which the proceedings are pending that it is more appropriate for the proceeding or an application in the proceeding to be determined by that other court.

27 In the case of proceedings with respect to a civil matter arising under the Corporations Law pending in the Family Courts, the assumption is that these courts are not courts with primary jurisdiction in corporations matters. Hence proceedings must be transferred to the Federal Court or a Supreme Court, if it appears to the Family Court either: (a) that the proceeding arises out of or is related to, proceedings pending in that other court; or (b) the proceeding or a substantial part thereof, is one over which the Family Court would not have had jurisdiction but for the provisions of the Corporations Act and in the interests of justice it is more appropriately dealt with in the Federal Court or Supreme Court; or (c) it is otherwise in the interests of justice that the Federal Court or Supreme Court determine the proceeding.[37]

28 In determining whether to transfer, the court must have regard to the principal place of business of any corporation involved in the litigation, and the place or places where the events that are the subject of the proceedings took place.[38] These considerations are not exhaustive.[39] As with cross-vesting, it is uncertain whether the applicant for transfer carries any onus.[40] This depends on whether one sees Australian courts as components of a national system of justice, rather than distinct jurisdictions as in cross-vesting, and concludes accordingly that transfer issues should be determined with regard to matters such as costs and convenience.[41]

29 Personal jurisdiction over foreign corporations is acquired through service in accordance with the Corporations Law or Rules of Court. Under a future Hague Convention on Choice of Court in business-to-business (B2B) cases, it would most likely be established through the Convention giving effect to the choice of court agreement.

3. Transfer and forum non conveniens

30 Where the question arises as to *which Australian forum* is the most appropriate for the trial of an action, the matter is regulated by statutory criteria that differ to some extent from the common law principles of *forum non conveniens*. In particular, the cross-vesting legislation lays down detailed criteria for the transfer of a proceeding from one participating federal, state or territory court to another. For state courts not covered by the cross-vesting scheme, Section 20 of the *Service and Execution of Process Act 1992* (Cth) enables a court in which proceedings are commenced to grant a stay if it is satisfied that another state court is "the appropriate court" to determine the matter, having regard to criteria stated in Section 20(4) (place of residence of the parties and of likely witnesses; location of the subject matter of the proceeding; financial circumstances of the parties; the law which would be most appropriate to apply; related or similar proceedings pending somewhere, and – of particular importance in relation to the Judgments Project – any agreement between the parties about the court or place in which the proceeding should be instituted). All these statutory provisions are intended to ensure that legal proceedings in Australia are conducted in the most appropriate forum.[42] In other words, they are a statutory substitute for the doctrine of *forum non conveniens* for the internal allocation of jurisdiction in a particular case within Australia, and it may have to be decided whether they shall be covered by the "ban" on *forum non conveniens* under a convention dealing with exclusive choice of court clauses, or whether they will be regarded as permissible applications of an internal allocation of jurisdiction like rules on subject matter jurisdiction or venue. The same applies to the doctrine of *forum non conveniens*, as far as the relationship among Australian courts not covered by the statutory rules on transfer is concerned.

31 While a transfer within Australia is thus governed to a large extent by statutory rules, Australian courts cannot transfer a case abroad but may decline jurisdiction under the doctrine of *forum non conveniens* in international cases. The principles enunciated in *Voth v. Manildra Flour Mills Pty Ltd* (1990)[43] govern the question of *forum non conveniens* in cases with *international* connections when deciding whether the case should be heard in Australia at all. However, this aspect need not be discussed any further here[44] because (1) declining jurisdiction in application of the doctrine of *forum non conveniens* in relation to foreign courts has been discussed at length during previous negotiations on the Judgments Project and (2) as long as the Convention consists of only one white list ground of jurisdiction, namely an exclusive choice of court clause in a B2B case, the widely prevailing opinion in

[33] *Supra*, paras 20 *et seq.*
[34] See *Dinnison v. Commonwealth* (1997) 74 FCR 184 at 188-9 per Foster J. The Federal Court transferred a case to a state court under the cross-vesting scheme which had been remitted to the Federal Court by the High Court under Section 44 of the *Judiciary Act 1903* (Cth).
[35] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 105.
[36] See *Bond Brewing Holdings Ltd v. Crawford* (1989) 1 WAR 517; in *Re Tolltreck Systems Ltd* (1991) 4 ACSR 701.
[37] *Corporations Act 2001* (Cth) Section 53A(2).
[38] *Corporations Act 2001* (Cth) Section 53B.
[39] *Acton Engineering Pty Ltd v. Campbell* (1991) 31 FCR 1; *J N Taylor Finance Ltd v. Bond Corp Finance Ltd* (1991) 4 ACSR 483 at 490-2 per Debelle J.
[40] *J N Taylor Finance Ltd v. Bond Corp Finance Ltd* (1991) 4 ACSR 483 at 490 per Debelle J.
[41] This approach was indeed taken in *Acton Engineering Pty Ltd v. Campbell* (1991) 31 FCR 1; *Re Terranora Leisuretime Sales Pty Ltd* (1991) 5 ACSR 382.
[42] In so doing, they demonstrate a greater sympathy for the House of Lords' approach to *forum non conveniens* in *Spiliada Maritime Corp v. Cansulex Ltd* [1987] 1 AC 460 at 482-4 per Lord Goff of Chieveley than the High Court was prepared to accept in *Voth*.
[43] *Voth v. Manildra Flour Mills Pty Ltd* (1990)171 CLR 538 at 559 per Mason CJ, Deane, Dawson and Gaudron JJ.
[44] For further information about the Australian approach to *forum non conveniens*, see, *e.g.*, Peter Prince, Bhopal, Bougainville and ok tedi: Why Australia's *forum non conveniens* approach is better, 47 ICLQ (1998) p. 573 *et seq.*

projet sur les jugements[45] a été qu'en pareil cas, l'exercice de la discrétion nationale de décliner sa compétence en faveur de juridictions étrangères devrait être exclu.

4. Clauses attributives de compétence

32 Dans le contexte des clauses non exclusives, un certain nombre d'affaires ont traité de demandes de renvoi à l'intérieur de l'Australie ou de sursis dans des affaires engagées devant le for visé par la clause attributive de compétence. Dans ces affaires, il semble que quelques juridictions aient été d'avis que l'article 5(2) des lois sur l'attribution croisée constitue une instruction légale de surseoir à statuer impérative à l'intention également de la juridiction choisie, à chaque fois que la majorité des éléments de preuve se trouverait dans un autre ressort, en dépit de la clause attributive de compétence[46]. Par contre, lorsque les questions de coût et de commodité sont équilibrées entre les fors en concurrence, il ne sera pas sursis à une procédure engagée devant le for désigné par une clause non exclusive[47]. Il semble donc que pour décider d'un éventuel renvoi d'une procédure, en application de la législation d'attribution croisée, les juridictions australiennes ne tiendront pas compte d'une clause attributive de compétence non exclusive, lorsqu'une procédure devant une autre juridiction australienne est plus commode.

33 Il semble néanmoins qu'en dépit des observations dans l'affaire *Aldred* c. *Australian Building Industries Ltd.* (1987)[48], selon lesquelles les clauses attributives de compétence exclusives devraient avoir moins de poids dans les conflits de compétence au sein de l'Australie, les juridictions ont montré une préférence, dans des affaires récentes, en vertu de la législation d'attribution croisée, pour l'acceptation, au moins, d'accords exclusifs, même lorsque la commodité semble exiger une procédure devant un autre for australien[49]. S'il existe un choix de juridiction au sein d'une juridiction nationale, les parties sont de mêmes tenues par leur engagement en l'absence d'une bonne raison contraire lors de l'examen d'un éventuel déplacement au sein d'une juridiction fédérale[50]. De telles clauses ne décideront pas de la demande de déplacement, mais elles seront prises en compte[51]. Les termes précis à travers lesquels l'élection de for est formulée seront également importants[52].

5. Loi applicable en cas de renvoi

a) Choix de loi en cas de compétence fédérale

34 Comme indiqué ci-dessus, un déplacement dans l'exercice de la compétence fédérale pourra se produire en renvoyant l'affaire vers un autre bureau du greffe de la Haute Cour, la Cour fédérale ou la Cour aux affaires familiales d'Australie[53]. Le principe général est qu'un déplacement d'une zone de droit australienne vers une autre, avant de connaître du fond de l'affaire, affectera la loi applicable à l'égard à la fois du fond et de la procédure. Une juridiction exerçant une compétence fédérale pourra avoir à statuer sur des questions qui ne sont régies par aucune loi fédérale. Un tel vide doit être comblé par le droit d'état ou de territoire. En application des articles 79 et 80 du *Judiciary Act* de 1903 (Cth), la *common law* et les lois d'un état ou territoire lient une juridiction exerçant une compétence fédérale dans cet état ou territoire. Ces dispositions s'appliquent également à la Haute Cour dans l'exercice de sa compétence en première instance. Le renvoi à un ressort différent au sein d'une juridiction fédérale aura donc un impact potentiel. Cependant, lorsqu'une juridiction fédérale engage l'audition au fond dans un lieu particulier et en change par la suite pour un motif de commodité, par exemple pour entendre des témoins ou rendre un jugement, il existe une jurisprudence à l'appui de la proposition selon laquelle le droit matériel n'en est pas modifié[54].

35 En outre, un déplacement dans l'exercice de la compétence fédérale pourra se produire par un transfert en application de l'article 44 du *Judiciary Act* de 1903[55]. Même un déplacement au sein de la même zone de droit, d'une juridiction fédérale vers une juridiction d'état, pourra affecter les droits des parties, car il pourra rendre applicables des lois de procédure différentes[56].

b) Choix de loi en cas de compétence d'attribution croisée

36 Afin d'aider une juridiction à décider quelles lois appliquer, lorsqu'elle exerce une compétence reçue en application d'une attribution croisée[57], l'article 11(1) des lois fédérale et d'état prévoit une règle de choix de loi. Le point de départ est que la juridiction saisie doit appliquer son propre droit (y compris ses règles de choix de loi). Si une juridiction fédérale renvoie une procédure à une juridiction d'état en application du mécanisme d'attribution croisée au titre d'une question qui relèverait également de la compétence de cette dernière en application d'une disposition autre que l'attribution croisée, cette dernière juridiction n'exercera pas une compétence d'attribution croisée et appliquera donc sa propre loi. Cependant, dans le cas où la juridiction serait dépourvue de compétence en l'absence du mécanisme d'attribution croisée, ou si l'objet de l'instance est une action en justice survenant en application d'une loi écrite d'un autre état ou territoire, la juridiction doit appliquer le droit écrit et non écrit de cet autre état ou territoire.

37 En outre, dans les procédures d'attribution croisée, la juridiction connaissant de l'affaire n'applique pas nécessairement ses propres règles d'obtention de preuve et de procédure, mais peut les choisir, ainsi qu'elle le juge utile dans les circonstances, parmi celles applicables dans d'autres zones de droit australiennes. Il est probable que ce pouvoir, bien que potentiellement d'une très large portée, sera exercé avec une grande retenue.

B. Canada

1. Compétence fédérale contre compétence des provinces et territoires

a) Les principes élémentaires du droit judiciaire canadien

38 Au Canada, la compétence des tribunaux judiciaires est en grande partie réglée par la Constitution du Canada qui fixe

[45] Cela concerne également l'avis des Commissions spéciales antérieures sur le projet des jugements à l'égard de l'art. 4 des projets de 1999 et 2001, voir les art. 21(1) et 22(1) de ces textes. Voir aussi *supra*, Doc. prél. No 22, p. 76, para. 2 et s.

[46] *Nilsen Electric (WA)* c. *Jovista*, décision non publiée, SC Vic, Byrne J, 8 mars 1995 ; *Power and Water Authority* c. *McMahon Contractors*, décision non publiée, SC NT, Angel J, 21 septembre 1995.

[47] Voir *Divinyls Holdings P / L c. Billboard*, décision non publiée, SC NSW, Young J, 17 octobre 1995 ; *Queensland Tourist and Travel Corporation* c. *Western Australian Tourist Commission*, décision non publiée, SC Qld, Ryan J, 1er novembre 1992.

[48] *Aldred c. Australian Building Industries Ltd* (1987) 48 NTR 59.

[49] Voir *Manietta c. National Mutual Life Association of Australasia*, décision non publiée, SC Vic, McDonald J, 8 septembre 1995 ; *Bond Brewing Holdings c. National Australia Bank*, décision non publiée, SC WA, Wallwork J, 16 février 1990 ; *National Dairies WA c. Westfarmers*, décision non publiée, Fed Ct, Tamberlin J, 22 juillet 1996 ; *Air Attention WA c. Seeley International*, décision non publiée, SC WA, Walsh J, 3 septembre 1996.

[50] *KC Park Safe (SA) Pty Ltd c. Adelaide Terrance Investments Pty Ltd* [1998] FCA 601. Les parties avaient convenu par contrat que la procédure devrait être engagée dans le Bureau d'Australie Méridionale de la Cour Fédérale si elle était engagée devant la Cour Fédérale.

[51] Voir, par exemple, *Australian Cooperative Foods c. National Foods Milk Ltd* [1998] FCA 376.

[52] Par exemple, une clause stipulant que « les juridictions du Victoria auront compétence exclusive », selon le point de vue australien, ne règle pas la question de savoir si une telle procédure devrait être engagée devant une juridiction fédérale ou d'état au Victoria, alors qu'une clause stipulant que « la Cour Fédérale aura compétence exclusive » laisse sans réponse la question de savoir dans quel bureau du greffe la procédure devrait être engagée.

[53] Nygh / Davies préc., p. 97.

[54] *Parker* c. *Commonwealth* (1965) 112 CLR 295.

[55] Nygh / Davies préc., p. 97.

[56] *State Bank of New South Wales* c. *Commonwealth Savings Bank of Australia* (1984) 154 *CLR* 579.

[57] *Waterhouse c. Australian Broadcasting Corp* (1991) 25 *NSWLR* 519 ; *Re an Alleged Incapable Person F C C and The Protected Estates Act 1983* (1990) 19 *NSWLR* 541 ; *Re H and the Adoption Act* [1990] ACLD 1005.

the informal working group on the Judgments Project[45] was that in such a case, the exercise of national discretion to decline jurisdiction in favour of foreign courts should be excluded.

4. Jurisdiction clauses

32 In the context of *non-exclusive* clauses, a number of cases have dealt with applications for transfers within Australia or stays of actions commenced in the forum stipulated by the jurisdiction clause. In these cases, some courts appear to have taken the view that Section 5(2) of the cross-vesting acts constitutes a statutory command addressed also to the chosen court to stay proceedings whenever the preponderance of evidence lies in another jurisdiction, regardless of the jurisdiction clause.[46] By contrast, where matters of cost and convenience are equally balanced as between the competing fora, an action brought in the forum designated by a non-exclusive clause would not be stayed.[47] It seems therefore that, in deciding whether to transfer a proceeding under the cross-vesting legislation, Australian courts will disregard a *non-exclusive* jurisdiction clause, where trial would be more convenient in another Australian forum.

33 However, it appears that despite the comments in *Aldred v. Australian Building Industries Ltd* (1987)[48] to the effect that *exclusive* jurisdiction clauses should have less weight in interjurisdictional conflicts within Australia, courts in recent decisions under the cross-vesting legislation have shown a preference for upholding at least *exclusive* agreements, even where the balance of convenience points to trial in another Australian forum.[49] If there is a choice of venue within a national court, the parties are equally held to their bargain unless there is a good reason not to do so also when considering a change of venue within a federal court.[50] Such clauses will not be determinative of an application to change venue, but will be a relevant consideration.[51] The precise terms in which the choice of forum is expressed are also of importance.[52]

5. Applicable law in case of transfer

a) Choice of law in federal jurisdiction

34 As stated above, a change of venue in the exercise of federal jurisdiction may occur by removal of the case to another registry of the High Court, Federal Court or Family Court of Australia.[53] The general principle is that a change of venue from one Australian law area to another before the hearing of the substance of the suit will have an effect on the applicable law both as to substance and procedure. A court exercising federal jurisdiction may have to determine issues which are not regulated by any federal law. Such a gap must be filled by state or territorial law. Under Sections 79 and 80 of the *Judiciary Act 1903* (Cth), the common law and the laws of a state or territory shall be binding on a court exercising federal jurisdiction in that state or territory. These provisions also apply to the High Court in the exercise of its original jurisdiction. Therefore, transfer to a different venue within a federal court will potentially have an impact. However, where a federal court commences the substantive hearing in a particular place and subsequently changes venue for reasons of convenience, *e.g.*, to hear evidence or to deliver judgment, there is authority to support the proposition that the substantive law is not thereby changed.[54]

35 Moreover, a change of venue in the exercise of federal jurisdiction may occur by remittal pursuant to Section 44 of the *Judiciary Act 1903*.[55] Even a change of venue within the same law area from a federal court to a state court may affect the rights of the parties since it may make different procedural laws applicable.[56]

b) Choice of law in cross-vested jurisdiction

36 To assist a court in deciding what laws to apply when it is exercising jurisdiction which has been cross-vested to it,[57] Section 11(1) of the Federal and State Acts provides choice of law rules. The starting point is that the court seised shall apply its own law (including its choice of law rules). If a federal court transfers a proceeding to a state court under the cross-vesting scheme in respect of a matter over which the latter would also have jurisdiction by reason of a provision other than cross-vesting, the latter court will not be exercising cross-vesting jurisdiction and will therefore apply its own law. However, if the court would lack jurisdiction but for the cross-vesting scheme or if the subject matter of the case is a right of action arising under a written law of another state or territory, the court shall apply the written and unwritten law of that other state or territory.

37 Moreover, in cross-vested proceedings, the court hearing the case need not apply its own rules of evidence and procedure but may select them as it considers appropriate in the circumstances from those applicable in other Australian law areas. This power, although potentially very broad in scope, is likely to be exercised in a quite restrained manner.

B. Canada

1. Federal jurisdiction versus jurisdiction of provinces and territories

a) The basic principles of the Canadian court structure

38 In Canada, the jurisdiction of courts of justice is determined to a large extent by the Canadian Constitution, which

[45] This also applies to the opinion of previous Special Commissions on the Judgments Project with regard to Article 4 of the 1999 and 2001 drafts, see Articles 21(1) and 22(1) of those texts. See also *supra*, Prel. Doc. No 22, p. 77 in this tome, paras 2 *et seq.*

[46] *Nilsen Electric (WA) v. Jovista*, unreported, SC Vic, Byrne J, 8 March 1995; *Power and Water Authority v. McMahon Contractors*, unreported, SC NT, Angel J, 21 September 1995.

[47] See *Divinyls Holdings P / L v. Billboard*, unreported, SC NSW, Young J, 17 October 1995; *Queensland Tourist and Travel Corporation v. Western Australian Tourist Commission*, unreported, SC Qld, Ryan J, 1 November 1992.

[48] *Aldred v. Australian Building Industries Ltd* (1987) 48 NTR 59.

[49] See *Manietta v. National Mutual Life Association of Australasia*, unreported, SC Vic, McDonald J, 8 September 1995; *Bond Brewing Holdings v. National Australia Bank*, unreported, SC WA, Wallwork J, 16 February 1990; *National Dairies WA v. Westfarmers*, unreported, Fed Ct, Tamberlin J, 22 July 1996; *Air Attention WA v. Seeley International*, unreported, SC WA, Walsh J, 3 September 1996.

[50] *KC Park Safe (SA) Pty Ltd v. Adelaide Terrance Investments Pty Ltd* [1998] FCA 601. The parties had contractually agreed that proceedings were to be commenced in the South Australian Registry of the Federal Court if proceedings were brought in the Federal Court.

[51] See, *e.g.*, *Australian Cooperative Foods v. National Foods Milk Ltd* [1998] FCA 376.

[52] For example, a clause stating that "the courts of Victoria shall have exclusive jurisdiction", in the Australian view, leaves unresolved the question whether such proceedings should be commenced in a state or federal court in Victoria, whereas a clause stating that "the Federal Court shall have exclusive jurisdiction" leaves unresolved the question of which registry the proceedings should be commenced in.

[53] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 97.

[54] *Parker v. Commonwealth* (1965) 112 CLR 295.

[55] Nygh / Davies (*supra* note 2), p. 97.

[56] *State Bank of New South Wales v. Commonwealth Savings Bank of Australia* (1984) 154 CLR 579.

[57] *Waterhouse v. Australian Broadcasting Corp* (1991) 25 NSWLR 519; *Re an Alleged Incapable Person F C C and The Protected Estates Act 1983* (1990) 19 NSWLR 541; *Re H and the Adoption Act* [1990] ACLD 1005.

la distribution des pouvoirs entre le Parlement fédéral et les pouvoirs des législatures provinciales. Chaque assemblée législative provinciale pourra exclusivement adopter des lois pour l'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant une compétence civile et criminelle, y compris la procédure civile applicable dans ces tribunaux[58]. Il existe, dans chaque province, des cours dites supérieures : au sommet, une cour d'appel et, immédiatement à un palier inférieur, une cour de première instance de juridiction générale. À un niveau encore inférieur, existent, dans chaque province, des tribunaux inférieurs tels que les cours provinciales, tribunaux de la famille, cours municipales et cours de petites créances.

39 En revanche, en vertu de l'article 101 de la Constitution du Canada[59], le Parlement du Canada peut adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada. C'est en vertu de cette disposition, que furent créées la Cour suprême du Canada – la Cour générale d'appel pour tout le Canada –, la Cour fédérale du Canada et la Cour canadienne de l'impôt.

40 Le système judiciaire canadien est, de façon générale, un système unitaire en vertu duquel les tribunaux provinciaux supérieurs et inférieurs, ayant compétence de façon générale en première instance et en appel, appliquent les lois tant fédérales que provinciales en vigueur dans la province selon une structure hiérarchisée ayant à son sommet la Cour suprême du Canada. La principale exception de ce système unitaire est la Cour fédérale du Canada[60].

41 Si les juridictions provinciales disposent d'une compétence générale, la compétence de la Cour fédérale est d'ordre spécialisé[61]. La Cour fédérale du Canada a été constituée le 1er juin 1971 par la Loi sur la cour fédérale. Elle succédait à la Cour de l'Échiquier du Canada qui, elle, était déjà presque séculaire. La Cour fédérale est composée de sections de première instance et d'appel, et siège dans tout le Canada. Par l'intermédiaire de la Loi sur la Cour fédérale, la compétence de la Cour de l'Échiquier a été attribuée à son successeur, la Cour fédérale, et étendue. Un amendement de 1992 a apporté de nouvelles modifications significatives. Aujourd'hui, la Cour fédérale dispose d'une large compétence comprenant les recours contre la Couronne, l'immigration, la citoyenneté, les affaires maritimes, les douanes, la propriété intellectuelle, la fiscalité, les relations de travail, les transports, les communications, les procédures relatives à la liberté conditionnelle et affaires pénitentiaires, ainsi qu'une compétence pénale limitée. La compétence est conférée à la Cour fédérale par des lois fédérales[62].

42 La présente recherche tient compte des lois et règlements en matière de procédure judiciaire des tribunaux de compétence générale – les cours supérieures – et de la jurisprudence dans 14 ressorts :

– le fédéral ;

– les dix provinces (Colombie-Britannique, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Québec, Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Écosse, Île-du-Prince-Édouard, Terre-Neuve et Labrador) ;

– les trois territoires (Yukon, Territoires du Nord-Ouest et Nunavut).

43 Les règles de procédure des juridictions inférieures (cours provinciales, cours des petites créances, etc.) ou spécialisées, provinciales et fédérales (Tribunal de la concurrence, etc.) n'ont pas été examinées étant donné que celles-ci n'ont pas reçu législativement la compétence *ratione materiae* leur permettant d'être saisies par une clause d'élection de for.

b) Chevauchement potentiel

44 Si les domaines de compétence fédérale ont été étendus de manière significative au fil des années, l'exclusivité a largement cédé la place à la compétence concurrente : aujourd'hui, dans la plupart des cas, y compris (depuis 1992) les recours contre la Couronne, la compétence fédérale n'est pas exclusive[63], à l'exception des domaines où des lois fédérales prévoient expressément l'exclusivité. Essentiellement, la compétence de la Cour fédérale n'est exclusive qu'en ce qui concerne la révision des décisions des tribunaux administratifs fédéraux[64], les domaines réservés par des lois fédérales spéciales, et le droit maritime. Dans les autres cas, la compétence de la Cour fédérale est partagée avec les cours supérieures provinciales.

2. Mécanismes de transfert

45 Tant la législation – principale ou déléguée – que la jurisprudence indiquent que les tribunaux disposent de trois[65] moyens principaux pour contrôler quelle juridiction le demandeur pourra saisir :

– le transfert d'instance ;

– la suspension de la procédure ;

– l'injonction pour interdiction de procéder[66].

46 Étant donné les principes d'attribution de compétence des tribunaux canadiens, il convient d'étudier les mécanismes de transfert des instances

– à l'intérieur des ressorts territoriaux (provinciaux et fédéral) ;

– entre les ressorts territoriaux (entre provinces, ou bien entre provinces et juridictions fédérales).

a) Transfert au sein du système judiciaire fédéral

47 Les transferts d'instance sont possibles tant au sein de la Cour fédérale, qui exerce ses fonctions dans tout le Canada, qu'entre les cours supérieures provinciales lorsque ces dernières exercent également des fonctions juridictionnelles pancanadiennes par délégation d'autorité du Parlement fédéral. Ainsi, par exemple, les cours supérieures provinciales sont responsables de la mise en œuvre de la Loi sur la faillite, une loi fédérale, et leurs ordonnances en matière de faillite sont exécutoires dans le Canada tout entier[67].

48 Selon le paragraphe 49 des Règles de la Cour fédérale, un juge de cette Cour peut ordonner qu'une instance introduite dans une section de la Cour soit transférée à l'autre section.

[58] Loi constitutionnelle du Canada de 1867, art. 92.14.
[59] Loi constitutionnelle du Canada de 1867, art. 101.
[60] *P.Q. Ontario c. Pembina Exploration Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, p. 215.
[61] Voir James J. McLeod, *The Conflict of Laws*, 1983 p. 61 et 63.
[62] Pour une liste de ces lois, voir <http://www.fct-cf.gc.ca/about/jurisdiction/jurisdiction_f.shtml>.

[63] Voir <http://www.fct-cf.gc.ca/about/history/history_f.shtml>.
[64] Il existe une compétence fédérale exclusive, par exemple, pour le contrôle judiciaire des décisions de conseils, commissions ou autres organes juridictionnels fédéraux.
[65] Mais les tribunaux ont aussi utilisé des moyens détournés pour exercer ce contrôle. Ainsi, dans *Holo-Deck Adventures Ltd c. Orhotron Inc.* [1996] OJ 4417 (CS Ont. Div. Gén.), le défendeur a demandé et obtenu une ordonnance annulant la signification d'un acte introductif d'instance, en application de l'art. 17 des Règles de procédure sur la signification en dehors de l'Ontario, au motif que le contrat dont la violation était plaidée contenait une clause d'élection de for.
[66] Cette dernière ne sera pas traitée dans la présente recherche.
[67] Art. 187 et 188 de la Loi sur la faillite.

sets the allocation of powers between the federal Parliament and the legislatures of the provinces. Each provincial legislative assembly may pass laws for the administration of justice in the province on an exclusive basis, including the creation, maintenance and organisation of law courts for the province, with civil and criminal jurisdiction, including the civil procedure applicable in those courts.[58] There are in each province courts known as "superior" courts: at the top, a court of appeal, and on the next lower tier, a court of first instance having general jurisdiction. At a lower tier, there are in each province lower courts such as provincial courts, family courts, municipal courts and small claims courts.

39 On the other hand, under Section 101 of the Canadian Constitution,[59] the Canadian Parliament may take action to create, maintain and organise a general court of appeal for Canada, and create additional courts for the better administration of the laws of Canada. This was the provision under which the Supreme Court of Canada – the general appellate court for all Canada –, the Federal Court of Canada and the Tax Court of Canada were created.

40 The Canadian judicial system is, in general, a unitary system whereby the superior and lower provincial courts, having general jurisdiction in the first instance and on appeal, apply both the federal and provincial laws in force in the province according to a hierarchical structure capped by the Supreme Court of Canada. The main exception from this unitary system is the Federal Court of Canada.[60]

41 While the provincial courts are courts of general jurisdiction, the jurisdiction of the Federal Court is specialised.[61] The Federal Court of Canada was created on 1 June 1971 by means of the Federal Court Act. It succeeded the Exchequer Court of Canada, created almost a century before. The Federal Court consists of a Trial Division and an Appeal Division, and sits throughout Canada. By means of the Federal Court Act, the Exchequer Court's jurisdiction was inherited by this successor, the Federal Court, and extended. An amendment in 1992 provided further substantial changes. At present, the Federal Court has broad jurisdiction including relief against the Crown, immigration, citizenship, admiralty, customs, intellectual property, taxation, labour relations, transportation, communications, parole and penitentiary proceedings, and limited criminal jurisdiction. Jurisdiction is conferred on the Federal Court by federal statute.[62]

42 This paper takes into account the statutes and regulations with respect to judicial procedure of the courts of general jurisdiction – superior courts –, and the case law in 14 jurisdictions:

- federal jurisdiction;
- the ten provinces (British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Quebec, New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island, Newfoundland and Labrador); and
- the three territories (Yukon, North-West Territories and Nunavut).

43 The rules of procedure of the lower courts (provincial courts, small claims courts, etc.) or specialised tribunals, whether provincial or federal (Competition Tribunal, etc.) have not been considered, since they have not received by statute the subject matter jurisdiction allowing them to be seised by a choice of court clause.

b) Potential overlap

44 While the areas of federal jurisdiction have been extended significantly over the years, exclusivity has largely given in to concurrent jurisdiction: at present, in most cases, including (since 1992) relief against the Crown, federal jurisdiction is not exclusive,[63] except in areas where federal statutes expressly provide for exclusivity. In essence, the Federal Court's jurisdiction is exclusive only as regards the review of decisions by federal administrative tribunals,[64] areas reserved by specific federal statutes, and admiralty. In other cases, the Federal Court shares jurisdiction with the provincial superior courts.

2. Transfer mechanisms

45 The legislation – supreme as well as subordinate – and the case law both indicate that the courts have three[65] main ways of controlling which court a claimant may seise:

- transfer of cases;
- stay of proceedings;
- anti-suit injunction.[66]

46 Having regard to the principles for determination of the jurisdiction of Canadian courts, it is necessary to consider the mechanisms for transfer of cases:

- within territorial jurisdictions (provincial and federal)
- and between territorial jurisdictions (between provinces, or between provinces and federal courts).

a) Transfer within the federal court system

47 Transfers of cases are possible both within the Federal Court, which performs its duties throughout Canada, and between provincial superior courts when they also perform pan-Canadian judicial duties through delegations of authority by the Federal Parliament. Thus, for instance, provincial superior courts are responsible for implementation of the Bankruptcy Act, a federal statute, and their orders with respect to bankruptcy are enforceable throughout Canada.[67]

48 According to paragraph 49 of the Rules of the Federal Court, a judge at that Court may order the transfer of a case brought before one division of the Court to the other.

[58] Canada Constitutional Act 1867, Section 92.14.
[59] Canada Constitutional Act 1867, Section 101.
[60] *P.Q. Ontario v. Pembina Exploration Ltd.*, [1989] 1 R.C.S 206, p. 215.
[61] See James McLeod, *The Conflict of Laws*, 1983 pp. 61,63.
[62] For a list of those statutes, see <http://www.fct-cf.gc.ca/about/jurisdiction/jurisdiction_e.shtml>.
[63] See <http://www.fct-cf.gc.ca/about/history/history_e.shtml>.
[64] There is exclusive federal jurisdiction, for instance, as regards the judicial review of decisions by federal boards, commissions and other tribunals.
[65] But the courts have also used circuitous means of exercising this review. For instance, in *Holo-Deck Adventures Ltd v. Orbotron Inc.* [1996] OJ 4417 (SC Ont. Gen. Div.), the defendant claimed and obtained an order annulling the service of an originating instrument, under Section 17 of the Rules of Procedure on service outside Ontario, on the grounds that the agreement, breach of which was claimed, contained a choice of court clause.
[66] The latter will not be considered in this paper.
[67] Sections 187 and 188 of the Bankruptcy Act.

49 Et dans les cours supérieures provinciales, une partie qui souhaite obtenir le transfert de son dossier de faillite dans une autre division territoriale de faillite doit prouver l'existence d'un « motif suffisant » pour l'obtenir. La nécessité d'appliquer les lois d'une autre province en tant que telle ne constitue pas un « motif suffisant »[68].

b) Transfert entre juridictions provinciales

i. Transfert à l'intérieur d'une province

50 Les transferts d'instance sont possibles à l'intérieur des provinces, soit entre ressorts du même tribunal, soit entre tribunaux de niveaux différents, sur ordonnance du juge saisi[69].

51 La source de cette compétence est

– soit la compétence générale et inhérente des tribunaux, selon la *common law*, pour régir leur propre procédure afin de diriger et de contrôler les débats,

– soit les Règles de procédure des tribunaux[70], lesquelles sont adoptées dans la plupart des cas en application d'une délégation de compétence de la législature provinciale au comité des Règles de la cour supérieure provinciale, au moyen de la Loi sur les tribunaux judiciaires provinciale[71].

52 En règle générale, les tribunaux inférieurs ont des compétences inhérentes très limitées en comparaison avec les cours supérieures. Leurs pouvoirs en matière de transfert d'instance sont régis par leurs propres règles de procédure, sauf lorsque l'intérêt de la justice l'impose[72].

ii. Transfert d'une province à l'autre

53 Dans le contexte d'un transfert d'instance, il est intéressant de noter que la Saskatchewan est la seule province qui a adopté des règles de transfert d'instance dans ses Règles de procédure en application de la Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances (qui a reçu la sanction royale le 28 avril 1997)[73]. Cette loi très détaillée va au-delà des compétences inhérentes des tribunaux et prévoit, notamment, le renvoi d'une province à l'autre, pourvu que le tribunal requis soit investi des compétences territoriale et matérielle nécessaires pour traiter l'affaire. Pour déterminer si un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan jouit de la compétence territoriale ou matérielle requise pour connaître de l'instance, la Cour du Banc de la Reine doit appliquer les lois de la province ou l'état où se trouve le tribunal visé.

54 Un tel renvoi est possible, soit dans des cas où la Cour saisie en premier possède elle-même la compétence territoriale et matérielle, soit dans des cas où un ou deux aspects de cette compétence lui manquent[74]. Pourtant, pour qu'un renvoi lui soit permis, lorsque la Cour saisie possède la compétence territoriale et matérielle elle-même et pourrait donc traiter de l'espèce, il faut qu'elle soit convaincue que le tribunal d'accueil constitue un ressort plus approprié : c'est la codification de la doctrine du *forum non conveniens*. En plus, dans l'ordonnance qu'elle rend pour demander à un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan d'accepter le renvoi, la Cour doit exposer les motifs de la demande[75]. Le tribunal auquel est faite la demande d'accepter un renvoi provenant d'une autre province reste libre de refuser d'accepter le renvoi pour tout motif qu'il estime juste, même s'il possède la compétence territoriale et matérielle pour connaître de l'instance[76].

c) Transfert entre juridictions provinciales et fédérale

55 Hors du champ de mise en œuvre de la loi uniforme qui permet le transfert d'instance d'une province à l'autre, il n'y existe aucune possibilité de transfert d'instance, soit entre des cours de différentes provinces, soit entre des cours provinciales et fédérales. Pourtant, le cas échéant, la juridiction saisie a la possibilité de suspendre la procédure au profit d'un ressort plus approprié selon les règles suivantes :

3. Transfert et suspension d'instance

a) La Cour fédérale

56 Les articles 50 et 50.1 de la Loi sur la Cour fédérale (LCF) régissent la suspension d'instance. Notamment, le paragraphe 50(1) de la LCF porte attribution générale de compétence à la Cour pour la suspension d'instance au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal ou lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige[77]. Ces articles ne font aucune distinction entre la suspension au profit d'une juridiction provinciale ou étrangère.

57 La décision de la Cour fédérale est discrétionnaire[78]. Toutefois, la Cour fédérale fait droit à une demande de suspension fondée sur la mise en œuvre d'une clause d'élection de for, sauf si le demandeur est capable de prouver de manière convaincante qu'il ne serait pas juste ou raisonnable en l'espèce de mettre en œuvre cette clause[79]. La règle *prima facie* veut qu'un tribunal accorde le sursis d'une instance intentée contrairement à un engagement contractuel[80]. Pour trancher, la Cour fédérale peut se fonder sur les faits suivants[81] :

---

[68] *Sam Levy & Associates c. Azco Mining Inc.* [2001] CSC 92 (CSC).

[69] La présente recherche traite uniquement des dispositions de portée générale et non pas des dispositions concernant les transferts d'instance en matière familiale.

[70] Au Québec, le Code de procédure civile. Sauf exception, les sources des dispositions citées ci-après sont les Règles de procédure en vigueur pour la cour supérieure de la province.

[71] Par exemple, les Règles de procédure d'Alberta, de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Nouvelle-Écosse contiennent des dispositions plus ou moins explicites permettant un transfert d'instance sans établir des conditions telles qu'une demande d'une des parties ou autre (Alberta, AR 390/68 Section 12 ; B.C. Reg. 149/99, s. 1, Règle 8A(2) ; Île-du-Prince-Édouard, Règle 57.19 ; Nouvelle-Écosse, Règle 39.01). D'autres Règles mentionnent explicitement le transfert sur demande du défendeur (Manitoba, Règles 14.08(1), (3) et (6) ; Québec, Règle 163). Seules les Règles de procédure du Manitoba, de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan contiennent des critères à considérer : la Règle 14.08(1) du Manitoba mentionne l'endroit où, selon le cas, la cause d'action a pris naissance en totalité ou en partie ; le défendeur résidait au moment de l'introduction de l'instance ; ou le défendeur exerçait des activités commerciales au moment de l'introduction de l'instance. Pourtant, cette règle ne s'applique pas si l'action a déjà été renvoyée une fois (Règle 14.08(2)). Dans les Règles de procédure d'Alberta (Règle 229), du Nouveau-Brunswick (Règle 6.01), de la Nouvelle-Écosse (Règle 39.02) et de la Saskatchewan, (Règle 41(2)), une référence explicite est faite à la fusion de procédures parallèles liées en droit ou en fait.

[72] *Re Thompson et Beaulieu* (1987), 3 OR (2d) 171, C. Ont. (Div. prov.).

[73] Voir annexe II. Cette loi est basée sur la loi uniforme du même nom qui a été rédigée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, dont le site Internet est <www.ulcc.ca>. Le Yukon a adopté la même loi uniforme sous le titre « Compétence des tribunaux et le renvoi des instances », L.Y. 2000, ch. 7, mais celle-ci n'était pas encore entrée en vigueur le 31 décembre 2000, dernière date mentionnée sur le site Internet <http://www.lex-yk.ca/>.

[74] Règle 13(1) et (2).

[75] Règle 14(1).

[76] Règle 15(1).

[77] En outre, le para. 50(2) LCF prévoit comme suit : « Sur demande du procureur général du Canada, la Cour suspend les procédures dans toute affaire relative à une demande contre la Couronne s'il apparaît que le demandeur a intenté, devant un autre tribunal, une procédure relative à la même demande contre une personne qui, à la survenance du fait générateur allégué dans la procédure, agissait en l'occurrence de telle façon qu'elle engageait la responsabilité de la Couronne. » Tenant compte des fins de la présente recherche dans le contexte d'une possible Convention de La Haye portant sur les clauses d'élection de for dans des contrats entre professionnels, cette disposition ne sera pas discutée de façon approfondie.

[78] Par exemple, la Cour fédérale n'accordera pas de suspension d'instance si une cour provinciale est saisie concurremment dans une affaire sur laquelle la Cour fédérale exerce une compétence exclusive ; voir *Muchalat Indian Band c. Canada* (1992), 54 FTR 99 ; *Radil Bros. Fishing Co c. Canada (Dept of Fisheries and Oceans)* (2001), 207 DLR (4th) 82 (CAF).

[79] Voir la décision très récente de la Cour suprême du Canada du 1er mai 2003 dans l'affaire *ECU-Line N.V. c. Z.I. Pompey Industrie,* [2003] CSC 27 qui renforce les clauses d'élection de for. Voir aussi la discussion approfondie des décisions des juridictions inférieures (*Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.* (2001), 268 N.R. 364, [2001] C.F.J. No. 96, [2001] 2 C.F. D-23 (C.A.)) ainsi que de la jurisprudence canadienne dans ce domaine chez Paul Michell, *Canadian Business Law Journal* (2002), No 453 ; également disponible à l'adresse <http://www.torytory.ca/publications/pdf/AR2002-5T.pdf>.

[80] *Seapearl c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Co* [1982] 2 CF 161 (CAF) (sursis à statuer prononcé en appel en présence d'une clause d'arbitrage).

[81] *Burrard-Yarrows Co. c. Hoegh Merchant* [1982] 1 CF 248 (1ère inst.) (sursis à statuer prononcé par la Cour fédérale du Canada en présence d'une clause non-exclusive d'élection de for qui désignait les juridictions norvégiennes ; confirmé en appel, [1982] F.C.J. No 822) ; *Seapearl c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Co* [1982] 2 CF 161 (CAF) (voir note précédente). Voir aussi *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerlines (Trustee of)* [1997] 3 CF 187 (CF 1ère inst.) ; confirmé en appel, [2001] CSC 90, où ces règles ont été appliquées à la relation entre la Cour fédérale et une juridiction provinciale ainsi qu'à la relation entre la Cour fédérale et une juridiction étrangère.

49 And in provincial superior courts, a party wishing to obtain a transfer of its bankruptcy case to another territorial bankruptcy division needs to prove the existence of "sufficient cause" to obtain it. The need to apply the laws of another province is not sufficient cause per se.[68]

b) Transfer among provincial courts

i. Transfer within a province

50 Transfers of cases are possible within provinces, either between jurisdictions of the same court, or between courts at different levels, by order of the judge seised.[69]

51 That jurisdiction will be based on:

– either the general inherent jurisdiction of the courts, by common law, to govern their own procedure in order to direct and control the trial, or

– the Rules of Procedure of the courts,[70] which are passed in most cases pursuant to a delegation of authority by the provincial legislature to the Rules committee of the provincial superior court, by means of the province's Courts of Justice Act.[71]

52 As a general rule, lower courts have very limited inherent jurisdictions compared with the superior courts. Their powers with respect to transfers of cases are governed by their own rules of procedure, unless required by the interests of justice.[72]

ii. Transfer from one province to another

53 In the area of transfers of cases, it is interesting to note that Saskatchewan is the only province having adopted rules on transfers of cases in its Rules of procedure pursuant to the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act (which received the Royal Assent on 28 April 1997).[73] This very detailed statute goes beyond the inherent jurisdiction of courts and provides, in particular, for transfer from one province to another, provided that the court addressed has territorial and subject matter jurisdiction to deal with the case. In order to determine whether a court outside Saskatchewan has territorial and subject matter jurisdiction to try the case, the Court of Queen's Bench is to apply the laws of the province or State where the designated court is located.

54 Such a transfer is possible either in cases where the court first seised has itself territorial and subject matter jurisdiction, or in cases where it lacks one or two aspects of this jurisdiction.[74] However, for such a transfer to be available to it, when the court seised has itself territorial and subject matter jurisdiction, and therefore could try the case, it needs to be convinced that the receiving court would be a more appropriate jurisdiction: this is a codification of *forum non conveniens*. In addition, in the order that it delivers to request a court outside Saskatchewan to accept the transfer, the Court is required to set out the grounds for the request.[75] The court to which the request for acceptance of a transfer from another province is made retains its discretion to deny acceptance of the transfer on any grounds that it considers appropriate, even if it has the territorial and subject matter jurisdiction required to try the case.[76]

c) Transfer between provincial courts and a federal court

55 Apart from the area of implementation of the uniform law allowing a transfer to cases from one province to another, there is no possibility of transferring cases either between courts of different provinces or between provincial courts and federal courts. The court seised may, however, stay proceedings in favour of a more appropriate jurisdiction, if applicable, according to the following rules:

3. Transfer and stay of proceedings

a) The Federal Court

56 Sections 50 and 50.1 of the Federal Court Act (FCA) govern stays of proceedings. In particular, sub-section 50(1) of the FCA confers a general jurisdiction on the Court to stay proceedings on the grounds that the claim is pending before another court, or if, for any other reason, the interest of justice so requires.[77] These sections make no distinction between stays in favour of a provincial or a foreign court.

57 The Federal Court's decision is discretionary.[78] The Federal Court shall grant, however, a motion for a stay based on implementation of a choice of court clause, unless the plaintiff is able to prove convincingly that it would not be fair or reasonable in the case in point to enforce that clause.[79] The *prima facie* rule is that a court grants a stay of proceedings brought in breach of a contractual commitment.[80] In making a decision, the Federal Court may rely on the following facts:[81]

[68] *Sam Levy & Associates v. Azco Mining Inc.* [2001] SCC 92 (SCC).
[69] This research deals only with general provisions, and not the provisions relating to transfers of cases in family matters.
[70] In Quebec, the Code of Civil Procedure. The sources of the provisions cited below are usually the Rules of Procedure in force for the province's superior court.
[71] For instance, the Rules of Procedure of Alberta, British Columbia, Prince Edward Island and Nova Scotia contain more or less explicit provisions allowing transfer of a case without setting requirements such as a motion by one of the parties or otherwise (Alberta, AR 390/68 Section 12; B.V. Reg. 149/99, s. 1, Rule 8A(2); Prince Edward Island, Rule 57.19; Nova Scotia, Rule 39.01). Other Rules expressly mention transfer upon the defendant's motion (Manitoba, Rules 14.08(1), (3) and (6); Quebec, Rule 163). Only the Manitoba, Nova Scotia and Saskatchewan Rules of Procedure contain criteria to be considered: Manitoba's Rule 14.08(1) mentions the location where, as the case may be, the cause of action originated wholly or in part; the defendant resided at the time when the action was brought; or the defendant engaged in commercial activities at the time when the action was brought. This rule does not apply, however, if the action has been transferred once already (Rule 14.08(2)). In the Rules of Procedure of Alberta (Rule 229), New Brunswick (Rule 6.01), Nova Scotia (Rule 39.02) and Saskatchewan (Rule 41(2)), an explicit reference is made to the merger of parallel proceedings related in law or in fact.
[72] *Re Thompson et Beaulieu* (1987), 3 OR (2d) 171, Ont. Ct. (Prov. Div.).
[73] See Annex II. This statute is based on the uniform law of the same name drafted by the Uniform Law Conference of Canada, whose website is at <www.ulcc.ca>. Yukon passed the same uniform law under the title Court Jurisdiction and Proceedings Transfer, LY 2000 ch. 7, but this had not yet been enacted on 31 December 2000, the latest date documented on the site <http://www.lex-yk.ca/ >.
[74] Rule 13(1) and (2).
[75] Rule 14(1).
[76] Rule 15(1).
[77] In addition, sub-section 50(2) FCA provides as follows: "The Court shall, on application of the Attorney General of Canada, stay proceedings in any cause or matter in respect of a claim against the Crown if it appears that the claimant has an action or proceeding in respect of the same claim pending in any other court against a person who, at the time when the cause of action alleged in the action or proceeding arose, was, in respect thereof, acting so as to engage the liability of the Crown." Having regard to the aims of this research in the context of a possible Hague Convention relating to choice of court clauses in B2B contracts, this provision will not be considered in depth.
[78] For instance, the Federal Court will not grant a stay of proceedings if a provincial court is seised concurrently in a case over which the Federal Court has sole jurisdiction; see *Muchalat Indian Band v. Canada* (1992), 54 FTR 99; *Radil Bros. Fishing Co v. Canada (Dept of Fisheries and Oceans)* (2001), 207 DLR (4th) 82 (FCA).
[79] See the very recent decision of the Supreme Court of Canada dated 1 May 2003 in the case *ECU-Line N.V. v. Z.I. Pompey Industrie*, [2003] CSC 27, which reinforces choice of court clauses. See also the discussion in depth of the rulings by the lower courts (*Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.* (2001), 268 N.R. 364, [2001] F.C.J. No. 96, [2001] 2 F.V. D-23 (C.A.)) and of the Canadian case law in this area by Paul Michell, 36 Canadian Business Law Journal (2002), No. 453; also available at <http://www.torytory.ca/publications/pdf/AR2002-5T.pdf>.
[80] *Seapearl v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Co* [1982] 2 FC 161 (FCA) (stay of proceedings ordered on appeal on the basis of an arbitration clause).
[81] *Burrard-Yarrows Co. v. Hoegh Merchant* [1982] 1 FC 248 (Trial Div.) (stay of proceedings ordered by the Federal Court of Canada on the basis of a non-exclusive choice of court clause designating Norwegian courts; upheld on appeal [1982] F.C.J. No 822); *Seapearl v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Co* [1982] 2 FC 161 (FCA) (see previous note). See also *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerlines (Trustee of)* [1997] 3 FC 187 (FC Trial Div.) upheld on appeal, [2001] SCC 90, in which theses rules were applied to the relationship between the Federal Court and a provincial court, and to the relationship between the Federal Court and a foreign court.

– le pays dans lequel se trouve la preuve relative aux questions de fait, ainsi que les effets de cette situation en ce qui concerne la facilité et le coût du procès, tant en Cour fédérale que devant les autres juridictions concernées ;

– l'applicabilité du droit relatif à l'autre procédure ainsi que les différences entre ce droit et celui qui s'applique devant la Cour fédérale ;

– la nature et l'étroitesse des relations de chacune des parties avec chacun des tribunaux ;

– la nature authentique – par opposition à la recherche d'un avantage de nature procédurale – de l'intention du défendeur de saisir l'autre tribunal ;

– le préjudice subi par l'autre partie en raison de l'obligation dans laquelle celle-ci se retrouverait de saisir l'autre tribunal, du fait :

  – qu'elle serait privée de cautionnement;

  – qu'elle serait incapable de faire mettre en œuvre un jugement étranger;

  – que son action serait prescrite;

  – qu'elle ne pourrait bénéficier d'un procès juste et équitable, pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou autres.

b) Les cours supérieures provinciales

58 Hors du champ de mise en œuvre de la loi uniforme qui permet le transfert d'instance d'une province à l'autre, le principe de territorialité de la compétence des cours supérieures, sauf lorsqu'elles sont saisies en application de lois fédérales, interdit à celles-ci de transférer des instances en dehors de leur province.

59 Par conséquent, le justiciable peut souhaiter saisir plusieurs cours supérieures, soit *concurremment*, soit *successivement*[82]. Pour faciliter la procédure ou pour obtenir une décision préalable nécessaire à l'exercice de sa propre compétence, l'un des tribunaux saisis peut, de son propre chef ou à la demande de l'une des parties, ordonner la suspension de la procédure, à titre temporaire ou permanent, de manière à laisser à l'autre juridiction le temps nécessaire pour statuer. La source de cette compétence judiciaire de nature procédurale est double :

– la compétence inhérente des tribunaux pour régir leurs propres procédures ;et

– les Règles de procédure des cours supérieures.

60 La compétence inhérente des tribunaux permet à ceux-ci d'ordonner de leur propre chef la suspension d'une instance[83]. Quelques Règles de procédure provinciales contiennent des clauses déclaratoires générales à cet effet[84]. D'autres mentionnent une demande d'une des parties[85], ou notamment l'existence de procédures parallèles qui pourra donner lieu à une suspension[86]. Une cour supérieure provinciale peut aussi suspendre une procédure en attendant le sort d'une action intentée auparavant devant la Cour fédérale[87]. En somme, il faut constater que la discrétion des tribunaux paraît à peine restreinte. Les considérations de commodité semblent prédominantes[88].

61 En général, dans le cadre d'une requête pour suspension d'instance au motif de la désignation contractuelle d'une cour étrangère par une clause exclusive d'élection de for, la cour respectera la clause sauf si le requérant la convainc – selon un fardeau de preuve très élevé – que l'élection de for ne devrait pas être respectée pour les motifs invoqués dans l'arrêt *The Eleftheria*[89]. Bien qu'il ne paraisse pas clair s'il s'agit là d'une application de la doctrine du *forum non conveniens*, il est quand même clair qu'en présence d'une clause exclusive d'élection de for, le demandeur qui cherche à saisir un tribunal autre que le tribunal choisi demeure chargé du fardeau de convaincre le premier tribunal de l'opportunité de sa demande de saisine[90]. Dans une situation de *forum non conveniens* en l'absence d'une clause d'élection de for, par contre, la charge de la preuve reste sur le défendeur.

62 Dans les affaires internes devant être examinées dans la présente note, cependant, les juridictions canadiennes – de même que les juridictions australiennes – semblent parfois accorder moins de poids à une clause d'élection de for visant les juridictions d'une autre province. Lorsque les décisions respectent un accord d'élection de for bien que la juridiction saisie et la juridiction choisie soient toutes deux situées au Canada, mais dans des provinces différentes, ceci résulte parfois de circonstances extérieures à la clause d'élection de for, par exemple, la courtoisie[91]. L'affaire *Avenue Properties c. First City Development Corp.* (1986)[92], par contre, impliquait un choix de for convenu en Ontario et des circonstances qui créaient un lien étroit entre les parties et la Colombie-Britannique, où la procédure fut engagée. En dépit de la clause d'élection de for désignant les juridictions de l'Ontario, la juridiction de la Colombie-Britannique a imposé au défendeur la charge de la preuve pour une suspension, et l'a refusée. Dans le même esprit, la Cour supérieure de l'Ontario a refusé de suspendre au bénéfice de la Cour fédérale des procédures dont elle était saisie, parce qu'elle avait conclu qu'elle était mieux à même que la Cour fédérale de régler un différend dé-

[82] Voir, par ex., *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerlines (Trustee of)* [1997] 3 CF 187 (CF 1ère inst.) ; confirmé en appel, [2001] CSC 90.
[83] *Mackin. PCJ c. New* Brunswick *(Minister of Justice)* (1997), 187 NBR (2d) 224 (CA).
[84] L'Alberta (Règle 80(5) ; l'Ontario (Règle 106 ; voir *Empire-Universal Films Ltd c. Rank* [1947] OR 775 (HC)).
[85] Île-du-Prince-Édouard (Règle 17.06).
[86] Dans les Règles de procédure d'Alberta (Règle 229), du Nouveau-Brunswick (Règle 6.01), de la Nouvelle-Écosse (Règle 39.02) et de la Saskatchewan (Règle 41(2)), une référence explicite est faite à la suspension d'une des procédures parallèles liées en droit ou en fait.

[87] *Brick's Fine Furniture Ltd c. Brick Warehouse Co* (1988), 19 CIPR 258 (CA Man.).
[88] Voir Île-du-Prince-Édouard, Règle 17.06(2)(c) ; *Dudnik c. Canada (CRTC)* (1995), 41 CPC (3d) 336, 61 CBR (3d) 129 (C. Ont., Div. Gén.) (Lorsque la Cour fédérale exerce une juridiction concurrente, la Division générale peut suspendre une instance si elle conclut que la Cour fédérale est le forum le mieux adapté).
[89] *The Eleftheria* [1970] 94, p. 100 par J. Brandon. Au Canada, le tribunal tient donc compte de l'ensemble des circonstances, et notamment du *situs* de la preuve des faits et des effets de cette situation sur la facilité et le coût de la procédure ; de l'applicabilité de la loi étrangère et des différences importantes entre celle-ci et les lois du for ; de la nature et de l'importance des points de contact entre les parties et les pays concernés ; du caractère volontaire de l'élection de for par le défendeur ; du préjudice que subirait le demandeur s'il devait poursuivre devant un tribunal étranger en raison de l'incapacité d'obtenir l'exécution du jugement obtenu, de la perte d'une sûreté à l'égard de la demande, de la prescription devant la juridiction étrangère, de l'incapacité d'être jugé de manière équitable en raison de motifs politiques, raciaux, religieux ou autres (*Crockett c. Society of Lloyd's* [2000] PEIJ No 54 (Div. 1ère inst., CS de l'I.P-E)). La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a prononcé une suspension d'instance en faveur d'une procédure à entamer devant les tribunaux anglais, désignés dans une clause exclusive d'élection de for.
[90] oir également *Sarabia c. Oceanic Mindoro (The)* [1996] BCJ No 2154 (CA CB) ; *Morrison c. Society of Lloyd's* [1999] NBJ No 2 (CBR du N.-B.) (le tribunal peut suspendre sous condition une instance lorsque les parties sont convenues contractuellement de saisir un tribunal étranger) ; *Ash et al. c. Corp. of Lloyd's et al.* (1991), 6 OR (3d) 235) (suspension d'instance accordée en cas de clause contractuelle exclusive d'élection de for).
[91] *Crockett c. Society of Lloyd's* [2000] PEIJ No 54 (Div. 1ère inst., CS de l'I.P-E.). La Cour a pourtant laissé explicitement en suspens la question de l'applicabilité de la doctrine du *forum non conveniens* en présence d'une clause d'élection de for, en faisant référence à des décisions contradictoires d'autres juridictions canadiennes.
[92] Voir *472900BC Ltd c. Thrifty Canada Ltd* [1998] BCJ N0 2944 (CA CB) : mise en œuvre, par la Cour d'appel de Colombie-Britannique, d'une clause non-exclusive d'élection de for en faveur des tribunaux de l'Ontario ainsi que d'une décision de la cour supérieure de l'Ontario reconnaissant également cette clause. Cette dernière casse une décision de la cour supérieure de Colombie-Britannique qui donnait la priorité au choix de for unilatéral d'une des parties sur leur clause contractuelle d'élection de for. Pour accorder une suspension, la Cour de la Colombie-Britannique s'est cependant fondée dans une moindre mesure sur la clause d'élection de for. Les considérations de courtoisie, et notamment le fait qu'une procédure était déjà pendante devant la juridiction choisie, et que celle-ci avait déjà refusé de surseoir à statuer, ont été déterminantes.
[92] *Avenue Properties c. First City Development Corp.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45 (CA C-B).

– the country of location of the evidence relating to issues of fact, and the effects of that situation as regards the convenience and cost of the case, both before the Federal Court and before the other courts involved;

– applicability of the law relating to the other action and the differences between that law and the law applied before the Federal Court;

– the nature and closeness of relations of each of the parties with each of the courts;

– the genuineness – as opposed to seeking a procedural advantage – of the defendant's intention to seise the other court;

– the damage suffered by the other party owing to the obligation that would be imposed on it to seise the other court, due to the fact that:

  – it would forfeit security;

  – it would be unable to enforce a foreign judgment;

  – its action would be time-barred;

  – it could not obtain a just and fair trial, for political, racial, religious, or other reasons.

b) Provincial superior courts

58 Outside the scope of implementation of the uniform law allowing the transfer of proceedings from one province to another, the principle of territoriality of jurisdiction of the superior courts, unless seised pursuant to federal statutes, prevents them from transferring proceedings outside their provinces.

59 Accordingly, the claimant may wish to seise several superior courts, either *concurrently* or *successively.*[82] In order to facilitate proceedings or to obtain a preliminary ruling required to exercise its own jurisdiction, one of the courts seised may, *sua sponte* or upon the motion of a party, order a stay of proceedings, on a temporary or permanent basis, in order to allow the other court the time required to issue a ruling. There is a dual source to this court jurisdiction of a procedural nature:

– the inherent jurisdiction of courts to govern their own procedure; and

– the Rules of Procedure of superior courts.

60 The inherent jurisdiction of the courts allows them to order on their own authority a stay of proceedings.[83] Certain provincial Rules of Procedure contain general declaratory clauses in this respect.[84] Others mention a motion from one of the parties,[85] or in particular the existence of parallel proceedings that could give rise to a stay.[86] A provincial superior court may also stay proceedings pending the outcome of an action brought previously before the Federal Court.[87] In sum, it can be observed that the discretion of the courts seems hardly limited at all. Considerations of convenience seem to dominate.[88]

61 In general, in the case of a motion for a stay of proceedings on the grounds of contractual designation of a *foreign* court by an exclusive choice of court clause, the court will comply with the clause unless the applicant convinces it – with a very heavy burden of proof – that the choice of court should not be observed for the reasons asserted in the *The Eleftheria* case.[89] Even though it does not appear clearly whether this is an application of the doctrine of *forum non conveniens*, it is clear nonetheless that if there is an exclusive choice of court clause, a *plaintiff* seeking to seise a court other than the chosen court bears the burden of convincing the first court of the desirability of the application for seising this court.[90] In a *forum non conveniens* situation and in the absence of a choice of court clause, on the other hand, the *defendant* bears the burden of proof.

62 In the *internal* matters to be considered in this paper, however, Canadian courts – like the Australian courts – sometimes seem to attach less weight to a choice of court clause designating the courts of another province. When the rulings observe a choice of court agreement even though the court seised and the designated court are both located in Canada, though in different provinces, this is sometimes due to factors unrelated to the choice of court clause, such as comity.[91] The *Avenue Properties v. First City Development Corp.* (1986)[92] case, on the other hand, involved an agreed choice of court in Ontario and circumstances creating a close link between the parties and British Columbia, where the action was brought. Despite the choice of court clause designating the Ontario courts, the British Columbia court imposed on the defendant the onus of proof for a stay, and denied it. In the same vein, the Superior Court of Ontario denied a stay in favour of the Federal Court of proceedings of which it was seised, because it had concluded that it was better suited than the Federal

[82] See for instance *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerlines (Trustee of)* [1997] 3 FC 187 (FC Trial Div.) upheld on appeal, [2001] SCC 90.
[83] *Mackin. PCJ v. New Brunswick (Minister of Justice)* (1997), 187 NBR (2d) 224 (CA).
[84] Alberta (Rule 80(5)); Ontario (Rule 106; see *Empire-Universal Films Ltd v. Rank* [1947] OR 775 (HC)).
[85] Prince Edward Island (Rule 17.06).
[86] In the Rules of Procedure of Alberta (Rule 229), New Brunswick (Rule 6.01), Nova Scotia (Rule 39.02) and Saskatchewan (Rule 41(2)), an express reference is made to the stay of one of parallel proceedings connected in law or in fact.

[87] *Brick's Fine Furniture Ltd v. Brick Warehouse Co.* (1988), 19 CIPR 258 (Man. CA).
[88] See Prince Edward Island, Rule 17.06(2)(c); *Dudnik v. Canada (CRTC)* (1995), 41 CPC (3d) 336, 61 CBR (3d) 129 (Ont. Ct., Gen Div.) (when the Federal Court exercises concurrent jurisdiction, the Trial Division may stay proceedings if it finds that the Federal Court is the more suitable forum).
[89] *The Eleftheria* [1970] 94, at 100 per Brandon, J.. In Canada, the court accordingly takes account of all the circumstances, and in particular the location of evidence of the facts and the effects of this situation on the convenience and cost of the proceedings; the applicability of the foreign law and the major differences between the latter and the *lex fori*; the nature and importance of the points of contact between the parties and the countries concerned; the voluntary nature of the defendant's choice of court; the damage that the plaintiff would suffer if required to bring proceedings before a foreign court owing to the inability to obtain enforcement of the judgment rendered; the loss of security in relation to the claim, a time-bar before the foreign court, or the impossibility of obtaining a fair trial for political, racial, religious or other reasons (*Crockett v. Society of Lloyd's* [2000] PEIJ No 54 (PEISC Trial Div.). The Supreme Court of Prince Edward Island ordered a stay of proceedings in favour of action to be brought before the English Courts, designated by an exclusive choice of court clause.
See also *Sarabia v. Oceanic Mindoro (The)* [1996] BCJ No 2154 (BC CA); *Morrison v. Society of Lloyd's* [1999] NBJ No 2 (NB CQB) (the court may stay proceedings on a conditional basis if the parties have agreed by contract to seise a foreign court); *Ash et al. v. Corp. of Lloyd's et al.* (1991), 6 OR (3d) 235) (stay of proceedings granted in the event of an exclusive choice of court contractual clause).
[90] *Crockett v. Society of Lloyd's* [2000] PEIJ No 54 (PEISC, Trial Div.). The court nonetheless explicitly left unanswered the issue of applicability of *forum non conveniens* in the presence of a choice of court clause, by making reference to contradictory decisions of other Canadian courts.
[91] See *472900BC Ltd v. Thrifty Canada Ltd* [1998] BCJ N0 2944 (BC CA): enforcement, by the British Columbia Court of Appeal, of a non-exclusive choice of court clause in favour of the Ontario courts and of a decision by the Ontario Superior Court also recognising that clause. The latter quashed a decision by the Superior Court of British Columbia which granted priority to the unilateral choice of court by one of the parties over their contractual choice of court clause. In order to grant a stay, the British Columbia Court relied, however, to a lesser extent on the choice of court clause. Considerations of comity, and in particular the fact that proceedings were already pending before the chosen court, and that the latter had already denied a stay of proceedings, were determining factors.
[92] *Avenue Properties v. First City Development Corp.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45 (BC CA).

coulant d'un compromis devant la Cour canadienne de l'impôt[93].

63 Il semble donc qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner ici plus avant l'aspect du rejet de compétence en application du principe du *forum non conveniens* à l'égard des juridictions étrangères, parce que (i) il a été débattu en profondeur au cours des négociations antérieures sur le projet des jugements; et (2) tant que la Convention est composée d'un unique chef de compétence en liste blanche, à savoir une clause exclusive d'élection de for dans une affaire entre professionnels, l'avis qui domine largement au sein du groupe de travail informel sur le projet des jugements[94] a été qu'en pareil cas, l'exercice de la discrétion découlant du droit interne de décliner sa compétence, en faveur de juridictions étrangères, devrait être exclu.

64 Il sera cependant nécessaire de discuter de la manière de traiter les situations dans lesquelles la juridiction choisie et saisie souhaite surseoir à statuer au bénéfice de la compétence d'une autre province ou territoire canadien (ou de la lui transférer) pour l'un des motifs décrits dans la présente note, ainsi que le permet actuellement le droit interne du Canada.

4. Loi applicable en cas de transfert ou de sursis à statuer

65 Le droit procédural est toujours le droit de la juridiction connaissant effectivement de l'affaire[95]. En cas de transfert de l'instance, le droit procédural applicable serait donc modifié.

66 En ce qui concerne le droit matériel, là encore, la juridiction connaissant effectivement de l'affaire appliquerait ses propres règles de droit international privé (et de ce fait, dans la plupart des cas, son propre droit matériel également[96]). Les considérations de courtoisie peuvent cependant pousser une juridiction à éventuellement prendre en considération la loi d'une autre province[97].

C. États-Unis d'Amérique

1. Compétence fédérale contre compétence d'état

67 Aux États-Unis, il existe un système fédéral de cours, même si chaque état est libre d'établir son propre système judiciaire à sa convenance. Au niveau fédéral, les tribunaux fédéraux de district sont des juridictions de première instance, et il en existe au moins un dans chaque état[98]. Les juridictions d'appel fédérales sont les treize Cours d'appel de circuit existantes[99]. La Cour suprême des États-Unis est la plus haute juridiction du pays. De plus, il existe un certain nombre de juridictions fédérales spécialisées, notamment le Tribunal du commerce international (Court of International Trade) et les tribunaux traitant de l'insolvabilité (bankruptcy courts). L'organisation judiciaire individuelle des états, par contre, varie. Généralement, les états ont deux degrés de juridiction, d'autres trois.

68 Les juridictions fédérales sont des juridictions dotées d'une compétence *ratione materiae* limitée, définie par la Constitution. Les juridictions de première instance de chaque état disposent collectivement d'une compétence *ratione materiae* générale. Elles peuvent connaître de toute demande admissible à de rares exceptions près (les exceptions comprennent certains domaines de compétence fédérale exclusive: certaines procédures maritimes, les questions de faillite, les réclamations en matière de contrefaçon de brevets et de droit d'auteur, et les affaires relevant du droit fédéral de la concurrence et des valeurs mobilières). En d'autres termes, la juridiction d'état est présumée être compétente *ratione materiae*.

69 Cependant, il existe deux moyens de soumettre une affaire à une juridiction fédérale aux États-Unis: par l'intermédiaire d'une « question fédérale », et en cas de « diversité ».

a) Compétence pour les questions fédérales

70 Une « question fédérale » est une question dans laquelle la demande fait valoir un droit ou une obligation « survenant en application » de la Constitution des États-Unis, d'un traité fédéral ou d'une loi fédérale[100]. La Cour suprême a jugé que pour qu'il existe une question fédérale, « soit le droit fédéral crée la cause de la demande, soit le droit du demandeur à une mesure dépend nécessairement de la résolution d'une question de fond de droit fédéral »[101]. La « question fédérale » est en grande partie établie par la réclamation du demandeur en application de la règle dite « de la demande bien plaidée » (*well-pleaded complaint*). Certaines lois permettent un dessaisissement d'une juridiction d'état sur le fondement d'une défense fédérale. Cependant ce dessaisissement fondé sur une défense fédérale ne peut pas en général être invoqué par les deux parties.

71 Il existe deux types de questions fédérales: (1) celles pour lesquelles les juridictions fédérales ont compétence exclusive; et (2) celles pour lesquelles les juridictions fédérales et d'état ont une compétence concurrente. Les domaines de compétence exclusive sont limités et énumérés par la loi; ils comprennent les questions maritimes, de faillite, de propriété intellectuelle, de concurrence, les questions consulaires ou diplomatiques, et les confiscations[102]. Lorsque l'une de ces questions fédérales exclusives est le fondement de la cause, l'affaire ne peut être engagée que devant une juridiction fédérale. Les parties ne peuvent pas s'accorder pour porter l'affaire devant une juridiction d'état pour une question fédérale exclusive, et de fait si elle est engagée devant une juridiction d'état, celle-ci doit rejeter la demande ou la transférer à la juridiction fédérale[103].

72 Pour toutes les autres questions fédérales, la procédure peut être engagée devant une juridiction d'état ou fédérale. Lorsque la juridiction fédérale est compétente à l'égard d'une réclamation concernant une question fédérale, elle a la possibilité (mais non l'obligation) de connaître de toute réclamation d'état inhérente à la réclamation fédérale en vertu d'une compétence accessoire[104].

---

[93] *Ho-A-Shoo c. Canada (PG)*, 47 OR (3d) 115, [2000] 2 CTC 155. Dans le même esprit, la Cour supérieure du Québec a refusé de surseoir à statuer en faveur d'une clause contractuelle d'élection de for qu'elle considérait sans effet parce que la décision du tribunal étranger choisi par les parties aurait été sans effet au Québec en raison du fait que la législation québécoise reconnaîtrait dans ce cas (action personnelle à caractère patrimonial) une compétence exclusive aux tribunaux québécois en application du principe dit « du miroir » (*Opron Inc. c. Aero System Engineering Inc.* [1999] JQ No 420 (CS Qué. Chambre civile)). Ceci démontre que, même sous le régime d'une Convention de La Haye sur les jugements prévoyant le respect des clauses d'élection de for et assurant la reconnaissance et l'exécution des jugements basés sur ce chef de compétence, il sera nécessaire de régler la relation entre la Convention et les règles internes de compétence exclusive des États contractants pour éviter qu'une telle décision se répète.

[94] Ceci reflète également l'avis des Commissions spéciales antérieures sur le projet des jugements à l'égard de l'art. 4 des projets de 1999 et 2001, voir art. 21(1) et 22(1) de ces textes. Voir également Doc. prél. No 22, para. 2 et s. et para. 64 et s.

[95] Voir J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws* (1994), 3 éd., p. 119.

[96] Voir J.-G. Castel (*supra* note 95), p. 5.

[97] Voir J.-G. Castel (*supra* note 95), p. 13 et s.

[98] 28 U.S.C. § 133.

[99] Parmi ces 13 cours, on compte la Cour d'appel pour le circuit fédéral qui, entre autres, est la cour d'appel nationale de la « United States Court of Federal Claims », du Tribunal du commerce international (United States Court of International Trade) et connaît également des appels dont l'action de base relève du droit fédéral des brevets. 28 U.S.C. § 1295. Les douze autres « Circuit Courts » sont des juridictions régionales qui traitent des appels des Tribunaux fédéraux de district (Federal District Courts) situées dans leur « circuit » respectif mais également des appels des organismes administratifs fédéraux.

[100] 28 U.S.C. § 1331.

[101] *Franchise Tax Bd. c. Construction Laborers Vacation Trust*, 463 U.S. 1(1983).

[102] 28 U.S.C. §§ 1333, 1334, 1338, 1351, 1355, 1364.

[103] Si la défense ou une demande reconventionnelle fondée sur le droit fédéral n'est pas suffisamment bien plaidée pour établir une compétence fédérale, des domaines très spécialisés de droit fédéral, comme le droit des brevets, devront être examinés par les juridictions d'état.

[104] 28 U.S.C. § 1367.

Court to determine a dispute arising out of a settlement before the Tax Court of Canada.[93]

63 It seems, therefore, that it is not necessary to consider here in further detail the aspect of declining jurisdiction on the basis of *forum non conveniens* in relation to foreign courts, since (1) it has been discussed at length during the previous negotiations of the Judgments Project; and (2) as long as the Convention consists of a single white-list ground of jurisdiction, to wit, an exclusive choice of court clause in a B2B case, the opinion largely prevailing among the informal working party on the Judgments Project[94] was that in such a case, the exercise of the discretion arising out of domestic law to decline jurisdiction, in favour of foreign courts, ought to be excluded.

64 It will be necessary, however, to discuss how to deal with situations in which the court designated and seised wishes to stay proceedings in favour of the jurisdiction of another Canadian province or territory (or transfer them to it), for one of the reasons described in this paper, as currently permitted by Canadian domestic law.

4. Law applicable in the event of transfer or stay of proceedings

65 The procedural law is always the law of the court actually hearing the case.[95] In the event of transfer of the case, the applicable procedural law would accordingly change.

66 As regards substantive law, here also, the court actually hearing the case would apply its own conflict of laws rules (and as a result, in most cases, its own substantive law also).[96] Considerations of comity may, however, cause a court to give some consideration to the law of another province.[97]

C. United States of America

1. Federal versus state jurisdiction

67 In the United States of America, there is a federal system of courts, while each state is free to establish its own judicial system as it sees fit. At the federal level, the Federal District Courts are courts of first instance, and there is at least one in every state.[98] Federal appeal courts are the existing thirteen Circuit Courts of Appeals.[99] The United States Supreme Court is the highest court of the country. In addition, there are a number of specialised federal courts, including the Court of International Trade and the bankruptcy courts. The court systems in the individual states, on the other hand, vary. Generally states have two, others three instances.

68 The federal courts are courts of limited subject matter jurisdiction, as defined by the Constitution. The trial courts of each state collectively have general subject matter jurisdiction. They can hear any cognisable claim with rare exceptions (exceptions include some areas of exclusive federal subject matter jurisdiction: admiralty proceedings, bankruptcy matters, patent and copyright infringement claims and cases arising under federal antitrust and securities law). In other words, the presumption is that the state court has subject matter jurisdiction.

69 However, there are two ways to take a case before a federal court in the United States: via a "federal question" and via "diversity."

a) Federal question jurisdiction

70 A "federal question" is one where the complaint alleges a right or duty that "arises under" the United States Constitution, a federal treaty or a federal statute.[100] The Supreme Court has held that, in order for a federal question to exist, it must be the case "either that federal law creates the cause of action or that the plaintiff's right to relief necessarily depends on resolution of a substantial question of federal law".[101] The "federal question" is, for the most part, established by the plaintiff's claim under what is known as the "well-pleaded complaint rule". A few statutes allow removal from a state court on the basis of a federal defence, but federal defence removal is generally not available to either party.

71 There are two types of federal questions: (1) those where the federal courts have exclusive jurisdiction, and (2) those where the federal and state courts have concurrent jurisdiction. The exclusive jurisdiction areas are limited and enumerated by statute; they include admiralty, bankruptcy, intellectual property, antitrust, consular and diplomatic issues, and forfeitures.[102] When one of these exclusive federal questions is the source of the cause of action, the case can only be brought in federal court. The parties cannot contract into state court for an exclusive federal question, and indeed if it is filed in state court that court must dismiss the action or remove it to the federal court.[103]

72 For all other federal questions, the case may be brought either in state or in federal court. When the federal court has jurisdiction over a federal question claim, it may (but need not) hear any state claims that are integral to the federal claim by means of supplemental jurisdiction.[104]

[93] *Ho-A-Shoo v. Canada (PG)*, 47 OR (3d) 115, [2000] 2 CTC 155. In the same vein, the Superior Court of Quebec denied a stay of proceedings in favour of a contractual choice of court clause that it considered to be ineffective because the decision of the foreign court chosen by the parties would have been ineffective in Quebec owing to the fact that Quebec legislation in that case (action *in personam* of a patrimonial nature) would confer exclusive jurisdiction on Quebec courts pursuant to the so-called "mirror" principle (*Opron Inc. v. Aero System Engineering Inc.* [1999] JQ No 420 (SC Que. Civil)). This proves that, even under the aegis of a Hague Judgments Convention providing for enforcement of choice of court clauses and securing recognition and enforcement of judgments based on this ground of jurisdiction, it will be necessary to settle the relationship between the Convention and domestic rules of exclusive jurisdiction in the Contracting States in order to avoid the repetition of such a decision.

[94] This also reflects the opinion of the earlier Special Commissions on the Judgments Project in relation to Article 4 of the 1999 and 2001 drafts, see Articles 21(1) and 22(1) of those drafts. See also Prel. Doc. No 22, paras 2 *et seq* and 64 *et seq.*

[95] See J.-G. Castel, Canadian Conflict of Laws (1994), 3d ed., p. 119.

[96] See J.-G. Castel (*supra*, note 95), p. 5.

[97] See J.-G. Castel (*supra*, note 95), p. 13 *et seq.*

[98] 28 U.S.C. section 133.

[99] Among these thirteen, is the Court of Appeals for the Federal Circuit, which is the nationwide court of appeals for, among other things, the United States Court of Federal Claims, the United States Court of International Trade, and appeals in which the underlying action arose under federal patent law. 28 U.S.C. section 1295. The remaining twelve Circuit Courts are regional courts, which hear appeals from the Federal District Courts located in their respective circuit, as well as decisions of federal administrative agencies.

[100] 28 U.S.C. section 1331.

[101] *Franchise Tax Bd. v. Construction Laborers Vacation Trust*, 463 U.S. 1(1983).

[102] 28 U.S.C. sections 1333, 1334, 1338, 1351, 1355, 1364.

[103] If the federal law defence or counterclaim does not qualify under the well-pleaded complaint rule to establish federal question jurisdiction, then even highly specialised areas of federal law like patent law will have to be dealt with in state courts.

[104] 28 U.S.C. section 1367.

b) Compétence en matière de diversité

73 Le second moyen d'atteindre les juridictions fédérales est la compétence en matière de « diversité ». Ici, le cœur de la demande n'est pas fondé sur le droit fédéral, mais plutôt sur le droit d'état. Comme elle est fondée sur le droit d'état, la demande pourrait être portée devant un tribunal d'état. Les deux éléments à réunir pour la compétence fédérale en matière de diversité sont que (1) les parties doivent être des citoyens d'états différents[105] et (2) le montant réclamé doit être raisonnablement allégué à plus de 75 000 dollars[106]. Les juridictions fédérales interprètent la diversité de citoyenneté très strictement pour admettre uniquement la « diversité complète » – un demandeur ne peut pas être citoyen du même état que l'un quelconque des défendeurs[107]. Il existe de nombreuses règles régissant la diversité de citoyenneté des étrangers, Américains expatriés, étrangers, des demandes collectives, et personnes morales, mais les principes les plus importants sont ceux de la « diversité complète » et le fait que les demandes soient fondées sur le droit d'état.

c) Chevauchement potentiel

74 En résumé, il n'existe pas de chevauchement de compétence *ratione materiae* pour les questions fédérales relevant de la compétence exclusive des juridictions fédérales (à condition que la question fédérale soit soulevée devant une juridiction fédérale en conformité avec la règle dite « de la demande bien plaidée »), mais il existe un chevauchement pour les questions fédérales relevant de la compétence concurrente des juridictions fédérales et d'état, ainsi que pour les demandes relevant de la compétence accessoire survenant devant les juridictions fédérales en application du droit d'état. En outre, il existe un chevauchement pour la compétence en matière de diversité entre les juridictions d'état et fédérales. En d'autres termes, une juridiction fédérale peut connaître d'une demande fondée sur le droit d'état si l'affaire concerne des parties de différents états des États-Unis, un citoyen des États-Unis et un citoyen d'un État étranger, ou si la demande fondée sur le droit d'état est étroitement liée à une demande fondée sur le droit fédéral, alors que les juridictions d'état peuvent connaître de la plupart des demandes fondées sur le droit fédéral.

75 Pour les affaires civiles et commerciales courantes, les plus susceptibles de survenir en vertu de la convention sur les jugements, la diversité aura probablement la plus grande importance à moins que le gouvernement fédéral ne mette en œuvre la convention sur les jugements au moyen d'une législation créant une compétence *ratione materiae* auprès des juridictions fédérales par voie de compétence en matière de question fédérale applicable à toute procédure relevant du traité.

2. Mécanismes de renvoi

76 Aux États-Unis, il existe deux méthodes permettant de renvoyer une affaire au sein du système judiciaire et qui sont pertinentes à la question en cause : (1) déplacement d'une juridiction fédérale située dans un état vers une juridiction fédérale située dans un autre état et (2) renvoi d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale[108]. Il existe également des instances où la juridiction fédérale se dessaisira au profit d'une juridiction d'état – on parlera d'« abstention ». Il importe de noter qu'une juridiction d'état qui conclut que l'instance qui lui est soumise devrait être plaidée dans un autre état ne peut renvoyer l'affaire à cet état directement. Elle doit rejeter l'affaire, et l'une des parties doit engager la procédure dans l'autre état. Cela pourrait résulter, par exemple, d'un défaut de compétence *ratione personae* à l'égard du défendeur ou du *forum non conveniens*[109].

a) Renvoi entre juridictions fédérales

77 Le Congrès a promulgué des lois en matière de compétence territoriale, qui indiquent les lieux dans lesquels certains types d'instances particuliers doivent être engagés au sein du système fédéral.

78 Certaines lois fédérales permettent le renvoi d'affaires civiles d'un district fédéral à un autre[110]. L'article 1404, qui est le plus important pour la présente recherche, permet le renvoi d'une affaire vers tout district où l'affaire aurait pu être engagée (c-à-d. qui dispose d'une compétence territoriale et *ratione materiae* valable). Cet article est pour l'essentiel un substitut légal au principe du *forum non conveniens*, bien que naturellement les juridictions fédérales continuent d'appliquer le principe du *forum non conveniens* aux affaires dans lesquelles le for alternatif est situé hors des États-Unis. L'article 1404 prévoit expressément que pour décider d'un éventuel renvoi d'une affaire vers un autre district, la juridiction doit prendre en considération la commodité des parties et des témoins, ainsi que l'intérêt de la justice. Les conditions d'un renvoi interne fondé sur l'article 1404 sont généralement plus souples que les conditions du *forum non conveniens* dans les affaires internationales.

b) Renvoi d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale

79 De nombreuses affaires satisferont au critère de compétence *ratione materiae* des juridictions à la fois fédérales et d'état. Si les deux se chevauchent, un demandeur pourra choisir devant quelle juridiction engager sa procédure. S'il choisit la juridiction d'état, le défendeur aura la possibilité de déposer une requête tendant au renvoi de l'affaire vers une juridiction fédérale au motif de la diversité des parties ou d'une question fédérale. Si une affaire ne peut être déplacée que d'une juridiction d'état vers un tribunal fédéral de district dans un district dans lequel se trouve le lieu où l'instance était en cours devant la juridiction d'état, le tribunal fédéral de district peut par la suite renvoyer l'affaire à un autre tribunal fédéral de district en application des règles fédérales de procédure civile[111].

i. Compétence sur les questions fédérales et renvoi

80 Pour toutes les questions fédérales, à l'exception de celles pour lesquelles les juridictions fédérales sont compétentes à titre exclusif, l'instance peut être engagée devant une juridiction d'état ou fédérale. Si le demandeur engage la procédure devant une juridiction d'état, le défendeur peut demander son transfert vers le tribunal fédéral de district ; si le demandeur engage la procédure devant le tribunal fédéral, le défendeur ne peut obtenir son transfert vers le tribunal d'état (le transfert est une opération « à sens unique »)[112]. Une fois l'affaire déplacée de la juridiction d'état à la juridiction fédérale, cette dernière a le pouvoir discrétionnaire de renvoyer à la juridiction d'état toute partie de l'affaire dans laquelle le droit d'état est prépondérant[113].

[105] En 1990, cette loi a été modifiée pour disposer qu'un étranger admis aux États-Unis en vue d'une résidence permanente doit être considéré, pour les questions de diversité, comme citoyen de l'état de son domicile. Dès lors, la compétence en matière de diversité ne serait pas applicable si un défendeur de nationalité étrangère était admis aux États-Unis en vue d'une résidence permanente et qu'il était domicilié dans le même état que le demandeur. En outre, si les deux parties à la procédure sont des citoyens d'un état étranger, il n'y a pas de compétence en matière de diversité.

[106] 28 U.S.C. § 1332.

[107] *Strawbridge c. Curtis*, 3 Cranch 267 (1806).

[108] Un renvoi d'une juridiction à une autre dans un même état (de même que dans tout État doté d'un système de droit unitaire) serait fondé sur les règles de compétence territoriale ou de compétence *ratione materiae* (dont doit disposer la juridiction saisie dans les affaires examinées par la présente note), ou, si la juridiction saisie dispose des deux, un renvoi peut être fondé sur la commodité (l'incommodité). Il faudrait déterminer si de tels transferts seraient interdits par la Convention.

[109] Si la Convention sur les jugements devait interdire l'application de tout principe national du forum *non conveniens* tout en créant une compétence *ratione personae* fondée sur une clause d'élection de for, il faudrait déterminer si les renvois internationaux mais également internes, fondés sur le *forum non conveniens*, seraient couverts par une telle interdiction.

[110] 28 U.S.C. §§ 1404, 1406, 1407.

[111] Voir ci-dessus, para. 76 et s.

[112] 28 U.S.C. § 1441.

[113] 28 U.S.C. § 1441(c).

b) Diversity jurisdiction

73 The second way to get into federal court is through "diversity" jurisdiction. Here, the heart of the claim is *not* based on federal law, but rather on state law. Because it is based on state law, the claim *could* be brought in state court. The two elements that must be satisfied for federal diversity jurisdiction are: (1) the parties must be citizens of different states[105] and (2) the amount in controversy must reasonably be alleged to be over 75,000 US dollars.[106] The federal courts interpret diversity of citizenship very strictly to include *only* "total diversity" – no plaintiff can be a citizen of the same state as any defendant.[107] There are numerous rules governing the diversity of citizenship of aliens, expatriate Americans, foreigners, class actions, and corporations, but the most important principles are those of "total diversity" and the fact that the claims are based on state law.

c) Potential overlap

74 In sum, there is no overlap of subject matter jurisdiction for federal questions falling under the exclusive jurisdiction of the federal courts (provided that the federal question is presented in federal court consistent with the well-pleaded complaint rule), but there is overlap for those federal questions falling under the concurrent jurisdiction of federal and state courts as well as for any supplemental jurisdiction claims that arise before federal courts under state law. Moreover, there is overlap of jurisdiction for diversity jurisdiction between the state and federal courts. In other words, a federal court can hear a state law claim if the suit is between parties from different states within the United States, between a citizen of a state of the United States and a citizen of a foreign State, or if the state law claim is closely related to a federal law claim, while state courts can hear most federal law claims.

75 For the ordinary civil and commercial cases most likely to arise under the Judgments Convention, diversity will probably be of the most importance unless the federal government were to implement the Judgments Convention through legislation which would create subject matter jurisdiction by way of federal question jurisdiction in the federal courts over any action covered by the treaty.

2. Transfer mechanisms

76 In the United States, there are two different methods by which a case can be transferred within the legal system that are relevant to the question at issue: (1) moving from a federal court located in one state to a federal court located in another state; and (2) moving from a state court to a federal court.[108] There are also instances where a federal court will defer to a state court proceeding – usually called "abstention". It is important to note that a state court that concludes that the action before it ought to be litigated in another state cannot transfer the case to that state directly. Instead it will dismiss the case, and one of the parties must file the action in the other state. This could be a result of, for example, a lack of personal jurisdiction over the defendant or *forum non conveniens*.[109]

a) Transfer among federal courts

77 Congress has enacted venue statutes, which specify where within the federal system particular types of cases must be filed.

78 Certain federal statutes permit the transfer of civil actions from one federal district to another.[110] Section 1404, which is of the most importance for the present research, permits the transfer of a case to any district where the suit might have been brought (*i.e.*, one in which venue and personal jurisdiction is proper). This section is essentially a statutory substitute for the doctrine of *forum non conveniens*, although of course federal courts continue to apply the doctrine of *forum non conveniens* to cases in which the alternative forum resides outside of the United States. Section 1404 expressly provides that in deciding whether to transfer a case to another district, the court shall consider the convenience of the parties, convenience of the witnesses, and the interest of justice. The standard for a domestic 1404 transfer is generally more permissive than the *forum non conveniens* standard for international cases.

b) Transfer from state court to federal court

79 Many cases will satisfy the subject matter jurisdiction of both state and federal courts. Where the two overlap, a plaintiff will have a choice of where to file the claim. If he chooses the state court, the defendant will have the option to file a motion to remove the case to federal court on the basis of diversity between the parties or on the basis of a federal question. While a case can only be removed from a state court to a federal district court in a district that covers the location where the state action was pending, the federal court can subsequently transfer the case to another federal district court pursuant to the federal rules of civil procedure.[111]

i. Federal question jurisdiction and transfer

80 For all federal questions with the exception of those where the federal courts have exclusive jurisdiction, the case can be filed either in state or in federal court. If the plaintiff files the case in state court, the defendant may request a removal to the Federal District Court; if the plaintiff files the case in federal court, the defendant cannot obtain its removal to state court (removal is a "one-way" action).[112] Once the case has been removed from state to federal court, the federal court has the discretion to remand back to the state court any part of the case in which state law predominates.[113]

[105] In 1990 this statute was amended to provide that an alien admitted to the United States of America for permanent residence shall be deemed for diversity purposes to be a citizen of the state in which he or she is domiciled. Therefore diversity jurisdiction would not be satisfied if a defendant of foreign nationality were admitted to the United States for permanent residence and he or she was domiciled in the same state as the plaintiff. In addition, if both parties are citizens of a foreign state, there is no diversity jurisdiction.
[106] 28 U.S.C. section 1332.
[107] *Strawbridge v. Curtis*, 3 Cranch 267 (1806).
[108] A transfer from one court to another within the same state (as within any State with a unitary court structure) would be based on venue rules or rules on subject matter jurisdiction (which must exist in the court seised in the cases examined in this paper) or, where both are vested in the court seised, a transfer can be based on (in)convenience. It would have to be determined whether such transfers should be prohibited by the Convention.

[109] If the Judgments Convention were to prohibit the application of any national doctrine of *forum non conveniens* while creating personal jurisdiction based on a choice of court clause, it would have to be determined whether only international or also internal *forum non conveniens* transfers should be covered by such a prohibition.
[110] 28 U.S.C. sections 1404, 1406, 1407.
[111] See *supra*, paras 76 *et seq.*
[112] 28 U.S.C. section 1441.
[113] 28 U.S.C. section 1441(c).

81 En outre, une juridiction fédérale a la possibilité de décliner l'exercice de sa compétence accessoire sur les réclamations liées, fondées sur le droit d'état, en application de 28 U.S.C. § 1367(c) si cette réclamation soulève des questions nouvelles ou complexes de droit d'état, si la réclamation fondée sur le droit d'état est prépondérante, si les réclamations fondées sur le droit fédéral ont déjà été rejetées, ou dans d'autres cas exceptionnels[114]. En outre, il existe divers doctrines d'abstention selon lesquels les juridictions fédérales se dessaisissent[115] en faveur des juridictions d'état (abstention Pullman[116], abstention ou sursis Colorado River[117], et abstentions Younger[118]). Ces doctrines ne sont pas souvent appliquées et traitent de situations inhabituelles dans lesquelles, par exemple, la résolution d'une question ambiguë de droit d'état pourrait éviter la nécessité de statuer sur une question de droit constitutionnel; la juridiction fédérale décide que le dessaisissement en faveur d'un état favorise la courtoisie entre états et le respect d'importants intérêts de l'état; ou qu'il serait de l'intérêt d'une bonne administration de la justice de s'abstenir de l'exercice de la compétence fédérale. Néanmoins, ces doctrines sont connues pour avoir été appliquées même dans des affaires relatives à une question fédérale. Par exemple, il y a eu quelques décisions relatives à la *Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* dans lesquelles les juridictions fédérales se sont abstenues au profit des juridictions d'état saisies des affaires relatives au droit de garde, utilisant soit la doctrine d'abstention de Colorado River[119], soit la doctrine d'abstention Younger[120].

ii. Compétence en matière de diversité et renvoi

82 Comme indiqué ci-dessus, si une affaire de diversité est engagée initialement devant une juridiction d'état, le défendeur peut demander le transfert de l'affaire vers une juridiction fédérale si les critères de compétence en matière de diversité sont remplis[121]. Cependant, même s'il existe une compétence fédérale fondée sur la diversité, la juridiction fédérale dispose d'un pouvoir discrétionnaire de décliner sa compétence en application du principe « d'abstention » (c-à-d. au motif de l'encombrement des tribunaux, de questions difficiles de droit d'état, ou d'un contentieux lié devant une juridiction d'état)[122].

3. Requête de déplacement d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale et clauses d'élection de for

83 Une requête tendant au déplacement peut être présentée par un défendeur qu'il y ait ou non un accord d'élection de for identifiant la juridiction d'état comme for choisi.

4. Loi applicable en cas de renvoi

84 En général, si le motif de compétence de la juridiction fédérale est la diversité, le droit d'état s'appliquera aux questions de droit matériel, bien que le droit procédural fédéral continue de s'appliquer devant les juridictions fédérales[123]. Un renvoi d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale n'aurait donc, dans ces cas, aucun effet sur le droit matériel applicable à l'affaire, mais uniquement sur le droit procédural (fédéral et non d'état). Si la compétence fédérale est fondée sur une question fédérale, le droit fédéral devra être appliqué en tout état de cause, de sorte que là encore, un renvoi d'une juridiction d'état vers une juridiction fédérale ne changerait pas le droit matériel applicable.

85 Si une affaire dans laquelle la compétence est fondée par la diversité est renvoyée d'un tribunal fédéral de district à un autre en application de 28 U.S.C. § 1404, le tribunal destinataire doit appliquer le droit qui aurait été appliqué par la juridiction d'origine, y compris ses règles de choix de loi. En d'autres termes, si par exemple un demandeur de New York poursuit un défendeur indien devant une juridiction d'état de New York, et que le défendeur indien déplace l'affaire vers un tribunal de district de New York (juridiction fédérale) sur le fondement de la compétence en matière de diversité, et que l'affaire est ensuite renvoyée à un tribunal de district du Kentucky en application de 28 U.S.C. § 1404 (p. ex., dans le cas d'une demande délictuelle dans laquelle le dommage matériel est subi au Kentucky, les faits donnant lieu au dommage ont eu lieu au Kentucky, et tous les témoins pertinents sont au Kentucky), la loi appliquée par le tribunal de district du Kentucky sera le droit de New York, y compris ses règles de choix de loi.

86 En somme, le renvoi d'une juridiction fédérale vers une autre ne change ni le droit matériel ni le droit procédural applicables. Le droit matériel sera le droit d'état (en cas de diversité) ou le droit fédéral (en cas de question fédérale), et le droit procédural sera fédéral.

[114] 28 U.S.C. § 1367(c).

[115] Si ces doctrines d'abstention sont souvent décrites comme obligatoires, il y a une incertitude quant à la question de savoir si la juridiction fédérale ne pouvait pas, dans une situation appropriée, conserver une discrétion à l'égard de l'abstention ou de l'exercice de sa compétence.

[116] L'abstention Pullman a été créée par la Cour suprême dans l'arrêt *Texas c. Pullman*, 314 US 496 (1941). Une affaire caractéristique concerne une situation où le demandeur fait valoir une violation de la Constitution et des demandes fondées sur le droit d'état, étroitement liées. Bien qu'il n'existe pas encore de procédure d'état parallèle, la juridiction fédérale s'abstient afin d'obtenir une décision définitive de la juridiction d'état sur les questions de droit d'état ambiguës, qui seraient susceptibles d'empêcher la juridiction fédérale de devoir statuer sur la question de droit constitutionnel. Le demandeur se réserve le droit de retourner devant la juridiction fédérale sur la question de droit constitutionnel si sa demande ne prospère pas devant la juridiction d'état.

[117] Cette abstention s'applique également dans les affaires de diversité. Voir *infra* note 122 pour plus de précisions.

[118] Cette doctrine provient de l'arrêt *Younger c. Harris*, 401 US 37 (1971), mais a subi une évolution considérable depuis l'affaire initiale, dans laquelle la Cour suprême a jugé qu'une juridiction fédérale ne devait pas interdire une poursuite pénale d'état en cours sans preuve que la poursuite avait été engagée de mauvaise foi, dans un but de harcèlement, ou que la juridiction d'état serait inappropriée pour traiter des demandes constitutionnelles des plaideurs. Autrefois, la doctrine Younger ne concernait que les procédures pénales, mais il s'applique désormais également aux procédures civiles. Une affaire caractéristique concerne une procédure d'état en cours, impliquant un important intérêt de l'état, ainsi que la possibilité de contester la constitutionnalité de la loi d'état, et un demandeur demandant une mesure discrétionnaire restreignant la procédure d'état. La juridiction fédérale s'abstient sur le fondement de principes de courtoisie entre états et de fédéralisme, afin de ne pas interférer avec la procédure d'état.

[119] *Copeland c. Copeland*, No 97-1665, 1998 U.S. App. LEXIS 1670 (4th Cir. Feb. 6, 1998) (per curiam).

[120] *Bouvagnet c. Bouvagnet*, 2001 WL 1263497 (N.D. Ill. Oct. 22, 2001).

[121] 28 U.S.C. § 1441.

[122] Le principe dit d'abstention Burford est généralement invoqué dans les affaires de diversité. Il a été établi dans l'affaire *Burford c. Sun Oil*, 319 US 315 (1942). Une affaire caractéristique implique une situation où un demandeur présente une demande fondée sur le droit d'état, des questions importantes de droit réglementaire d'état sont en cause, les juridictions d'état font partie du processus réglementaire, et la juridiction fédérale s'abstient donc pour un motif de courtoisie entre états et de respect des intérêts prépondérants de l'état. Par exemple, dans l'arrêt *Law Enforcement Ins. Co. c. Corcoran*, 807 F.2d 38, 42 (2nd. Cir. 1986), rejet, 481 U.S. 1017, 107 S. Ct. 1896, 95 L.Ed.2d 503 (1987), le demandeur faisait valoir une réclamation à l'encontre d'une compagnie d'assurance défunte dirigée par un « redresseur » désigné par une juridiction d'état sur demande du département de l'assurance de l'état. Constatant que les juridictions d'état étaient des « partenaires actifs » du processus réglementaire, la juridiction fédérale a confirmé le rejet de la demande, déclarant que « la structure du système de New York sert le fort intérêt de l'état pour la centralisation des réclamations à l'encontre d'un assureur défaillant dans un for unique où elles peuvent être traitées efficacement et de manière cohérente. »

Dans cette affaire, il est intéressant de noter que la Cour a également jugé qu'une abstention Colorado River était justifiée. Cette abstention se fonde sur les « considérations d'une sage administration de la justice » et a été développée dans l'affaire *Colorado River Water Conservation Dist. c. United States*, 424 US 800 (1976). Une affaire caractéristique implique une procédure d'état en cours, une affaire fédérale en réaction impliquant des parties et réclamations semblables (identiques ou semblables dans leurs effets), et aucun problème constitutionnel ou de fédéralisme soulevé.

[123] Voir en outre sur cette question, *Actes et documents de la Vingtième session*, tome I, *Matières diverses*, Doc. prél. No 18, note 63 et le texte correspondant.

81 Moreover, a federal court *may* decline to exercise supplemental jurisdiction over related state law claims under 28 U.S.C. section 1367(c) if the state claims raise novel or complex issues of state law, if the state claim predominates, if the federal claims have already been dismissed, or for other exceptional circumstances.[114] In addition, there are various abstention doctrines under which the federal courts defer[115] to state courts (Pullman abstention,[116] Colorado River abstention[117] or stays, and Younger abstentions[118]). These doctrines are not frequently applied and deal with unusual situations in which, for example, resolving an ambiguous question of state law could avoid the need to decide a constitutional issue; the federal court determines that deferring to a state serves the interests of comity and respect for important state interests; or it would be in the interest of judicial administration to abstain from exercising federal jurisdiction. Nevertheless, such doctrines have been known to be applied even in cases involving a federal question. For example, there have been a few decisions involving the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, in which the federal courts have abstained in favour of state custody cases, utilizing either the Colorado River[119] abstention doctrine or the Younger[120] abstention doctrine.

ii. Diversity jurisdiction and transfer

82 As stated above, if a diversity case is first filed in state court, the defendant can request the removal of the case to federal court if the rules for diversity jurisdiction are satisfied.[121] However, even where federal diversity jurisdiction exists, the federal court has the discretion to decline jurisdiction under the "abstention doctrine" (*e.g.*, due to congestion in the courts, difficult questions of state law, or related litigation in state court).[122]

3. Motion to remove from state to federal court and choice of court clauses

83 A motion for removal can be brought by a defendant whether or not there is a choice of court agreement identifying the state court as the chosen forum.

4. Applicable law in case of a transfer

84 Generally speaking, if the basis of jurisdiction in federal court is diversity jurisdiction, the state law will be applied to the substantive legal issues, although federal procedural law applies in federal court.[123] Therefore, a transfer from state to federal court would, in these cases, not have any impact on the substantive law that applies to the case, but on the procedural law (federal instead of state). If the federal jurisdiction were based upon a federal question, federal law would have to be applied in any case, so that again, a transfer from state to federal court would not change the substantive law applicable.

85 Should a case in which the basis for subject matter jurisdiction is diversity, be transferred from one federal district court to another pursuant to 28 U.S.C. section 1404, the receiving court must apply the law that would have been applied by the court of origin, including its choice of law rules. In other words, if, *e.g.*, a New York plaintiff were to sue an Indian defendant before a New York state court, and the Indian defendant removes the case to a New York district court (a federal court) on the basis of diversity jurisdiction, and the case is subsequently transferred to a Kentucky district court pursuant to 28 U.S.C. section 1404 (*e.g.*, in case of a tort action in which the injury occurred in Kentucky, the events leading up to the injury occurred in Kentucky, and all of the relevant witnesses are in Kentucky), the law the Kentucky district court will apply is New York law, including its choice of law rules.

86 In sum, transfer from one federal court to another will neither change the substantive nor the procedural law applicable. The substantive law will be state law (in case of diversity) or federal law (in case of a federal question), and the procedural law will be federal.

[114] 28 U.S.C. section 1367(c).

[115] While these abstention doctrines are in many cases described as mandatory, there is some uncertainty as to whether the federal court might not, in an appropriate case, retain some discretion to abstain or to exercise jurisdiction.

[116] The Pullman abstention was created by the Supreme Court in *Texas v. Pullman*, 312 US 496 (1941). A standard case involves a situation in which a plaintiff alleges constitutional violations and closely related state law claims. Although there is no parallel state proceeding yet, the federal court abstains to obtain a definitive ruling by the state court on ambiguous state law issues, which could prevent the federal court from having to decide on the constitutional issue. The plaintiff reserves the right to return to federal court on the constitutional issue, if he or she is unsuccessful in state court.

[117] This abstention also applies in diversity cases. See *infra* note 122 for further details.

[118] This doctrine began with *Younger v. Harris*, 401 US 37 (1971), but has undergone a considerable evolution since the original case in which the Supreme Court held that a federal court should not enjoin a pending state prosecution without a showing that the state court's prosecution was initiated in bad faith, for reasons of harassment, or that the state court would be inadequate to address the litigants' constitutional claims. It used to be that the Younger doctrine involved only criminal proceedings, but now it also applies to civil proceedings. A typical case involves a pending state proceeding, implicating an important state interest, along with the opportunity to challenge the state statute's constitutionality, and a plaintiff seeking equitable relief restraining the state proceeding. The federal court abstains out of principles of comity and federalism to avoid interfering with the state proceedings.

[119] *Copeland v. Copeland*, No. 97-1665, 1998 U.S. App. LEXIS 1670 (4th Cir. Feb. 6, 1998) (*per curiam*).

[120] *Bouvagnet v. Bouvagnet*, 2001 WL 1263497 (N.D. Ill. Oct 22, 2001).

[121] 28 U.S.C. section 1441.

[122] The so-called Burford Abstention is generally invoked in diversity cases. It was founded in *Burford v. Sun Oil*, 319 US 315 (1942). A typical case involves a situation in which a plaintiff alleges a state law claim, important state regulatory issues are implicated, the state courts are part of the regulatory process, and the federal court therefore abstains out of considerations of comity and respect for the paramount state interest. For example, in *Law Enforcement Ins. Co. v. Corcoran*, 807 F.2d 38, 42 (2nd Cir. 1986), cert. denied, 481 U.S. 1017, 107 S.Ct. 1896, 95 L.Ed.2d 503 (1987), the plaintiff asserted a claim against a defunct insurance company that was under the control of a "rehabilitator" appointed by a state court at the request of the state department of insurance. Finding that the state courts were "active partners" in the regulatory process, the federal court affirmed dismissal of the complaint, stating that "the structure of the New York system serves the state's strong interest in centralizing claims against an insolvent insurer into a single forum where they can be efficiently and easily and consistently disposed of."

In this case, interestingly, the court also found that a Colorado River abstention was appropriate. This abstention rests on "considerations of wise judicial administration" and was developed in *Colorado River Water Conservation Dist. v. United States*, 424 US 800 (1976). A typical case involves a pending state proceeding, a reactive federal case involving similar (the same or functionally similar) claims and parties, and no constitutional or federalism problems presented.

[123] See further on this issue note 63 of Prel. Doc. No 18, *Proceedings of the Twentieth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*, and the adjoining text.

III. CONCLUSION

87 En introduction de cette étude, il était indiqué que des principes communs devraient pouvoir se dégager de l'analyse des trois systèmes juridiques développés ci-dessus. En réalité, la conduite de cette recherche a révélé des traits à la fois communs et distincts. Les caractéristiques communes sont les suivantes:

– Dans les États fédéraux ayant un système juridique non unifié, des chevauchements de compétence apparaissent toujours entre l'État fédéral, d'une part, et ses unités territoriales, d'autre part.

– Dans tous les systèmes juridiques étudiés, il existe des possibilités de «vrai» renvoi d'affaires d'une juridiction à une autre[124]. Ces renvois se fondent en principe sur des règles écrites telles que des lois ou Règles d'organisation judiciaires.

– Dans la plupart des affaires, la juridiction saisie a aussi ou alternativement, la possibilité soit de rejeter l'affaire, soit de surseoir à statuer et d'inviter les parties à se pourvoir devant un for plus approprié. Normalement, il s'agirait d'une application du principe du *forum non conveniens*. Mais les règles écrites, mentionnées précédemment, constituent généralement un substitut codifié à ce principe de *common law*.

– Les systèmes juridiques examinés confèrent généralement à la juridiction un plus large pouvoir discrétionnaire dans les affaires où le for le plus approprié est situé dans le même État, que dans des affaires internationales impliquant un for étranger éventuellement plus approprié.

– Une clause d'élection de for constitue en principe un élément important à prendre en considération lors de l'appréciation du caractère approprié du for saisi, notamment lorsque la clause est exclusive –, mais ce n'est pas nécessairement un élément décisif.

– Le renvoi aura dans la plupart des affaires un impact sur le droit procédural qui gouverne les procédures; mais aussi très souvent sur le droit matériel applicable.

88 Afin d'être le plus complet possible, il est nécessaire de mentionner que les systèmes de droit civil ne possèdent normalement pas de dispositions juridiques permettant le renvoi d'une juridiction disposant d'une compétence *ratione personae* et *ratione materiae* ainsi que territoriale, au profit d'une autre juridiction. Le concept d'une juridiction exerçant une discrétion dans une telle hypothèse leur est encore plus étranger: dans de nombreux États de droit civil, il semble que la notion de «juge naturel»[125] implique de façon inhérente qu'une juridiction qui est saisie et compétente (*ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione loci*) en vertu de la loi, doit connaître de l'affaire et ne devrait pas pouvoir s'en abstenir ni la renvoyer à d'autres. Ainsi les priorités sont différentes dans les systèmes de droit civil et de *common law* en trouvant le juste milieu entre la prévisibilité générale et l'adaptation aux cas individuels.

[124] Outre ces traits communs, des différences existent aussi. Ainsi, dans un État, un renvoi peut ne fonctionner que d'une juridiction d'état à une juridiction fédérale, ainsi qu'entre les juridictions fédérales. Dans un autre État, un renvoi peut aussi être possible d'une juridiction fédérale vers une juridiction d'état sous certaines conditions, et il peut en outre y avoir une possibilité de renvoi d'affaire d'une juridiction d'état ou province directement vers une autre. Si cette dernière possibilité n'est pas envisageable en raison de l'absence de loi écrite permettant de surmonter l'obstacle de la territorialité entre des juridictions distinctes, le rejet de la procédure ou le sursis à statuer devant une juridiction conduirait à un résultat similaire au cas où la juridiction invite les parties à porter leur affaire dans un autre état.

[125] En Allemagne, par exemple, ce concept constitue même un principe constitutionnel, protégé et exigé en vertu de l'article 101 de la Loi fondamentale.

Annexe I

Australie – La Constitution

Chapitre I Titre V – Pouvoirs du Parlement

Article 51 – Pouvoirs législatifs du Parlement

Le Parlement, sous réserve de la présente Constitution, aura le pouvoir de légiférer en vue de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement du Commonwealth à l'égard:

(i) du commerce et du négoce avec les autres pays, et entre les États;

(ii) de la fiscalité; mais pas de manière à créer une discrimination entre les États ou parties des États;

(iii) des primes à la production ou l'exportation de marchandises, mais de telle sorte que les primes soient uniformes dans tout le Commonwealth;

(iv) de l'emprunt de fonds sur le crédit public du Commonwealth;

(v) des services postaux, télégraphiques, téléphoniques et autres semblables;

(vi) de la défense navale et militaire du Commonwealth et des différents États, et de la direction des forces pour l'application et le maintien des lois du Commonwealth;

(vii) des phares, bateaux-feux, balises et bouées;

(viii) des observations astronomiques et météorologiques;

(ix) de la quarantaine;

(x) des pêches dans les eaux australiennes au-delà des limites territoriales;

(xi) du recensement et des statistiques;

(xii) de la monnaie, de la monnaie métallique, et de la monnaie légale;

(xiii) de la banque, autre que la banque des États; également de la banque des États s'étendant au-delà des limites de l'État concerné, de la constitution de banques, et de l'émission de papier-monnaie;

(xiv) de l'assurance, autre que l'assurance des États; également de l'assurance des États s'étendant au-delà des limites de l'État concerné;

(xv) des poids et mesures;

(xvi) des effets de commerce et billets à ordre;

(xvii) de la faillite et de l'insolvabilité;

(xviii) des droits d'auteur, des brevets d'invention et modèles, et des marques;

(xix) de la naturalisation et des étrangers;

(xx) des personnes morales étrangères, et des personnes morales de négoce ou financières constituées dans les limites du Commonwealth;

(xxi) du mariage;

III. CONCLUSION

87 In the introduction to this paper, it was stated that common principles could probably be drawn from the analysis of the three legal systems discussed here. In fact, the research carried out has revealed both common features and differences. The common features are the following:

– In Federal States with a non-unified legal system, there is always some overlap in the jurisdiction of the Federal State on the one hand, and its territorial units on the other hand.

– In all legal systems examined, some possibilities for a "real" transfer of cases from one court to another exist.[124] They are normally based on written rules such as statutes or Rules of Court.

– In addition or alternatively, in the large majority of cases the court seised has the possibility to dismiss or stay the proceedings and invite the parties to take the case to a more appropriate forum. This would normally be an application of the doctrine of *forum non conveniens*. The statutory rules mentioned before are normally a codified substitute for this common law doctrine.

– The legal systems examined normally give the court a wider discretion in cases where the more appropriate forum is located within the same State than in international cases involving a possibly more appropriate foreign forum.

– A choice of court clause would normally be one very important element to be taken into consideration when balancing the appropriateness of the forum seised – in particular where the clause is exclusive –, but it would not necessarily be decisive.

– In most cases, the transfer will have an impact on the procedural law which would govern the proceedings; in many cases also on the substantive law applicable.

88 For the sake of completeness, it is worth mentioning that civil law systems normally do not possess legal provisions providing for a transfer from one court having personal and subject matter jurisdiction as well as territorial competence, to another court. The concept of a court exercising discretion in a similar case is even more alien to them: In many civil law States, it is seen as an inherent part of the concept of "the natural judge"[125] that a court having (personal, subject matter and territorial) jurisdiction according to the law, and which is being seised, *has to hear* the case and may neither refrain from this nor transfer the case elsewhere. Priorities are thus set differently in civil and common law systems when striking the balance between general foreseeability and appropriateness in the individual case.

[124] In addition to these common features, there are also differences. In one State, a transfer operates only from state to federal courts and among federal courts; in another, a transfer is also possible from federal to state courts under certain circumstances; and in addition there may be the possibility to transfer a case from one state or province directly to another. Where the latter would not be possible, due to the lack of a statute overcoming the barrier of territoriality between separate jurisdictions, a dismissal or stay of the proceedings before the court seised would lead to a similar result if the court invites the parties to take their case to another state.

[125] In Germany, for instance, this is even a Constitutional principle, protected and required by Article 101 of the Basic Law.

Annex I

Australia: The Constitution

Chapter I Part V – Powers of the Parliament

Section 51 – Legislative Powers of the Parliament

The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to:

(i) Trade and commerce with other countries, and among the States;

(ii) Taxation; but so as not to discriminate between States or parts of States;

(iii) Bounties on the production or export of goods, but so that such bounties shall be uniform throughout the Commonwealth;

(iv) Borrowing money on the public credit of the Commonwealth;

(v) Postal, telegraphic, telephonic, and other like services;

(vi) The naval and military defence of the Commonwealth and of the several States, and the control of the forces to execute and maintain the laws of the Commonwealth;

(vii) Lighthouses, lightships, beacons and buoys;

(viii) Astronomical and meteorological observations;

(ix) Quarantine;

(x) Fisheries in Australian waters beyond territorial limits;

(xi) Census and statistics;

(xii) Currency, coinage, and legal tender;

(xiii) Banking, other than State banking; also State banking extending beyond the limits of the State concerned, the incorporation of banks, and the issue of paper money;

(xiv) Insurance, other than State insurance; also State insurance extending beyond the limits of the State concerned;

(xv) Weights and measures;

(xvi) Bills of exchange and promissory notes;

(xvii) Bankruptcy and insolvency;

(xviii) Copyrights, patents of inventions and designs, and trade marks;

(xix) Naturalization and aliens;

(xx) Foreign corporations, and trading or financial corporations formed within the limits of the Commonwealth;

(xxi) Marriage;

(xxii) des affaires de divorce et matrimoniales; et corrélativement, des droits parentaux et de la garde et de la tutelle des mineurs;

(xxiii) des pensions d'invalidité et de retraite;

(xxiiiA) de la fourniture de prestations de maternité, de pensions de veuvage, d'allocations de naissance, de chômage, de frais de pharmacie, de maladie et d'hospitalisation, services médicaux et dentaires (mais pas de manière à autoriser une forme quelconque de conscription civile), avantages aux étudiants et prestations aux familles;

(xxiv) de la signification et de l'exécution dans tout le Commonwealth des actes de procédure civile et pénale, et des décisions des juridictions des États;

(xxv) de la reconnaissance dans tout le Commonwealth des lois, registres et Lois publics, et des procédures judiciaires des États;

(xxvi) des peuples de toute race, pour lesquels il est jugé nécessaire de légiférer en particulier;

(xxvii) de l'immigration et de l'émigration;

(xxviii) de l'entrée de délinquants;

(xxix) des affaires étrangères;

(xxx) des relations du Commonwealth avec les îles du Pacifique;

(xxxi) de l'acquisition de biens selon des modalités équitables auprès de tout État ou personne pour tout objet à l'égard duquel le Parlement a le pouvoir de légiférer;

(xxxii) de la direction des chemins de fer à l'égard du transport dans les buts navals et militaires du Commonwealth;

(xxxiii) de l'acquisition, avec le consentement d'un État, de tout chemin de fer de l'État selon des modalités convenues entre le Commonwealth et l'État;

(xxxiv) de la construction et de l'extension de chemins de fer dans tout État, avec le consentement de cet État;

(xxxv) de la conciliation et de l'arbitrage pour la prévention et le règlement de conflits du travail s'étendant au-delà des limites d'un État unique;

(xxxvi) des questions à l'égard desquelles la présente Constitution dispose jusqu'à ce que le Parlement en dispose autrement;

(xxxvii) des questions soumises au Parlement du Commonwealth par le ou les Parlements de tous États, mais de sorte que la loi ne s'appliquera qu'aux États par le Parlement desquels la question a été soumise, ou qui adoptent la loi par la suite[126];

(xxxviii) l'exercice au sein du Commonwealth, à la demande ou avec le concours du Parlement de tous les États directement concernés, de tout pouvoir ne pouvant, lors de l'établissement de la présente Constitution, être exercé que par le Parlement du Royaume-Uni ou par le Conseil Fédéral d'Australasie;

(xxxix) des questions incidentes à l'exercice de tout pouvoir conféré par la présente Constitution au Parlement ou à l'une de ses deux Chambres, ou au gouvernement du Commonwealth, ou à l'Autorité Judiciaire fédérale, ou à tout service ou agent du Commonwealth.

[126] Les Lois suivantes ont été adoptées par les Parlements des États pour la soumission de questions au Parlement en application de l'article 51 et sont encore en vigueur:
Nouvelle-Galles du Sud: *No 48, 1983: Commonwealth Powers (Meat force inspection) Act 1983*;
Victoria: *No 4009: Debt Conversion Agreement Act 1931 (No 2)*;
Queensland: *No 2: The Commonwealth Powers (Air Transport) Act 1950*;
Australie Méridionale: *No 2061, 1931: Commonwealth Legislative Power Act 1931*;
Tasmanie: *No 46, 1952: Commonwealth Powers (Air Transport) Act 1952.*

Annexe II

Canada – Saskatchewan

Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances, basée sur la loi uniforme du même nom:

Dispositions générales applicables aux renvois

12(1) La Cour du Banc de la Reine, conformément à la présente partie, peut:

a) renvoyer une instance à un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan;

b) accepter le renvoi d'une instance par un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan.

(2) Le pouvoir conféré par la présente partie à la Cour du Banc de la Reine de renvoyer une instance à un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan comprend le pouvoir de n'en renvoyer qu'une partie à ce tribunal.

(3) Le pouvoir conféré par la présente partie à la Cour du Banc de la Reine d'accepter le renvoi d'une instance par un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan comprend le pouvoir de n'accepter qu'une partie de l'instance.

(4) Si une mesure concernant le renvoi d'une instance doit ou devrait être prise devant la Cour du Banc de la Reine ou devant un autre tribunal de la Saskatchewan en appel de la décision de la Cour du Banc de la Reine, la présente partie s'applique au renvoi.

(5) Si une mesure concernant le renvoi d'une instance doit ou devrait être prise devant un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan, la Cour du Banc de la Reine, malgré les différences qui peuvent exister entre la présente partie et les règles applicables devant le tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan, peut renvoyer l'instance ou en accepter le renvoi si elle juge que ces différences:

a) ne nuisent pas à l'efficacité du renvoi;

b) n'empêchent pas la conduite juste et régulière de l'instance.

Motifs fondant l'ordonnance de renvoi

13(1) La Cour du Banc de la Reine peut, par ordonnance, demander à un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan d'accepter le renvoi d'une instance à l'égard de laquelle elle a la compétence territoriale et la compétence matérielle si elle est convaincue que:

a) d'une part, le tribunal d'accueil a la compétence matérielle requise pour entendre l'instance;

b) d'autre part, le tribunal d'accueil constitue, aux termes de l'article 11[127], un ressort plus approprié que la Cour du Banc de la Reine pour entendre l'instance.

[127] Dans la version officielle publiée en langue française à l'adresse <www.qp.gov.sk.ca/documents/french/statutes/statutes/C41-1f.pdf>, référence est en effet faite à l'art. 11 alors que la version anglaise, disponible à l'adresse <www.qp.gov.sk.ca/documents/english/statutes/statutes/C41-1.pdf>, renvoie correctement à l'art. 10.

(xxii) Divorce and matrimonial causes; and in relation thereto, parental rights, and the custody and guardianship of infants;

(xxiii) Invalid and old-age pensions;

(xxiiiA) The provision of maternity allowances, widows' pensions, child endowment, unemployment, pharmaceutical, sickness and hospital benefits, medical and dental services (but not so as to authorize any form of civil conscription), benefits to students and family allowances;

(xxiv) The service and execution throughout the Commonwealth of the civil and criminal process and the judgments of the courts of the States;

(xxv) The recognition throughout the Commonwealth of the laws, the public Acts and records, and the judicial proceedings of the States;

(xxvi) The people of any race, for whom it is deemed necessary to make special laws;

(xxvii) Immigration and emigration;

(xxviii) The influx of criminals;

(xxix) External affairs;

(xxx) The relations of the Commonwealth with the islands of the Pacific;

(xxxi) The acquisition of property on just terms from any State or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws;

(xxxii) The control of railways with respect to transport for the naval and military purposes of the Commonwealth;

(xxxiii) The acquisition, with the consent of a State, of any railways of the State on terms arranged between the Commonwealth and the State;

(xxxiv) Railway construction and extension in any State with the consent of that State;

(xxxv) Conciliation and arbitration for the prevention and settlement of industrial disputes extending beyond the limits of any one State;

(xxxvi) Matters in respect of which this Constitution makes provision until the Parliament otherwise provides;

(xxxvii) Matters referred to the Parliament of the Commonwealth by the Parliament or Parliaments of any State or States, but so that the law shall extend only to States by whose Parliaments the matter is referred, or which afterwards adopt the law; [126]

(xxxviii) The exercise within the Commonwealth, at the request or with the concurrence of the Parliaments of all the States directly concerned, of any power which can at the establishment of this Constitution be exercised only by the Parliament of the United Kingdom or by the Federal Council of Australasia;

(xxxix) Matters incidental to the execution of any power vested by this Constitution in the Parliament or in either House thereof, or in the Government of the Commonwealth, or in the Federal Judicature, or in any department or officer of the Commonwealth.

[126] The following Acts have been passed by the Parliaments of the States to refer matters to the Parliament under Section 51 and are still in force:
New South Wales: No. 48, 1983: Commonwealth Powers (Meat force inspection) Act, 1983;
Victoria: No. 4009: Debt Conversion Agreement Act 1931 (No. 2);
Queensland: No. 2: The Commonwealth Powers (Air Transport) Act of 1950;
South Australia: No. 2061, 1931: Commonwealth Legislative Power Act, 1931;
Tasmania: No. 46, 1952: Commonwealth Powers (Air Transport) Act, 1952.

Annex II

Canada – Saskatchewan

Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, based on the uniform law bearing the same name:

General provisions applicable to transfers

12(1) The Court of Queen's Bench, in accordance with this part, may:

a) transfer a proceeding to a court outside Saskatchewan;

b) accept a transfer of a proceeding from a court outside Saskatchewan.

(2) A power given pursuant to this Part to the Court of Queen's Bench to transfer a proceeding to a court outside Saskatchewan includes the power to transfer part of the proceeding to that court.

(3) A power given pursuant to this Part to the Court of Queen's Bench to accept a proceeding from a court outside Saskatchewan includes the power to accept part of the proceeding from that court.

(4) If anything relating to a transfer of a proceeding is or ought to be done in the Court of Queen's Bench or in another court of Saskatchewan on appeal from the Court of Queen's Bench, the transfer is governed by the provisions of this Part.

(5) If anything relating to a transfer of a proceeding is or ought to be done in a court outside Saskatchewan, the Court of Queen's Bench, despite any differences between this Part and the rules applicable in the court outside Saskatchewan, may transfer or accept a transfer of the proceeding if the Court of Queen's Bench considers that the differences do not:

a) impair the effectiveness of the transfer; or

b) inhibit the fair and proper conduct of the proceeding.

Grounds for an order transferring a proceeding

13(1) The Court of Queen's Bench may, by order, request a court outside Saskatchewan to accept a transfer of a proceeding in which the Court of Queen's Bench has both territorial and subject-matter competence if the Court of Queen's Bench is satisfied that:

a) the receiving court has subject-matter competence in the proceeding; and

b) pursuant to section 10,[127] the receiving court is a more appropriate forum for the proceeding than the Court of Queen's Bench.

[127] In the official French version available at: <www.qp.gov.sk.ca/documents/french/statutes/statutes/C41-1f.pdf>, the reference is indeed to section 11, while the English version available at <www.qp.gov.sk.ca/documents/english/statutes/statutes/C41-1.pdf> correctly refers to section 10.

(2) La Cour du Banc de la Reine peut, par ordonnance, demander à un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan d'accepter le renvoi d'une instance à l'égard de laquelle elle n'a pas la compétence territoriale ou la compétence matérielle si elle est convaincue que le tribunal d'accueil a la compétence territoriale et la compétence matérielle requises pour entendre l'instance.

(3) Pour déterminer si un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan a la compétence territoriale ou la compétence matérielle requise pour entendre une instance, la Cour du Banc de la Reine doit appliquer les lois de l'État où est situé le tribunal visé.

Dispositions relatives à l'ordonnance de renvoi

14(1) Dans l'ordonnance qu'elle rend pour demander à un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan d'accepter le renvoi d'une instance, la Cour du Banc de la Reine doit exposer les motifs de la demande.

(2) L'ordonnance peut :

a) être rendue sur requête d'une partie à l'instance;

b) imposer des conditions préalables au renvoi;

c) prévoir des modalités concernant la poursuite de l'instance;

d) prévoir que la Cour du Banc de la Reine sera à nouveau saisie de l'instance si des événements précis se produisent.

...

Pouvoir discrétionnaire de la Cour du Banc de la Reine d'accepter ou de refuser un renvoi

15(1) Après le dépôt par un tribunal à l'extérieur de la Saskatchewan d'une demande de renvoi à la Cour du Banc de la Reine d'une instance introduite contre une personne devant le tribunal qui effectue le renvoi, la Cour du Banc de la Reine peut, par ordonnance :

a) accepter le renvoi, sous réserve du paragraphe (4), s'il est satisfait aux conditions suivantes:

(i) soit la Cour du Banc de la Reine, soit le tribunal qui effectue le renvoi a la compétence territoriale requise pour entendre l'instance,

(ii) la Cour du Banc de la Reine a la compétence matérielle requise pour entendre l'instance;

b) refuser d'accepter le renvoi pour tout motif que la Cour du Banc de la Reine estime juste, même s'il est satisfait aux conditions prévues à l'alinéa a).

(2) La Cour du Banc de la Reine doit exposer les motifs d'une ordonnance, rendue en vertu de l'alinéa (1) b), par laquelle elle refuse d'accepter le renvoi d'une instance.

(3) Toute partie à l'instance introduite devant le tribunal qui effectue le renvoi peut présenter une requête à la Cour du Banc de la Reine pour qu'elle rende une ordonnance portant acceptation ou refus du renvoi de l'instance à la Cour du Banc de la Reine.

(4) La Cour du Banc de la Reine ne peut pas rendre d'ordonnance portant acceptation du renvoi d'une instance s'il n'a pas été satisfait à une condition préalable au renvoi imposée par le tribunal qui effectue le renvoi.

(2) The Court of Queen's Bench may, by order, request a court outside Saskatchewan to accept a transfer of a proceeding in which the Court of Queen's Bench lacks territorial or subject-matter competence if the Court of Queen's Bench is satisfied that the receiving court has both territorial and subject-matter competence in the proceeding.

(3) In deciding whether a court outside Saskatchewan has territorial or subject-matter competence in a proceeding, the Court of Queen's Bench shall apply the laws of the state in which the court outside Saskatchewan is established.

Provisions relating to the transfer order

14(1) In an order requesting a court outside Saskatchewan to accept a transfer of a proceeding, the Court of Queen's Bench shall state the reasons for the request.

(2) The order may:

a) be made on application of a party to the proceeding;

b) impose conditions precedent to the transfer;

c) contain terms concerning the further conduct of the proceeding; and

d) provide for the return of the proceedings to the Court of Queen's Bench on the occurrence of specified events.

...

Court's discretion to accept or refuse a transfer

15(1) After the filing of a request made by a court outside Saskatchewan to transfer to the Court of Queen's Bench a proceeding brought against a person in the transferring court, the Court of Queen's Bench may, by order:

a) accept the transfer, subject to subsection (4), if both of the following requirements are fulfilled:

(i) either the Court of Queen's Bench or the transferring court has territorial competence in the proceeding;

(ii) the Court of Queen's Bench has subject-matter competence in the proceeding; or

b) refuse to accept the transfer for any reason that the Court of Queen's Bench considers just, regardless of the fulfilment of the requirements of clause (a).

(2) The Court of Queen's Bench must give reasons for an order pursuant to clause (1)(b) refusing to accept the transfer of a proceeding.

(3) Any party to the proceeding brought in the transferring court may apply to the Court of Queen's Bench for an order accepting or refusing the transfer to the Court of Queen's Bench of the proceeding.

(4) The Court of Queen's Bench may not make an order accepting the transfer of a proceeding if a condition precedent to the transfer imposed by the transferring court has not been fulfilled.

La relation entre le projet sur les jugements et d'autres instruments internationaux

PRÉPARÉ PAR ANDREA SCHULZ
PREMIER SECRÉTAIRE

Document préliminaire No 24 de décembre 2003

Table des matières page

I. INTRODUCTION 148

II. RÈGLES PAR DÉFAUT PRÉVUES PAR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC EN L'ABSENCE DE CLAUSE DANS LES TRAITÉS EN CAUSE 150

A. Les sources du droit international public et les solutions qu'elles prévoient 150

1. La Convention de Vienne sur le droit des traités 150

a) Règle par défaut de l'article 30 relative aux relations entre États parties aux deux traités en cause 150

i. Traités « portant sur la même matière » 152

ii. Compatibilité du traité antérieur et du traité postérieur 154

iii. Règle lex posterior à titre de règle par défaut pour les situations d'incompatibilité restantes 156

b) Exigences supplémentaires de l'article 41 de la Convention de Vienne concernant les relations entre un État partie aux deux traités en cause, et un État partie uniquement au premier des deux traités 156

2. Droit international coutumier 158

a) Identité des parties 160

b) Toutes les parties au traité antérieur ne sont pas parties au traité postérieur 160

c) Conclusion 162

3. Principes généraux du droit international public 162

B. Comment s'insère le droit communautaire dans le cadre des règles décrites ? 162

III. LIMITES FIXÉES PAR LA CONVENTION DE VIENNE POUR LA TENEUR D'UNE CLAUSE DE DÉCONNEXION 162

IV. CONCLUSION 162

A. Toutes les parties au traité antérieur deviennent parties au traité postérieur 164

B. Toutes les parties au traité antérieur ne deviennent pas parties au traité postérieur 164

I. INTRODUCTION

1 Tout au long des négociations concernant une convention globale sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (la Convention sur les jugements), il a été souligné qu'il existe déjà un certain nombre d'instruments internationaux traitant de tout ou partie de ces questions. Il est donc d'une grande importance, en droit et en pratique, de définir les rapports entre la nouvelle convention et d'autres instruments. Cependant, lorsque l'on se tourne vers la doctrine pour obtenir des éclaircissements sur ce sujet relativement technique, on constate que les publications qui en traitent de manière générale, et non par référence à un ou deux traités particuliers et à leurs rapports mutuels, sont rares. Ian Sinclair, un grand commentateur de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ouvre donc le chapitre concerné dans son œuvre par ces mots :

« *Un aspect particulièrement obscur du droit des traités est la question de l'application de traités successifs portant sur la même matière*[1]. »

2 Cet avis sera certainement partagé par beaucoup. La présente note a donc pour objet de décrire les règles de droit international public régissant les rapports entre des traités successifs se chevauchant en tout ou partie, tant en ce qui concerne leur teneur que leurs parties. Ceci sera fait en termes généraux, en prenant parfois des traités particuliers comme exemples. Comme l'exposé des règles générales le montrera, la présente note ne peut indiquer en détail pour un grand nombre d'instruments existants, quels seraient leurs rapports avec une future Convention sur les jugements[2].

3 Il sera démontré que tant que les parties en sont encore au stade des négociations, il appartient d'abord et avant tout aux négociateurs de résoudre tout conflit possible entre traités en incorporant une règle appropriée de compatibilité dans les conventions en cause. Comme la note le montrera, le droit international public leur accorde une large discrétion pour y incorporer des règles sur les rapports entre divers instruments internationaux. La note décrit des limites éventuelles fixées à leur discrétion par le droit international public (ci-dessous, III), ainsi que les règles par défaut prévues par le droit international public en l'absence de règle explicite dans un ou plusieurs des instruments en cause (ci-dessous, II). Bien que la note montre qu'il est souhaitable, voire nécessaire, d'insérer une ou plusieurs clauses sur les rapports avec d'autres instruments dans la convention sur les jugements, la description des règles par défaut définissant ces rapports en l'absence de clause est nécessaire parce que (1) de nombreux instruments existants susceptibles de se chevaucher avec la convention sur les jugements ne comportent pas de clause de déconnexion, et (2) les règles par défaut comportent également certaines limitations à la liberté des parties à un traité ultérieur à l'égard d'une clause de déconnexion relative à un traité antérieur.

[1] Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd. 1984, p. 93. Voir également Sprudzs, « Status of Multilateral Treaties – Researcher's Mystery, Mess or Muddle ? », *American Journal of International Law* (AJIL), 1972, p. 365 et s.

[2] Cela est dû, entre autre, à la complexité des règles qui seront identifiées dans la présente note, et notamment au fait que leur application aux rapports entre deux traités donnés dépend dans une large mesure de l'identification de la volonté (hypothétique ou implicite) des États parties. Celle-ci doit être déduite d'éléments historiques reflétant les négociations des traités, mais également d'un examen approfondi des pratiques des États en application de la ou des Conventions en cause, une tâche dépassant de loin les moyens du Bureau Permanent étant donné le grand nombre d'instruments existants susceptibles de recouper le champ d'application de la convention sur les jugements. Cependant, une note ultérieure sur des instruments particuliers et leurs rapports avec le Projet des jugements pourra suivre dès que le Bureau Permanent aura reçu de réponses supplémentaires des États membres à sa demande d'indication de tous instruments particuliers auxquels des États sont parties et qu'ils souhaiteraient voir pris en compte dans une telle note, ainsi que dans la clause de déconnexion.

The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments

PREPARED BY ANDREA SCHULZ
FIRST SECRETARY

Preliminary Document No 24 of December 2003

Table of contents page

I. INTRODUCTION 149

II. DEFAULT RULES PROVIDED BY PUBLIC INTERNATIONAL LAW IN THE ABSENCE OF A CLAUSE IN THE TREATIES CONCERNED 151

A. The sources of public international law and solutions provided by them 151

1. The Vienna Convention on the Law of Treaties 151

a) Default rule in Article 30 concerning the relations between States parties to both treaties in question 151

i. Treaties "relating to the same subject matter" 153

ii. Compatibility of the earlier treaty with the later one 155

iii. Lex posterior rule as default rule for remaining cases of incompatibility 157

b) Further requirements established by Article 41 of the Vienna Convention concerning the relations between a State Party to both, and a State Party only to the earlier one of the treaties in question 157

2. International customary law 159

a) Party identity 161

b) Not all parties to the earlier treaty are parties to the later one 161

c) Conclusion 163

3. General principles of public international law 163

B. How does European Community law fit into the rules described? 163

III. LIMITS ESTABLISHED BY THE VIENNA CONVENTION FOR THE CONTENT OF A DISCONNECTION CLAUSE 163

IV. CONCLUSION 163

A. All parties to the earlier treaty are party to the later treaty 165

B. Not all parties to the earlier treaty become party to the later treaty 165

I. INTRODUCTION

1 Throughout the negotiations concerning a global convention on jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters (the Judgments Convention), it has been stressed that a number of international instruments dealing with some or all of these issues already exist. It is therefore of great legal and practical importance to define the relationship of the new convention with other instruments. However, when one turns to legal doctrine for some enlightenment on this rather technical subject, one finds that publications dealing with it in general terms and not referring only to one or two particular treaties and their relationship, are scarce. Ian Sinclair, a leading commentator on the Vienna Convention on the Law of Treaties, consequently opens his respective chapter with the words:

"*A particularly obscure aspect of the law of treaties is the question of application of successive treaties which relate to the same subject matter.*"[1]

2 This statement will certainly be shared by many. The purpose of this paper is therefore to describe the rules of public international law governing the relationship between successive treaties that overlap in whole or in part, both as to their content and / or as to the parties to them. This will be done in general terms, sometimes using particular treaties as examples. As the explanation of the general rules will show, this paper cannot indicate in detail for a large number of existing instruments what their respective relationship with a future Judgments Convention would be.[2]

3 It will be demonstrated that, as long as parties are still at the negotiating stage, it is first and foremost up to treaty negotiators to resolve any possible conflict between treaties by including an adequate compatibility rule in the conventions concerned. As the paper will show, public international law gives them a large discretion to include rules on the relationship between different international instruments in the latter. The paper describes possible limits set by public international law to their discretion (*infra* III), as well as the default rules provided by public international law in the absence of an explicit rule in one or more of the instruments concerned (*infra* II). Although the paper will show that it is advisable, or even necessary, to insert one or more clauses on the relationship with other instruments into the Judgments Convention, the description of the default rules governing such relationship in the absence of a clause is necessary because (1) many existing instruments which could overlap with the Judgments Convention do not contain a disconnection clause, and (2) the default rules also contain some limits to the freedom of the parties to a later treaty with regard to the content of a disconnection clause concerning an earlier treaty.

[1] Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. 1984, p. 93. See also Sprudzs, Status of Multilateral Treaties – Researcher's Mystery, Mess or Muddle? *American Journal of International Law* (AJIL) 1972, p. 365 *et seq.*

[2] This is due, *inter alia*, to the complexity of the rules which will be identified in this paper, and in particular to the fact that their application to the relationship between any two particular treaties in question depends to a large extent on the identification of the (hypothetical or implicit) will of States Parties. This has to be concluded from historical materials reflecting treaty negotiations, but also from a thorough examination of State practice under the Convention(s) in question, a task that by far exceeds the resources of the Permanent Bureau given the large number of existing instruments which might potentially overlap with the Judgments Convention. However, a further paper on individual instruments and their relationship with the Judgments Project may follow as soon as the Permanent Bureau receives further replies from Member States to its request to be informed of any specific instruments to which States are parties and which they wished to be considered in both such a paper and in the disconnection clause.

II. RÈGLES PAR DÉFAUT PRÉVUES PAR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC EN L'ABSENCE DE CLAUSE DANS LES TRAITÉS EN CAUSE

A. Les sources du droit international public et les solutions qu'elles prévoient

4 Les trois sources classiques du droit international public, telles que les énumère l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice, sont « les conventions internationales, soit générales soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige », « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit », et « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Les trois sources sont de valeur égale ; il n'existe pas de hiérarchie entre elles[3].

1. La Convention de Vienne sur le droit des traités

a) Règle par défaut de l'article 30 relative aux relations entre États parties aux deux traités en cause

5 Cependant, même en l'absence d'une hiérarchie, un traité sur le droit des traités est bien entendu la source la plus précise à consulter. La *Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969*[4] est entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Au premier décembre 2003, 96 États y étaient parties[5, 6].

6 La règle des rapports entre traités successifs figure à l'article 30 de la Convention de Vienne, et est formulée de la manière suivante :

Article 30 – Application de traités successifs portant sur la même matière

1. Sous réserve des dispositions de l'article 103 de la Charte des Nations Unies[7], les droits et obligations des États parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.

2. Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.

3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59[8], le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur :

a) Dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3 ;

b) Dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques.

5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41[9], de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60[10] ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un État de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre État en vertu d'un autre traité.

7 Les paragraphes qui suivent examineront d'abord que est le traité, parmi plusieurs traités successifs, devra être appliqué en vertu de l'article 30 de la Convention de Vienne, si et dans la mesure où les parties sont identiques et qu'aucun des traités en question ne comporte de règles explicites sur les rapports avec d'autres instruments. Les termes « si et dans la mesure où les parties sont identiques » visent les articles 30(3) et 30(4) a). En d'autres termes, la question de déterminer quel traité prévaut *dans les relations mutuelles* entre États parties à *tous* les traités en question sera étudiée, dans les cas où soit (1) tous les États parties à un traité antérieur sont également parties au traité plus récent, ou (2) seuls certains États parties au traité antérieur sont parties au traité postérieur. Si les règles décrites ci-dessous conduisent à ce qu'un traité particulier « prévaut », cela signifie qu'un juge dans un État partie aux deux traités en conflit concernés serait tenu d'appliquer celui qui prévaut *dans les relations mutuelles avec l'autre État concerné qui est également partie aux deux*

[3] Daillier / Pellet, *Droit international public*, 7e éd., 2002, p. 267, No 171.

[4] *RTNU* vol. 1155, p. 331 ; *AJIL* (1969), p. 875 et s.

[5] Les 16 États membres de la Conférence de La Haye suivants *ne sont pas* parties à la Convention de Vienne : Afrique du Sud, Brésil, États-Unis d'Amérique, France, Irlande, Islande, Israël, Jordanie, Malte, Monaco, Norvège, Portugal, Roumanie, Sri Lanka, Turquie et Venezuela.

[6] Sur la question de savoir si, ou dans quelle mesure, la Convention de Vienne peut être considérée comme codifiant le droit coutumier, voir *infra*, para. 38 et s.

[7] Charte des Nations Unies, art. 103.
En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront.

[8] Convention de Vienne, art. 59 – Extinction d'un traité ou suspension de son application implicite du fait de la conclusion d'un traité postérieur
1 Un traité est considéré comme ayant pris fin lorsque toutes les parties à ce traité concluent ultérieurement un traité portant sur la même matière et :
a) S'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que selon l'intention des parties la matière doit être régie par ce traité ; ou
b) Si les dispositions du traité postérieur sont incompatibles avec celles du traité antérieur à tel point qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps.
2 Le traité antérieur est considéré comme seulement suspendu s'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que telle était l'intention des parties.

[9] Convention de Vienne, art. 41 – Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines Parties seulement
1 Deux ou plusieurs Parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement :
a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité ; ou
b) Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle :
i) ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres Parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leur obligations ; et
ii) ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.
2 À moins que, dans le cas prévu à l'alinéa a) du paragraphe 1, le traité n'en dispose autrement, les Parties en question doivent notifier aux autres Parties leur intention de conclure l'accord et les modifications que ce dernier apporte au traité.

[10] Convention de Vienne, article 60 – Extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation
1 Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des Parties autorise l'autre Partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie.
2 Une violation substantielle d'un traité multilatéral par l'une des Parties autorise :
a) Les autres Parties, agissant par accord unanime, à suspendre l'application du traité en totalité ou en partie ou à mettre fin à celui-ci :
i) soit dans les relations entre elles-mêmes et l'État auteur de la violation ;
ii) soit entre toutes les Parties ;
b) Une Partie spécialement atteinte par la violation à invoquer celle-ci comme motif de suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'État auteur de la violation ;
c) Toute Partie autre que l'État auteur de la violation à invoquer la violation comme motif pour suspendre l'application du traité en totalité ou en partie en ce qui la concerne si ce traité est d'une nature telle qu'une violation substantielle de ses dispositions par une Partie modifie radicalement la situation de chacune des Parties quant à l'exécution ultérieure de ses obligations en vertu du traité.
3 Aux fins du présent article, une violation substantielle d'un traité est constituée par :
a) un rejet du traité non autorisé par la présente Convention ; ou
b) la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité.
4 Les paragraphes qui précèdent ne portent atteinte à aucune disposition du traité applicable en cas de violation.
5 Les paragraphes 1 à 3 ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités.

Projet sur les jugements

II. DEFAULT RULES PROVIDED BY PUBLIC INTERNATIONAL LAW IN THE ABSENCE OF A CLAUSE IN THE TREATIES CONCERNED

A. The sources of public international law and solutions provided by them

4 The three classical sources of public international law, as listed in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, are "international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognised by the contesting States", "international custom, as evidence of a general practice accepted as law", and "the general principles of law recognized by civilized nations". All three sources are of equal value; there exists no hierarchy between them.[3]

1. The Vienna Convention on the Law of Treaties

a) Default rule in Article 30 concerning the relations between States parties to both treaties in question

5 Even in the absence of a hierarchy, however, a treaty on the Law of Treaties is of course the most specific source to turn to. The *Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969*[4] entered into force on 27 January 1980. As of 1 December 2003, 96 States were Parties to it.[5,6]

6 The rule on the relationship of successive treaties is contained in Article 30 of the Vienna Convention and reads as follows:

Article 30 – Application of successive treaties relating to the same subject matter

1. Subject to Article 103[7] of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States Parties to successive treaties relating to the same subject matter shall be determined in accordance with the following paragraphs.

2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail.

3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59[8], the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.

4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one:

(a) as between States Parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3;

(b) as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations.

5. Paragraph 4 is without prejudice to article 41[9], or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 60[10] or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty.

7 The following paragraphs will first examine which one of several successive treaties will have to be applied under Article 30 of the Vienna Convention, if and as far as the parties are identical and none of the treaties in question contains explicit rules on the relationship with other instruments. The words "if and as far as the parties are identical" refers to Article 30(3) and (4)(a). In other words, it will be discussed which treaty prevails *iàn the mutual relationship* between States Parties to *all* treaties in question in cases where either (1) all States Parties to an earlier treaty are also parties to the more recent treaty, or (2) only some States Parties to the earlier treaty are parties to the later treaty. If the rules described below lead to the result that a particular treaty "prevails", this means that a judge in a State Party to both conflicting treaties in question would have to apply the prevailing one *in the mutual relationship with the other State concerned which is*

[3] Daillier / Pellet, *Droit international public*, 7e éd., 2002, p. 267 no 171.
[4] *U.N.T.S.* vol. 1155, p. 331; *AJIL* (1969) p. 875 *et seq.*
[5] The following 16 Member States of the Hague Conference are *not* parties to the Vienna Convention: Brazil, France, Iceland, Ireland, Israel, Jordan, Malta, Monaco, Norway, Portugal, Romania, South Africa, Sri Lanka, Turkey, United States of America and Venezuela.
[6] On the question of whether or to what extent the Vienna Convention may be considered to codify customary law, see *infra* paras 38 *et seq.*
[7] Charter of the United Nations, Article 103
In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.
[8] Vienna Convention, Art. 59 – Termination or suspension of the operation of a treaty implied by conclusion of a later treaty
1 A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject matter and:
(a) it appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or
(b) the provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time.
2 The earlier treaty shall be considered as only suspended in operation if it appears from the later treaty or is otherwise established that such was the intention of the parties.
[9] Vienna Convention, Art. 41 – Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only
1 Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if:
(a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or
(b) the modification in question is not prohibited by the treaty and:
(i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;
(ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.
2 Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides.
[10] Vienna Convention, Art. 60 – Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach
1 A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part.
2 A material breach of a multilateral treaty by one of the parties entitles:
(a) the other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either:
(i) in the relations between themselves and the defaulting State, or
(ii) as between all the parties;
(b) a party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State;
(c) any party other than the defaulting State to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty.
3 A material breach of a treaty, for the purposes of this article, consists in:
(a) a repudiation of the treaty not sanctioned by the present Convention; or
(b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty.
4 The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.
5 Paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties.

traités[11]. Comme la discussion ci-dessous le démontrera, en l'absence de clause, le traité qui prévaut sera normalement le plus spécifique, qu'il soit antérieur ou postérieur au traité plus général (voir ci-dessous, sous *i*). Si aucun des instruments concernés n'est plus spécifique que l'autre, le traité plus récent prévaudra en cas d'incompatibilité de dispositions particulières (voir ci-dessus, ii).

i. Traités « portant sur la même matière »

8 L'article 30, paragraphes 2 à 5 s'applique lorsque des traités successifs portent « sur la même matière » (art. 30(1)). Cette expression est d'interprétation stricte[12], signifiant « le même degré de généralité »[13]. Pour en juger, il faut considérer le traité pris dans son ensemble et non une quelconque disposition particulière.

9 Un exemple de traités portant sur la même matière est fourni par les Conventions de Bruxelles[14] (1968) et Lugano (1988) sur la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, d'une part, et l'avant-projet de Convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale (1999), qui ont tous trois le même niveau de généralité.

10 Il est généralement admis que nous n'avons, en revanche, pas affaire à deux traités « portant sur la même matière » lorsqu'un traité général empiète indirectement sur la teneur d'une disposition particulière d'un traité antérieur, plus spécifique. En conséquence, un traité général sur l'exécution réciproque de jugements n'affecte pas le caractère applicable de dispositions particulières relatives à l'exécution de jugements figurant dans un traité antérieur traitant de la responsabilité civile des tiers dans le domaine de l'énergie nucléaire[15]. Cette interprétation stricte des termes « portant sur la même matière » est utilisée parce que, bien que la règle *lex specialis derogat legi generali* soit couramment reconnue en droit international public, elle n'a pas été incorporée à la Convention de Vienne afin de contrebalancer de manière explicite la règle *lex posterior derogat legi priori*. Il s'ensuit qu'en attribuant aux termes « portant sur la même matière » l'interprétation stricte susvisée, il est possible au stade de l'interprétation, et sans avoir recours à la règle accordant la primauté au traité plus récent, d'appliquer la règle non écrite de primauté du traité plus spécifique[16]. En conséquence, le chevauchement partiel décrit dans cet exemple ne serait pas suffisant pour l'application de l'article 30[17] mais l'interprétation mènerait à la conclusion que les parties souhaiteraient que le traité plus spécifique prévale dans leurs relations mutuelles, bien qu'il soit plus ancien.

11 Les choses se compliquent toutefois lorsqu'on en vient à définir le caractère « général » ou « spécifique » dans les situations où deux traités *spécifiques* se chevauchent en partie. Qu'en est-il si l'un des traités en cause est plus spécifique en ce qu'il se fonde sur un élément de procédure comme critère unique de compétence (par ex., une clause d'élection de for) mais recouvre une large gamme de matières, alors que l'autre se fonde sur la matière comme élément décisif, par exemple un traité réglementant certains droits de propriété intellectuelle (comportant des règles de droit matériel ainsi que des règles de compétence, mentionnant ou non les clauses d'élection de for) ?

12 D'une part, on pourrait faire valoir que l'instrument se concentrant uniquement sur la compétence fondée sur les clauses d'élection de for, et la reconnaissance et l'exécution des jugements qui en résultent, est plus spécifique qu'un traité traitant d'aspects matériels ainsi que d'une plus large gamme de chefs de compétence. Mais d'autre part, on peut également regarder la portée *ratione materiae* et faire valoir que celle-ci est définie de manière plus restreinte dans l'instrument sur la propriété intellectuelle, ce qui ferait de ce dernier le plus spécifique.

13 Si l'on juge l'un des instruments comme étant plus spécifique, l'article 30 de la Convention de Vienne n'est pas applicable. Comme dans l'exemple ci-dessus, l'interprétation des traités mènerait à la conclusion que l'instrument plus spécifique prévaut, qu'il soit antérieur ou postérieur dans le temps. Si l'on conclut, cependant, que les deux traités ont le même degré de généralité, il sera nécessaire d'examiner les conditions supplémentaires pour l'application de l'article 30 décrites ci-dessous.

14 Pour donner un autre exemple : un traité régissant la compétence sur le fondement de clauses d'élection de for pour une large gamme de matières serait-il considéré comme « portant sur la même matière » qu'un traité régissant la compétence sur le fondement d'un for général du défendeur, de la soumission, des demandes reconventionnelles, de la jonction d'instances (pluralité de défendeurs) ainsi que des règles de compétence pour la même catégorie de matières ? Si, en ce qui concerne la question de droit matériel en cause, les deux traités possèdent bien le même niveau de généralité, l'un est plus spécifique en ce qui concerne la gamme de chefs de compétence, se concentrant uniquement sur les clauses d'élection de for. Si l'on se concentre sur cette dernière spécificité, dans leurs rapports respectifs, l'interprétation des traités conduirait à la conclusion que l'instrument plus spécifique prévaut[18]. Si l'on se concentre sur le même niveau de généralité en ce qui concerne les matières visées, cette situation relèverait de l'article 30 de la Convention de Vienne, menant en définitive à la question de savoir si les deux sont compatibles. La discussion

[11] Voir *infra*, note 35 et le texte correspondant pour un examen des cas où une situation est limitée aux relations mutuelles entre deux États parties aux deux accords, et où cela affecterait les droits d'autres États parties au seul traité antérieur.

La question de savoir si cela empiète sur les droits *d'autres États qui sont parties uniquement à l'un mais pas à l'autre des traités* est une question de responsabilité des États, encourue en concluant deux traités en conflit, mais cela n'a aucun effet, en application de la Convention de Vienne, sur le fait que les obligations (contradictoires) des deux traités sont toutes deux valides et lient l'État concerné. La question sera traitée séparément, *infra*, b).

[12] Sinclair (*supra* note 1), p. 98.

[13] Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 271, No 173.

[14] Bien que la Convention de Bruxelles ne soit ouverte qu'aux États membres de l'Union européenne (et en même temps fasse partie de l'acquis communautaire, dont l'acceptation est obligatoire pour ces États), elle reste un traité relevant du droit international public et non du droit communautaire au sens strict. Si la Convention de Bruxelles continue d'exister et de s'appliquer entre le Danemark, d'une part, et tous les autres États membres de l'Union européenne, d'autre part, elle a été remplacée par le Règlement (CE) No 44/2001, JO CE L 12 du 16 janvier 2001, p. 1, largement identique, dans les relations entre les quinze États membres de l'Union européenne à l'exception du Danemark. Ce Règlement sera examiné en B, où la situation du droit communautaire secondaire est considérée. Comme la Convention de Bruxelles, la Convention de Lugano, largement identique, est également un traité relevant du droit international public.

[15] Sinclair (*supra* note 1), p. 98 ; voir également Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 272, No 173 (2.a) qui soulignent de même que la Convention de Vienne ne comporte aucune règle pour cette situation.

[16] Zuleeg, *Vertragskonkurrenz im Völkerrecht, Teil I: Verträge zwischen souveränen Staaten*, *German Yearbook of International Law* (*GYIL*) 20 (1977) p. 246 (257). Voir également *infra* para. 13.

[17] D'autres ont une compréhension plus large de la notion de « portant sur la même matière », considérant également, par exemple, un traité général sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale et un traité sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'aliments comme des traités « portant sur la même matière », faisant de leurs rapports une situation où l'art. 30(3) serait applicable. Les tenants de cette position considèrent qu'un chevauchement partiel de deux instruments suffit à l'application de l'art. 30. Voir notamment Volken, *Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht*, 1977, p. 296 à 299. Mais voir également *infra* note 18.

[18] Voir Sinclair (*supra* note 1), p. 93 et 98 sur la règle *generalia specialibus non derogant*. Voir également Volken, *Konventionskonflikte* (*supra* note 17), p. 297 à 299, qui préfère l'application de l'art. 30 de la Convention de Vienne également dans les cas de chevauchement partiel entre deux instruments, parvient au même résultat en déclarant que le conflit habituel entre des traités législatifs de droit international public n'est pas traité de manière complète et appropriée par l'art. 30(2) de la Convention de Vienne. Dans son exemple, donné ci-dessus en note 17, il suppose donc que la volonté des parties et le principe général de *lex specialis derogat legi generali* permettront à l'instrument général sur les aliments de prévaloir.

equally party to both treaties.[11] As the discussion below will show, in the absence of a clause the prevailing treaty would normally be the more specific one, no matter whether it is earlier or later than the more general treaty (see *infra* i). If none of the instruments concerned is more specific than the other, the more recent treaty will prevail in case of incompatibility of individual provisions (see *infra* ii).

i. Treaties "relating to the same subject matter"

8 Article 30(2)-(5) apply where successive treaties relate "to the same subject matter" (Article 30(1)). This expression has to be construed narrowly,[12] meaning "the same degree of generality".[13] In deciding this, one has to consider the treaty as a whole and not any individual provision.

9 An example of treaties relating to the same subject matter is provided by the Conventions of Brussels[14] (1968) and Lugano (1988) on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, on the one hand, and the Preliminary Draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (1999), all three of them possessing the same level of generality.

10 According to the prevailing opinion, we are on the other hand not faced with two treaties that "relate to the same subject matter" where a general treaty impinges indirectly on the content of a particular provision of an earlier, more specific treaty. Accordingly, a general treaty on the reciprocal enforcement of judgments does not affect the continued applicability of particular provisions concerning the enforcement of judgments contained in an earlier treaty dealing with third party liability in the field of nuclear energy.[15] This narrow interpretation of the words "relating to the same subject matter" is used because, although the rule *lex specialis derogat legi generali* is commonly recognised in public international law, it was not incorporated into the Vienna Convention explicitly as a counterbalance to the rule *lex posterior derogat legi priori*. Hence, by giving the words "relating to the same subject matter" the narrow meaning described earlier, it is possible at the interpretation stage, and without having recourse to the rule giving precedence to the more recent treaty, to apply the unwritten rule of precedence of the more specific treaty.[16] Accordingly, the partial overlap described in this example would not be sufficient for the application of Article 30[17] but interpretation would lead to the conclusion that parties would want the more specific treaty to prevail in their mutual relations, although it is older.

11 Things become more difficult, however, when it comes to defining "generality" and "specificity" in cases where two *specific* treaties overlap in part. What if one of the treaties in question is more specific in that it relies on a procedural element as the only criterion for jurisdiction (*e.g.*, a choice of court clause) but covers a wide range of subject matters, while the other treaty relies on subject matter as the decisive element, *e.g.*, a treaty regulating some intellectual property rights (containing substantive rules as well as rules on jurisdiction, with or without mentioning choice of court clauses)?

12 On the one hand, one could argue that the instrument focussing on jurisdiction based on choice of court clauses, and the recognition and enforcement of the resulting judgments, only, is more specific than a treaty dealing with substantive aspects as well as with a wider range of jurisdictional bases. But on the other hand, one could also look at the scope *ratione materiae* and argue that the latter is more narrowly defined in the instrument on intellectual property, thus making the latter the more specific one.

13 If one considers one of the instruments to be more specific, Article 30 of the Vienna Convention would not be applicable. As in the example given above, treaty interpretation would lead to the conclusion that the more specific instrument prevails, no matter whether it is earlier or later in time. If, however, one concludes that the two treaties are of the same level of generality, the further conditions for the application of Article 30 as described below will have to be examined.

14 To give another example: Would a treaty governing jurisdiction based on choice of court clauses for a wide range of subject matters be considered as relating "to the same subject matter" as a treaty governing jurisdiction based on a general defendant's forum, submission, counterclaims, joinder (multiple defendants) for the same class of subject matters? While as to the substantive law issue dealt with, both treaties do indeed possess the same level of generality, one is more specific when it comes to the range of jurisdictional bases, focussing only on choice of court agreements. If one focuses on this latter specificity, in their respective relationship, treaty interpretation would lead to the conclusion that the more specific instrument prevails.[18] If one focuses on the same level of generality as to subject matters covered, this would be a case for Article 30 of the Vienna Convention, ultimately leading to the question whether there is compatibility between the two. Discussion of the latter (see *infra* under ii) will show that in

[11] See *infra* note 35 and the adjoining text for a discussion of when a case is limited to the mutual relationship of two States Parties to both agreements, and when it would affect the rights of other States Parties only to the earlier treaty.
Whether this infringes upon the rights of *other States that are only party to one but not to the other treaty* is a question of State responsibility incurred by concluding two conflicting treaties, but it does not have any impact, under the Vienna Convention, on the fact that the (conflicting) obligations of the two treaties are both validly binding upon the State concerned. This issue will be dealt with separately, *infra*, under b).

[12] Sinclair (*supra* note 1), p. 98.

[13] Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 271 no 173.

[14] Although the Brussels Convention is only open to Member States of the European Union (EU) (and at the same time part of the *acquis communautaire*, adherence to which is compulsory for these States), it is still a treaty under public international law and not European Community law proper. While the Brussels Convention still exists and applies between Denmark, on the one hand, and all the other EU Member States, it has been replaced by the largely identical Regulation (EC) No 44/2001, OJ EC No L 12 of 16 January 2001, p. 1, in the relationship between all fifteen EU Member States with the exception of Denmark. This Regulation will be dealt with under B., where the position of secondary European Community law is discussed. Like the Brussels Convention, the largely identical Lugano Convention is also a treaty under public international law.

[15] Sinclair (*supra* note 1), p. 98; see also Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 272 no 173 (2. a), who equally stress that the Vienna Convention does not contain any rule for this situation.

[16] Zuleeg, *Vertragskonkurrenz im Völkerrecht, Teil I: Verträge zwischen souveränen Staaten*, *German Yearbook of International Law* (*GYIL*) 20 (1977) p. 246 (257). See also *infra* para. 13.

[17] Others have a wider understanding of the notion "relating to the same subject matter", considering also, *e.g.*, a general treaty on recognition and enforcement in civil and commercial matters, and a treaty on the recognition and enforcement of maintenance decisions as treaties "relating to the same subject matter", thus making their relationship a case where Article 30(3) would be applicable. Those who defend this position consider a partial overlap of two instruments to be sufficient for the application of Article 30. See, in particular, Volken, *Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht*, 1977, pp. 296–299. But see also *infra* note 18.

[18] See Sinclair (*supra* note 1), pp. 93, 98 on the rule *generalia specialibus non derogant*. Volken, *Konventionskonflikte* (*supra* note 17), pp. 297–299, who favours the application of Article 30 of the Vienna Convention also in cases of partial overlap between two instruments, comes to the same result by stating that the typical conflict between legislative private international law treaties is not fully and appropriately dealt with by Article 30(2) of the Vienna Convention. In his example cited *supra* note 17, he therefore assumes that the will of the parties and the general principle of *lex specialis derogat legi generali* will let the special instrument on maintenance prevail.

de cette dernière question (voir *infra*, ii) montrera qu'en cas d'incompatibilité, le traité plus récent prévaut normalement.

15 En résumé, tous les exemples fournis ne font que démontrer à quel point il est important d'incorporer effectivement des clauses de déconnexion dans les traités en cause, parce que l'interprétation des traités, même lorsqu'il s'agit simplement de décider si deux traités portent sur la même matière et / ou lequel des deux peut être plus spécifique, peut donner lieu à des résultats assez imprévisibles.

ii. Compatibilité du traité antérieur et du traité postérieur

16 Lorsque les deux traités en cause portent bien sur la même matière, et que la question des rapports entre eux reste donc comprise dans le champ d'application de l'article 30 de la Convention de Vienne, la question suivante à régler est de savoir si leurs dispositions sont « compatibles » au sens des articles 30(2) et 30(3). À ce niveau, la question doit être tranchée en examinant les dispositions individuelles des deux traités en cause et les résultats que leur application produirait dans une situation particulière. Il ne s'agit donc plus de comparer les deux traités pris dans leur ensemble, dans l'abstrait, comme c'était le cas lors de l'identification de leur matière respective.

17 La règle fondamentale pour les traités successifs, visée par l'article 30(3), figure à l'article 59[19] de la Convention de Vienne. Elle indique que normalement, lorsque les parties à un traité concluent un traité postérieur portant sur la même matière, en cas d'incompatibilité le traité antérieur sera considéré comme ayant pris fin. L'article 30(3) n'entre en jeu que lorsque l'intention des parties conduit à penser qu'elles ont souhaité que les deux traités coexistent[20].

18 En conséquence, le point de référence est le traité *postérieur* : s'il est possible de supposer que les parties souhaitaient que les deux traités continuent de s'appliquer, les dispositions du traité antérieur ne le font que dans la mesure où elles[21] sont compatibles avec les dispositions du traité postérieur. En cas d'incompatibilité, la *lex posterior* prévaut (voir *infra*, iii).

19 Il n'existe aucune incompatibilité lorsque les deux instruments ou plus, applicables dans une certaine situation de fait, mèneraient au *même* résultat[22]. La Convention de Vienne ne traite pas de la question quelque peu théorique des instruments prévalant en pareil cas. Mais même une simple *différence* de résultats ne signifierait pas nécessairement qu'il existe une incompatibilité[23] : ce n'est que lorsque (1) deux ou plusieurs conventions portent sur la même situation de fait[24] et (2) que les règles juridiques pertinentes dans ces conventions prévoient des résultats *contradictoires*[25], qu'il y a une incompatibilité exigeant l'application de l'article 30(3) de la Convention de Vienne et la primauté de la *lex posterior*.

20 Un exemple constaté en diverses occasions est la coexistence d'un instrument régional antérieur, négocié entre des États parmi lesquels il existe un haut degré de confiance mutuelle, et un autre négocié dans le cadre d'une organisation universelle. Là où les parties au traité régional antérieur se sont accordées réciproquement des droits étendus, fondés sur une confiance mutuelle, voire une certaine intégration de leurs systèmes de droit, les circonstances ou l'intention des parties pourraient mener à la conclusion que dans le cadre de leurs relations mutuelles, ce traité antérieur et plus généreux continuera de s'appliquer entre elles, même si les mêmes parties, avec d'autres, sont ultérieurement convenues d'un traité portant sur la même matière au niveau mondial mais prévoyant un régime plus restrictif[26]. Ainsi, bien que les résultats puissent être différents dans l'application de l'un ou l'autre des traités, les droits plus étendus accordés par le premier ne sont pas incompatibles[27] avec le régime plus restrictif adopté par l'instrument mondial plus récent. En pareil cas, l'interprétation des traités réglerait la question des rapports entre les deux instruments.

21 Un autre exemple sur le même modèle : en supposant que tous les États parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano deviennent parties à une convention sur les jugements sous la forme du Projet de 1999 portant sur la même matière[28] et en l'absence d'une clause de déconnexion dans ce dernier, l'application de la règle de compatibilité de la Convention de Vienne conduirait aux résultats suivants :

22 Les trois textes sont identiques dans une large mesure, mais là où ils ne le sont pas, les résultats pourront être légèrement différents (voir par ex. des différences mineures telles que domicile ou résidence habituelle pour le for général du défendeur ; différences dans les règles de compétence sur les contrats et délits).

23 En ce qui concerne leur compatibilité, il faut se rappeler que l'un des éléments les plus importants des Conventions de Bruxelles et de Lugano est que les jugements d'un autre État contractant seront reconnus de plein droit et déclarés exécutoires sans autre examen dans tous les autres États contractants de *la question de savoir si la juridiction d'origine était compétente en vertu de la Convention*. On peut donc faire valoir qu'en incorporant dans la convention sur les jugements (1999) une règle imposant au juge de l'État requis d'examiner la compétence dans l'État d'origine (ce qui résulte du concept d'une convention mixte par rapport à une convention double), les États parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano n'avaient pas pour intention de mettre fin au système plus avancé en place entre elles, qui était fondé sur une intégration, une harmonisation et une confiance plus poussées. L'interprétation des traités conduirait donc au résultat selon lequel, comme dans l'exemple indiqué ci-dessus au paragraphe 20, les résultats sont différents mais pas incompatibles. Les États parties à l'instrument antérieur souhaiteraient continuer de l'appliquer à la reconnaissance et l'exécution de jugements en provenance d'autres États parties. Bien que ceci conduise à la primauté du traité antérieur au lieu de la primauté de la *lex posterior* comme le prévoit la Convention de Vienne, le résultat peut également être soutenu en vertu de l'article 30(3) parce que les dispositions plus étendues du traité antérieur ne sont pas « incompatibles » avec le régime plus restrictif couvrant un plus grand nombre de parties établi par le traité postérieur.

[19] *Supra*, note 8.
[20] Volken, *Konventionskonflikte* (*supra* note 17), p. 297 et s.
[21] Cette décision peut être prise séparément pour des dispositions individuelles des traités en cause (Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (273)).
[22] Volken, « *Conflicts between Private International Law Treaties* », *in* : Heere (Ed.), *International Law and the Hague's 750th Anniversary*, 1999, p. 149 (152, 155).
[23] Sinclair (*supra* note 1), p. 97, avec d'autres références tirées de l'histoire de la négociation de la Convention de Vienne.
[24] Afin d'en juger, il faut examiner (1) le champ d'application *ratione materiae*, (2) le champ d'application *ratione personae*, (3) le champ d'application *ratione loci*, et (4) le champ d'application *ratione temporis* (Volken, *supra* note 22, (155)). Ce n'est que lorsque les quatre éléments sont tous réunis pour chacun des traités en cause qu'il peut y avoir un conflit de conventions devant être résolu par le droit international public.
[25] Volken (*supra* note 22), p. 155.
[26] Sinclair (*supra* note 1), p. 97 et 98, qui donne l'exemple d'un traité consulaire. Selon nous, cela serait d'autant plus vrai dans le cas où l'accord régional est clos, ouvert uniquement à un certain groupe d'États parties, à l'instar de la Convention de Bruxelles de 1968, parce que les États qui y sont parties, si elles souhaitaient avoir un accord – même identique – avec des États tiers, ne pourraient pas simplement inviter ces derniers à adhérer au traité existant mais auraient besoin d'en conclure un nouveau. Si Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 272, No 173, 2. a) indiquent que dans un cas tel que celui décrit par Sinclair, lorsque le traité régional est le traité antérieur, et dans le silence du traité mondial postérieur, la *lex posterior* prévaudrait, ils ajoutent qu'il en serait ainsi « conformément à la volonté implicite des parties ». Tout dépend donc de l'interprétation des traités en cause pour identifier cette volonté.
[27] Ceci est souvent difficile à juger et doit être déterminé par une interprétation des traités (Zuleeg (*supra*, note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (256)).
[28] Voir *supra*, para. 9.

case of incompatibility, normally the more recent treaty prevails.

15 To sum up, all examples given only demonstrate how urgent it is to actually include disconnection clauses in the treaties concerned, because treaty interpretation, already when it comes to deciding whether two treaties relate to the same subject matter and / or which one may be more specific, can lead to rather unpredictable results.

ii. Compatibility of the earlier treaty with the later one

16 Where the two treaties in question do relate to the same subject matter, and the issue of the relationship between them thus remains within the scope of Article 30 of the Vienna Convention, the next question to be answered is whether their provisions are "compatible" within the meaning of Article 30(2) and (3). At this level, the question has to be answered by looking at the individual provisions in the two treaties in question and the results that their application would produce in a particular case. Hence, this is no longer a matter of comparing the two treaties as a whole in abstract terms, as it was when identifying their respective subject matter.

17 The basic rule for successive treaties, to which Article 30(3) refers, is contained in Article 59[19] of the Vienna Convention. It states that normally, where the parties to a treaty conclude a later treaty relating to the same subject matter, in case of incompatibility the earlier treaty shall be considered as terminated. Only where the will of the parties leads us to assume that they wanted both treaties to coexist, Article 30(3) comes into play.[20]

18 Consequently, the point of reference is the *later* treaty: if it may be assumed that parties wanted both treaties to continue to apply, provisions of the earlier treaty only do so to the extent that they[21] are compatible with the provisions of the later treaty. In case of incompatibility, the *lex posterior* prevails (see *infra* under iii).

19 No incompatibility exists where the two or more instruments applicable to a certain factual situation would lead to the *same* result.[22] The Vienna Convention does not decide the rather academic question which of the instruments prevails in such a case. But not even the mere *difference* of results would necessarily mean that there is incompatibility:[23] only where (1) two or more conventions apply to the same factual situation[24] and (2) the pertinent legal rules in such conventions provide for *contradictory* results,[25] there is incompatibility calling for the application of Article 30(3) of the Vienna Convention and the precedence of *lex posterior*.

20 An example given on various occasions is the coexistence of an earlier regional instrument, negotiated among States between whom there is a high degree of mutual confidence, and another negotiated within the framework of a universal organisation. Where the parties to the earlier, regional treaty have granted each other wide rights based on mutual trust or even some approximation or integration of their legal systems, the circumstances or the intention of the parties might lead to the conclusion that in their mutual relations, this earlier, more generous treaty shall continue to apply between them, even if the same parties, together with others, have later agreed on a treaty on the same subject matter at a global level but providing for a more restricted regime.[26] Thus, although the results may be different when applying one or the other treaty, the wider rights granted by the earlier treaty are not incompatible[27] with the more restrictive regime adopted by the more recent global instrument. In this case, treaty interpretation would resolve the question of the relationship between the two instruments.

21 Another example along the same lines: Assuming that all States Parties to the Conventions of Brussels and Lugano would become parties to a Judgments Convention in the form of the 1999 Draft relating to the same subject matter[28] and in the absence of a disconnection clause in the latter, application of the compatibility rule of the Vienna Convention would produce the following results:

22 The three texts are identical to a large extent, but where they are not, results may be slightly different (see, *e.g.*, minor differences such as domicile versus habitual residence as a general defendant's forum; differences in the jurisdiction rules on contracts and torts).

23 Concerning their compatibility, it has to be borne in mind that one of the most important features of the Conventions of Brussels and Lugano is that judgments from another Contracting State shall be recognised by operation of law and declared enforceable without any further examination in all other Contracting States of *whether the court of origin had jurisdiction under the Convention*. Therefore, it can be argued that by including a rule in the Judgments Convention (1999) obliging the judge in the requested State to examine jurisdiction of the court of origin (which is due to the concept of a mixed as opposed to a double convention), the States Parties to the Conventions of Brussels and Lugano had not intended to terminate the more advanced system in place between them, which was based on further integration, harmonisation and confidence. Therefore, treaty interpretation would lead to the result, like in the example given *supra* in paragraph 20, that results were different but not incompatible. The States Parties to the earlier instrument would wish to continue to apply it to the recognition and enforcement of judgments from other States Parties. Although this leads to precedence of the earlier treaty instead of the precedence of *lex posterior* as established by the Vienna Convention, the result can also be sustained under Article 30(3) because the wider-reaching provisions of the earlier treaty are not "incompatible" with the narrower regime covering a larger number of parties which is set up by the later treaty.

[19] *Supra* note 8.
[20] Volken, *Konventionskonflikte* (*supra* note 17), p. 297 *et seq.*
[21] This decision may be taken separately for individual provisions within the treaties in question (Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (273)).
[22] Volken, Conflicts between Private International Law Treaties, in: Heere (ed.), *International Law and The Hague's 750th Anniversary*, 1999, p. 149 (152, 155).
[23] Sinclair (*supra* note 1), p. 97 with further references from the negotiating history of the Vienna Convention.
[24] In order to determine this, one has to examine (1) the scope *ratione materiae*, (2) the scope *ratione personae*, (3) the scope *ratione loci* and (4) the scope *ratione temporis* (Volken, *supra* note 22, (155)). Only where all four elements are fulfilled for each of the treaties in question, there *can* be a conflict of conventions that needs to be resolved by public international law.
[25] Volken (*supra* note 22), p. 155.
[26] Sinclair (*supra* note 1), p. 97, 98, who gives the example of a consular treaty. In our opinion this would be all the more true where the regional agreement is a closed one, open only to a certain group of States Parties, like the Brussels Convention of 1968, because States Parties to it, if they wanted to have an – even identical – agreement on the same subject matter with third States, could not simply invite the latter to join the existing treaty but needed to conclude a new one. While Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 272, no 173, 2. a), state that in a case as described by Sinclair, where the regional treaty is the earlier one, and in the case of silence of the subsequent global treaty, the *lex posterior* would prevail, they add that this would be "in conformity with the implicit will of the parties". Hence, everything depends on interpreting the treaties in question in order to identify that will.
[27] This is often difficult to decide and has to be determined by treaty interpretation (Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (256)).
[28] See *supra* paragraph 9.

iii. Règle lex posterior *à titre de règle par défaut pour les situations d'incompatibilité restantes*

24 Pour le reste des situations où les traités successifs portent sur la même matière, c'est-à-dire sont du même degré de généralité ou de spécificité, l'interprétation des traités conduit à la conclusion que l'intention n'était pas de mettre fin au traité antérieur et l'interprétation des traités ne conduit pas, comme dans l'exemple qui précède, à la conclusion que les parties souhaitaient faire prévaloir le traité antérieur[29], les articles 30(3) et (4) établissent la primauté de la *lex posterior* à titre de règle par défaut dans la mesure où les parties aux deux instruments sont identiques :

25 Le paragraphe 3 traite de la *complète* identité des parties (c-à-d. que toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur). Lorsque l'interprétation des traités ne conduit à aucune conclusion différente[30], le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. En d'autres termes, en cas de conflit, le traité plus récent prévaut.

26 En ce qui concerne les relations *mutuelles* entre États parties aux deux conventions, la même règle s'applique même dans les cas où les parties au traité antérieur ne sont pas toutes également parties au traité postérieur (art. 30(4) *a*)).

b) Exigences supplémentaires de l'article 41[31] *de la Convention de Vienne concernant les relations entre un État partie aux deux traités en cause, et un État partie uniquement au premier des deux traités*

27. L'article 30(4) *b*) précise l'évidence, à savoir que les États qui ne sont pas parties à *tous* les traités en cause ne sont pas affectés par un traité auquel ils ne sont pas parties. Par exemple, lorsque des 30 États parties à un traité antérieur, 20 en concluent un nouveau, l'ancien traité continue de régir les relations entre les 10 États qui ne sont pas parties au nouveau traité, ainsi qu'entre chacun d'entre eux et chacun des 20 États parties aux deux traités, respectivement.

28 L'article 30(5) dispose que le paragraphe 4 s'applique « sans préjudice de l'article 14 », protégeant ainsi les intérêts des États parties uniquement au traité antérieur en imposant certaines conditions pour la licéité d'une modification d'un tel traité entre certains des États parties seulement[32]. Si un « amendement » est un changement formel apporté à un traité et ayant vocation à modifier ses dispositions à l'égard de toutes les parties, une « modification » est un accord particulier conclu entre certaines seulement des parties à un traité, et ayant vocation à modifier des dispositions de ce traité entre elles seules. La modification d'un traité existant peut donc être semblable, sinon identique, à la situation décrite ci-dessus lors de la discussion de l'article 30(4) *a*). L'application d'un traité existant peut être modifiée en concluant un accord explicite visant à modifier ce traité particulier, mais le même effet peut être produit en ajoutant simplement un traité postérieur entre (certaines de) ces mêmes parties, ce qui aurait un effet sur l'application du traité antérieur entre elles. Pour ce motif, si toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur[33], tout traité ultérieur ayant un effet direct sur l'application *inter se* du traité antérieur entre des parties aux deux traités doit être conforme aux exigences de l'article 41 pour la modification d'un traité afin d'être licite à l'égard des autres parties au traité antérieur[34].

29 Ces exigences sont les suivantes :

– lorsque le traité antérieur prévoit de manière explicite la possibilité d'une modification *inter se* entre deux ou plusieurs États parties, elle est possible (art. 41(1) *a*)) ;

– lorsque le traité antérieur ne prévoit pas de manière explicite la possibilité de modification *inter se* mais n'interdit pas non plus la modification en question (art. 41(1) *b*)) et

  – la modification en question ne porte pas atteinte à la jouissance par les autres États parties des droits qu'ils tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations (art. 41(1) *b*) *i*)) et

  – ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble (art. 41(1) *b*) *ii*)),

– la modification *inter se* est également permise.

30 En d'autres termes, pour être licite, toute modification d'un traité existant ne peut avoir d'effet juridique pertinent que *inter se*, c'est-à-dire dans le cadre des relations mutuelles entre États parties à la fois au traité initial et à la modification. Dès que la modification empiète sur les droits d'États parties au traité initial (ou antérieur, selon les termes de l'art. 30) mais pas à la modification (ou au traité postérieur, selon les termes de l'art. 30), ou déroge à une disposition essentielle, à laquelle une dérogation est incompatible avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité antérieur pris dans son ensemble, ceci est contraire à l'article 41(1) *b*) *i*) et constitue une violation de l'obligation antérieure.

31 La question de savoir si la modification affecte réellement les droits d'États qui ne sont parties qu'au traité antérieur – de même que la question de la compatibilité ou de l'incompatibilité de traités successifs entre les mêmes parties – n'est pas facile à trancher. C'est une question d'interprétation, qui dépend très largement de la nature et de l'objet du traité (antérieur) en cause, et du contexte dans lequel il doit

[29] Volken, *Konventionskonflikte* (*supra*, note 17), p. 297 et s. réduit l'art. 30(3) aux situations où les deux traités ne se chevauchent qu'en partie (ce qui est certes une situation courante lorsque l'intention des parties plaide en faveur du maintien de l'applicabilité des traités successifs). On peut douter cependant que ces affaires relèvent bien du champ d'application de l'art. 30, étant donnée l'interprétation dominante restrictive de l'expression selon laquelle les deux traités doivent porter sur la même matière (voir *supra*, para. 10 et s.).

[30] Voir para. précédent.

[31] *Supra*, note 9.

[32] Voir Sinclair (*supra*, note 1), p. 106 et 107 et art . 40 et 41 de la Convention de Vienne.

[33] Peu de temps après l'adoption de la Convention de Vienne, la succession de traités (différents) d'une part (art. 30 de la Convention de Vienne) et l'amendement ou la modification d'un traité particulier, d'autre part (art. 39 à 41 de la Convention de Vienne) ont été considérés comme deux questions distinctes. Zuleeg (*supra*, note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (261), réduit l'art. 41 aux situations où un sous-ensemble d'États parties à un traité antérieur a conclu un traité modificatif. Dès qu'un État qui n'est pas partie au traité antérieur adhère au traité postérieur, cela, selon Zuleeg, ne relève plus de l'art. 41, même en ce qui concerne le sous-ensemble qui était également partie au traité antérieur. Cette démarche assez formaliste est remplacée de nos jours par une démarche examinant la teneur des accords successifs plutôt que le seul nombre de parties. Un nouveau traité autonome peut avoir pour effet d'amender les dispositions d'un traité antérieur entre les États qui sont parties aux deux traités même s'il y a d'autres États parties uniquement à l'instrument plus récent.

L'art. 41 soumettant la modification d'un traité existant dans les rapports *inter se* entre certaines des parties à des conditions alors que la liberté de conclure de nouveaux traités, soutenue par la règle par défaut accordant la primauté à la *lex posterior* en cas d'incompatibilité à l'art. 30(3) et (4), semble presque illimitée, Sinclair (*supra*, note 1), p. 109, a indiqué : « En pratique, il est possible que les États souhaitant 'modifier' chercheront à surmonter cette difficulté par le simple expédient de la conclusion d'une Convention entièrement nouvelle ». Volken, *Konventionskonflikte* (*supra*, note 17), p. 300, indique donc à juste titre que les limites entre la révision de traités, les modifications *inter se* et les traités successifs (distincts) sont difficiles à tracer. Il en résulte que l'interprétation plus récente, qui impose donc l'application de l'art. 41 en sus de l'art. 30, empêchant ainsi cette dérobade, semble convaincante.

[34] Voir par ex. Daillier / Pellet (*supra*, note 3), p. 273, No 173. Cet avis semble prévaloir aujourd'hui, et est appuyé par la référence à l'art. 41 dans l'art. 30(5). Comme il sera démontré, néanmoins, afin de rendre illicite le nouveau traité (c-à-d. la modification) et donc créer une responsabilité d'État pour un État partie aux deux traités envers des États qui ne sont parties qu'au traité antérieur, l'impact du nouveau traité sur les relations entre un État partie aux deux et un État partie au seul traité antérieur doit donc atteindre un certain niveau. Un simple « effet » sur l'État partie au traité antérieur sans toucher à ses droits ou obligations ne suffit pas (Sinclair, *supra*, note 1, p. 99).

iii. Lex posterior *rule as default rule for remaining cases of incompatibility*

24 For the remaining cases where (1) the successive treaties relate to the same subject matter, *i.e.*, are of the same degree of generality or specificity, (2) treaty interpretation leads to the conclusion that the earlier treaty was not intended to be terminated, and (3) treaty interpretation does not, as in the example just given, lead to the conclusion that the parties wanted the earlier treaty to prevail,[29] Article 30(3) and (4) establish the priority of the *lex posterior* as a default rule to the extent that the parties to both instruments are identical:

25 Paragraph 3 deals with *full* party identity (*i.e.*, all parties to the earlier treaty are also party to the later treaty). Where treaty interpretation does not lead to any different conclusion,[30] the earlier treaty only applies to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty. In other words, in case of a conflict, the more recent treaty prevails.

26 As far as the *mutual* relations between States Parties to both conventions are concerned, the same rule applies even in cases where not all parties to the earlier treaty are also parties to the later one (Article 30(4)*a)*).

b) Further requirements established by Article 41[31] *of the Vienna Convention concerning the relations between a State Party to both, and a State Party only to the earlier one of the treaties in question*

27 Article 30(4)*b)* clarifies the obvious, namely that States that are not party to *all* of the treaties in question remain unaffected by a treaty to which they are not a party. For example, where out of 30 States Parties to an earlier treaty, 20 enter into a new one, the old treaty still governs the relations among the 10 States not party to the new treaty, as well as between each of them and each of the 20 States Parties to both treaties, respectively.

28 Article 30(5) states that paragraph 4 applies "without prejudice to Article 41", a provision which protects the interests of States Parties only to the earlier treaty by establishing some conditions for the lawfulness of a modification of such treaty between some of the States Parties only.[32] While an "amendment" is a formal change to a treaty intended to alter its provisions with respect to all the parties, a "modification" is an *inter se* agreement concluded between certain of the parties to a treaty only, and intended to vary provisions of that treaty between themselves alone. The modification of an existing treaty can therefore be similar to, if not identical with, the situation just described when discussing Article 30(4)*a)*. The application of an existing treaty can be changed by concluding an explicit agreement aimed at modifying this particular treaty, but the same effect can be created by just adding a subsequent treaty between (some of) the same parties, which would have an impact on the application of the earlier treaty between them. For this reason, if not all the parties to the earlier treaty are also parties to the later one,[33] any subsequent treaty having a direct impact on the *inter se* application of the earlier treaty between parties to both treaties has to comply with the conditions set out in Article 41 for the modification of a treaty in order to be lawful in relation to the other parties to the earlier treaty.[34]

29 These conditions are the following:

- Where the earlier treaty explicitly provides for the possibility of *inter se* modification between two or more States Parties, this may be done (Article 41(1) *a)*);
- Where the earlier treaty does not explicitly provide for the possibility of *inter se* modification, but does not prohibit the modification in question, either (Article 41(1) *b)*), and
  - the modification in question does not affect the enjoyment by other States Parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations (Article 41(1) *b) i)*), and
  - does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole (Article 41(1) *b) ii)*),
- *inter se* modification is equally permitted.

30 In other words, any modification of an existing treaty may only have relevant legal effect *inter se*, *i.e.*, in the mutual relationship between States Parties to both the original treaty and the modification in order to be lawful. As soon as the modification impinges on the rights of States Parties to the original (or earlier, in the terms of Article 30) treaty but not to the modification (or to the later treaty, in terms of Article 30), or derogates from a core provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the earlier treaty as a whole, this is contrary to Article 41(1) *b) i)* and a breach of the earlier obligation.

31 Whether the modification does indeed affect rights of States that are parties to the earlier treaty only, is – just like the question of (in)compatibility of successive treaties between the same parties – not easy to determine. It is a question of interpretation and depends very much on the nature and purpose of the (earlier) treaty in question, and on the

[29] Volken, *Konventionskonflikte* (*supra* note 17), p. 297 *et seq.*, reduces Article 30(3) to cases where both treaties only partially overlap (which is admittedly a typical case where the will of the parties would plead for continuing applicability of successive treaties). However, one may have doubts as to whether these cases are covered by Article 30 at all, given the prevailing narrow interpretation of the expression that the two treaties must relate to the same subject matter (see *supra* paras 10 *et seq.*).

[30] See previous paragraph.

[31] *Supra* note 9.

[32] See Sinclair (*supra* note 1), pp. 106–107, and Articles 40, 41 of the Vienna Convention.

[33] Shortly after the adoption of the Vienna Convention, the succession of (different) treaties on the one hand (Article 30 of the Vienna Convention), and the amendment or modification of a particular treaty, on the other hand (Articles 39–41 of the Vienna Convention), were looked at as two separate issues. Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (261), reduces Article 41 to cases where a sub-group of States Parties to an earlier treaty concludes a modifying treaty. As soon as a State that is not party to the earlier treaty joins the later one, this is, according to Zuleeg, no longer a case for Article 41, even as far as the sub-group that was also party to the earlier treaty is concerned. This rather formalistic approach has nowadays been replaced by an approach looking at the content of the successive agreements rather than at the number of parties alone. A new stand-alone treaty can have the effect of amending the provisions of an earlier treaty between those States Parties to both treaties even if there are additional States Parties only to the more recent instrument.

Because Article 41 subjects the modification of an existing treaty in the *inter se* relations between some of the parties to some conditions while the freedom to conclude new treaties, backed up by the default rule giving precedence to the *lex posterior* in case of incompatibility in Article 30(3) and (4), seems almost unlimited, Sinclair (*supra* note 1), p. 109, stated: "In practice, it may be that would-be 'modifying' States will seek to overcome this difficulty by the simple device of concluding a completely new Convention". Volken, *Konventionskonflikte* (*supra* note 17), p. 300, therefore correctly states that the lines between treaty revision, *inter se* modifications and successive (separate) treaties are difficult to draw. Hence, the more recent interpretation, which therefore requires Article 41 to be applied in addition to Article 30, thereby preventing such circumvention, appears convincing.

[34] See, *e.g.*, Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 273 no 173. This opinion seems to prevail today, and is supported by the reference to Article 41 in Article 30(5). As will be demonstrated, however, in order to make the new treaty (*i.e.*, the modification) unlawful and thus create some State liability of a State Party to both treaties towards States Parties to the earlier treaty only, the impact of the new treaty on relations between a State Party to both, and a State Party to the earlier treaty only must reach a certain level. A mere "affection" of the State Party to the earlier treaty without touching upon its rights or obligations is not enough (Sinclair (*supra* note 1), p. 99).

être examiné[35]. Il faudrait clairement identifier les «droits» accordés ou protégés par le traité antérieur avant de pouvoir évaluer si une modification particulière porte atteinte à leur jouissance.

32 Mais même si la modification (ou le traité postérieur) ne porte pas atteinte à la «jouissance d'un droit» par un État partie au seul traité antérieur, elle peut encore constituer une violation de ce traité en vertu de l'article 41(1) *b*) *ii*) de la Convention de Vienne parce qu'elle concerne une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.

33 Si l'exemple donné en note 35 ne relève pas de la première catégorie de violation d'un droit, il relèvera tout au moins de la seconde catégorie d'entrave à la réalisation effective de l'objet et du but d'un traité antérieur pris dans son ensemble en remplaçant une compétence exclusive par une autre, différente, lorsque cela contredit un motif de compétence exclusive légitimement revendiqué par un État partie au seul traité antérieur.

34 Il importe de noter cependant qu'à la lumière de ce qui a été dit pour l'article 30[36], la modification ne serait pas nulle, même si elle était en violation des conditions exposées à l'article 41. Lorsqu'il y a une incompatibilité des deux accords successifs et que la conclusion de l'accord modificatif représente une violation de l'article 41 à l'égard d'États tiers parties à l'instrument antérieur uniquement parce qu'elle affecte nécessairement leurs droits (par exemple, lorsqu'il est impossible en pratique pour l'État ayant conclu les traités en conflit de se conformer à deux obligations contraires), la règle de la Convention de Vienne accorde encore la primauté à la *lex posterior* (bien qu'irrégulière) tout en tenant l'État concerné responsable de la violation[37].

35 Aucun traité existant recoupant le champ d'application de la convention sur les jugements et permettant expressément la modification *inter se* ne se présente immédiatement à l'esprit[38]. De fait, les Conventions sont souvent[39] muettes à cet égard. Les questions cruciales devant être tranchées au cas par cas (c'est-à-dire pour chaque Convention et ses rapports avec la Convention sur les Jugements en particulier) seraient donc de savoir si la modification envisagée porterait atteinte à la jouissance par d'autres États parties des droits qu'ils tiennent du traité, ou à l'exécution de leurs obligations; ou si elle concerne une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.

2. Droit international coutumier

36 Il y a plusieurs raisons pour lesquelles, en dépit de l'existence de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il est tout aussi utile d'examiner les règles correspondantes comprises dans le droit international coutumier. (1) Sans même parler de tous les États du monde, les États membres de la Conférence de La Haye eux-mêmes ne sont pas tous parties à la Convention de Vienne. La convention sur les jugements, cependant, serait probablement ouverte à tout État, y compris les États non membres de la Conférence de La Haye. Il est donc probable que des États qui ne sont pas parties à la Convention de Vienne pourront devenir parties à la convention sur les jugements. (2) Comme il a été démontré, même dans le cadre des relations entre États parties à la Convention de Vienne, l'interprétation stricte donnée de l'exigence que les traités successifs «portent sur la même matière» nous entraîne très vite hors du champ d'application de l'article 30 de la Convention de Vienne, et vers d'autres sources de droit international public. (3) Les traités de droit international privé n'ayant pas été expressément couverts par les travaux préparatoires précédant l'élaboration de la Convention de Vienne, certaines de ses dispositions semblent faire peu de cas des spécificités des traités de droit international privé. Ces traités sont des traités législatifs, non des traités concernant les opérations directes entre États. Certains doutent donc que les traités de droit international privé en tant que tels relèvent de la Convention de Vienne. (4) La Convention de Bruxelles de 1968, qui est un instrument important devant être déconnecté du Projet des jugements – et il y en a d'autres –, est antérieure à la Convention de Vienne qui, selon son article 4, ne s'applique qu'aux traités conclus après son entrée en vigueur (janvier 1980).

37 Le droit international coutumier est créé par un usage constant et uniforme pratiqué par les États en cause, combiné avec leur *opinio juris*[40].

[35] Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (257). On peut prendre l'exemple d'un certain nombre d'États qui ont conclu un traité sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution, et où le seul motif de compétence (exclusive) est la nationalité d'une personne particulière (par ex., de l'enfant dans le cas de mesures de protection des enfants). Supposons que par la suite, certains des États parties concluent un nouvel accord éliminant le critère de nationalité et le remplaçant par celui de résidence habituelle, et en outre acceptent de reconnaître et d'exécuter des décisions d'autres États parties à cet accord plus récent sans examiner si l'État rendant la décision était compétent en vertu de l'instrument. Si les États A, B et C sont parties au traité antérieur et que seuls les États A et B sont parties au traité postérieur, l'État C pourrait-il prétendre qu'il y a eu une violation de ses droits si les juridictions de l'État A prennent des mesures de protection des enfants concernant un ressortissant de l'État C, en fondant leur compétence sur la résidence habituelle de l'enfant, puisque l'État B reconnaît cette décision en vertu du traité postérieur? Les deux traités portent sur la même matière, et en supposant qu'ils prévoient tous deux une compétence exclusive, bien que sur un fondement différent, on peut supposer qu'ils sont incompatibles, et donc que le traité plus récent prévaudrait dans les relations entre A et B. Mais la situation indiquée est-elle vraiment une affaire ne concernant que A et B, alors que l'enfant a la nationalité de l'État de C et que C a un traité avec A et B en vertu duquel il peut prétendre à une compétence exclusive sur ce même enfant qui est un de ses ressortissants? Ce n'est pas partie au nouveau traité, de sorte qu'entre A et C, et B et C, l'ancien traité continuerait de s'appliquer. Cela accorde-t-il à C un droit de faire respecter par les autres parties sa compétence fondée sur la nationalité? On peut légitimement être de cet avis. Ou A et B supposeraient-ils qu'un jugement rendu dans l'État A sur le fondement de la résidence habituelle de l'enfant (sans tenir compte du fait qu'il a la nationalité de l'État C) et exécuté dans l'État B (parce qu'il provient de l'État A) ne concerne que les relations mutuelles entre A et B?

[36] Voir également l'art. 61(2) de la Convention de Vienne.

[37] L'intérêt de cette règle a cependant largement, et – l'art. 41 n'ayant qu'un caractère résiduel – légitimement, été éliminé par la pratique des États. En fait, les États concluant un accord modificatif – ou un traité postérieur distinct – susceptible d'être contraire à une obligation conventionnelle antérieure incorporent souvent dans le nouvel instrument une clause selon laquelle les droits des États tiers parties au traité antérieur *ne sont pas* affectés (ce qui peut signifier une suspension d'une partie des effets du nouvel instrument), et une clause obligeant les États parties à l'accord plus récent à prendre les mesures nécessaires pour harmoniser leurs obligations en conflit. Tant que cela n'a pas été fait, l'instrument antérieur reste alors préservé des effets du nouveau. Voir les exemples donnés par Daillier / Pellet (*supra*, note 3), p. 274, No 173, et notamment l'exemple de l'art. 307 du Traité CE. Bien que les auteurs plaident pour «l'affirmation» de la primauté du traité antérieur si le traité postérieur l'enfreint, il semble que cette demande vise l'affirmation par les parties en cause, en vue d'inclure lesdites clauses dans le second traité, et non à une nullité de plein droit du traité postérieur.

La présente note ayant pour objet d'aviser les négociateurs de traité des possibilités qui leur sont ouvertes, il leur appartiendra de s'assurer d'inclure une clause de compatibilité appropriée. S'ils ne le font pas, un praticien devant décider lequel des traités en conflit il doit appliquer serait tenu d'observer les règles exposées à l'art. 30, sans tenir compte de la possibilité que le second traité constitue une violation de l'art. 41.

[38] La *Convention de La Haye de 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, par exemple, est assez restrictive. Afin d'entrer en vigueur dans les relations bilatérales entre deux États parties, elle impose la conclusion d'un protocole additionnel bilatéral, et une liste limitative des questions pouvant être traitées dans cet accord figure dans la Convention elle-même (voir les art. 21 et 23). Mais même en l'absence d'un accord additionnel, l'art. 25 de la Convention limite la liberté des parties contractantes à conclure entre elles d'autres Conventions portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements dans le champ d'application de la Convention de 1971 «sauf s'ils le jugent nécessaire, notamment à raison de leurs liens économiques ou des particularités de leurs droits». Il semble cependant possible de surmonter cette limitation (1) du fait du nombre restreint d'États parties à la Convention de 1971 et (2) de la clause d'ouverture à l'art. 25, permettant aux États de conclure d'autres accords «s'ils le jugent nécessaire».

La *Convention de La Haye de 1965 sur les accords d'élection de for* ne comporte aucune limitation semblable.

[39] Des exemples de dispositions permettant des accords bilatéraux ou multilatéraux entre certains États contractants qui modifieraient le traité initial sont fournis en dehors du domaine concernant le projet des jugements par l'art. 6 de la *Convention de La Haye de 1954 relative à la procédure civile*, les art. 3(2) et 8 de la *Convention de La Haye de 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers*, les art. 11, 20 et 25 de la *Convention de La Haye 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, l'art. 36 de la *Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, et l'art. 39(2) de la *Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*.

[40] *Affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, *CIJ Rec. Jurisp.* 1950, p. 266; Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6e éd. 2003, p. 6 et s.

context in which the treaty is to be seen.[35] One would have to clearly identify the "rights" granted or protected by the earlier treaty before being able to assess whether a particular modification affects their enjoyment.

32 But even where the modification (or the later treaty) does not affect the "enjoyment of a right" of a State Party to the earlier treaty only, it can still be in breach of that treaty under Article 41(1)*b)ii)* of the Vienna Convention because it relates to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.

33 If the example described in footnote 35 does not fall into the first category of violating a right, it will at least fall into the second category of hampering the effective execution of the object and purpose of the earlier treaty as a whole by replacing one exclusive jurisdiction by a different one, where this interferes with an exclusive basis of jurisdiction legitimately claimed by a State Party only to the earlier agreement.

34 It is important to note, though, that in light of what was said under Article 30[36], the modification would not be invalid, even if it was in violation of the conditions set out in Article 41. Where there is an incompatibility of the two successive agreements, and the conclusion of the modifying agreement represents a breach of Article 41 towards third States party to the earlier instrument only because it necessarily affects their rights (*e.g.*, where it is practically impossible for the State that concluded the conflicting treaties to comply with two opposing duties), the Vienna Convention rule still gives precedence to the (albeit illicit) *lex posterior* while holding the State concerned liable for the breach.[37]

35 No existing treaty which overlaps with the Judgments Convention and explicitly permits *inter se* modification would strike one's eye.[38] In fact, Conventions often[39] tend to be silent on this. So the decisive questions to be answered on a case-by-case basis (*i.e.*, for each Convention and its relation to the Judgments Convention individually) would be whether the envisaged modification would affect the enjoyment by other States Parties of their rights under the treaty, or the performance of their obligations; or whether it relates to a provision, derogation from which would be incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.

2. *International customary law*

36 There are several reasons why, despite the existence of the Vienna Convention on the Law of Treaties, it is worthwhile to equally examine the respective rules contained in international customary law: (1) Not even all Member States of the Hague Conference are parties to the Vienna Convention, let alone all States of the world. The Judgments Convention, however, would probably be open to any State, including non-Member States of the Hague Conference. It is therefore likely that States which are not Parties to the Vienna Convention may become Parties to the Judgments Convention. (2) As has been shown, even in relations between States Parties to the Vienna Convention the narrow interpretation given to the requirement that the successive treaties must relate to "the same subject matter" very quickly leads us outside of the scope of Article 30 of the Vienna Convention, and into other sources of public international law. (3) Since private international law (PIL) treaties were not explicitly covered by the preparatory work preceding the elaboration of the Vienna Convention, some of its provisions may seem to take very little account of PIL treaty specificities. The PIL treaties are legislative treaties, not treaties dealing with direct transactions between States. Hence, some doubt that PIL treaties as such are covered by the Vienna Convention. (4) The Brussels Convention of 1968, which is an important instrument to be disconnected from the Judgments Project – and there are others – predates the Vienna Convention which, according to its Article 4, only applies to treaties concluded after its entry into force (January 1980).

37 International customary law is created by a constant and uniform usage practised by the States in question, combined with their *opinio juris*.[40]

[35] Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (257). One could take the example of a number of States which have concluded a treaty on jurisdiction, recognition and enforcement, and the only basis of (exclusive) jurisdiction is the nationality of a particular person (*e.g.*, of the child in cases of child protection measures). Let us assume that later, some of the States Parties enter into a new agreement doing away with nationality and focusing on the habitual residence instead, and in addition accept to recognise and enforce decisions from other States Parties to this more recent agreement without examining whether the State rendering the decision had jurisdiction under the instrument. If States A, B and C are parties to the earlier treaty, and only States A and B are parties to the later one, could State C claim a violation of its rights where the courts of State A take a child protection measure concerning a national of State C, basing their jurisdiction on the habitual residence of the child, and then State B recognises this decision under the later treaty? Both treaties relate to the same subject matter, and assuming that they both provide for exclusive jurisdiction, albeit on a different basis, it may be assumed that they are incompatible, and therefore the more recent treaty would prevail in the relations between A and B. But is the case given as an example really a case only between A and B, where the child has the nationality of State C, and C has a treaty with A and B under which it can claim exclusive jurisdiction over that same child which is its national? C is not a party to the new treaty, so between A and C, and B and C, the old treaty would continue to apply. Does it give C a right to have its jurisdiction based on nationality respected by the other parties? One could well be of this opinion. Or would A and B assume that a judgment rendered in State A on the basis of the habitual residence of the child (regardless of him or her being a national of State C) and enforced in State B (because it originated in State A) did only concern the mutual relationship of A and B?

[36] See also Article 61(2) of the Vienna Convention.

[37] This rule, however, has been largely – and, since Article 41 only has a residuary character, also legitimately – obviated by State practice. In fact, States concluding a modifying agreement – or a separate later treaty – which may be contrary to an earlier treaty obligation, often include a clause into the new instrument to the effect that the rights of third States Parties to the earlier treaty are *not* affected (which can mean a suspension of some of the effects of the new instrument), and a clause obliging States that are party to the more recent agreement to take the necessary steps to bring their conflicting obligations in line. As long as this has not been done, the earlier instrument then remains unaffected by the new one. See the examples given by Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 274 no 173, in particular the example of Article 307 of the EC Treaty. Although the authors plead for the "affirmation" of the precedence of the earlier treaty if the later one is in breach of it, it seems that this plea is aimed at affirmation by the parties concerned, by way of including the said clauses into the second treaty, and not at automatic invalidity of the later treaty by operation of law.

Since this paper is intended to inform treaty negotiators of their possibilities, it is for them to ensure that they include an appropriate compatibility clause. If they fail to do so, a practitioner having to decide which of the conflicting treaties to apply would have to observe the rules set out in Article 30, regardless of whether the second treaty might constitute a breach of Article 41.

[38] The *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, *e.g.*, is rather restrictive. In order to become operative in the bilateral relations between two States Parties, it requires the conclusion of a bilateral Supplementary Protocol, and the issues that may be addressed in such Agreement are listed exhaustively in the Convention itself (see Articles 21 and 23). But even in the absence of a Supplementary Agreement, Article 25 of the Convention limits the freedom of the Contracting Parties to conclude between themselves other Conventions relating to the recognition and enforcement of Judgments within the scope of the 1971 Convention "unless they consider it necessary, in particular, because of economic ties or of particular aspects of their legal systems". It seems, however, that this restriction can be overcome (1) because of the limited number of States Parties to the 1971 Convention and (2) the opening clause contained in Article 25, allowing States Parties to conclude other agreements if "they consider it necessary".

The *Hague Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court* does not contain any similar limitation.

[39] Examples of provisions allowing for bilateral or multilateral agreements among some Contracting States which would modify the original treaty are provided outside the area concerning the Judgments Project by Article 6 of the *Hague Convention of 1 March 1954 on Civil Procedure*, Articles 3(2) and 8 of the *Hague Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents*, Articles 11, 20 and 25 of the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*, Article 36 of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, and Article 39(2) of the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*.

[40] *Asylum Case (Colombia v. Peru)*, Judgment, 20 November 1950, *I.C.J. Reports* (1950), p. 266 (276 *et seq.*); Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. 2003, pp. 6 *et seq.*

38 À l'époque de la négociation de la Convention de Vienne sur le droit des traités, aucune pratique générale commune des États sur l'épineuse question des « conflits de conventions » ne pouvait être identifiée[41]. Bien que la Convention de Vienne soit considérée comme constituant, dans une large mesure, une codification du droit international public coutumier, de sorte que de nombreuses règles figurant dans la Convention s'appliquent également à des États qui n'y sont pas parties, ce n'est donc que partiellement[42] le cas dans le domaine des conflits entre conventions.

39 Certains principes matérialisés par l'article 30 de la Convention de Vienne peuvent cependant être considérés comme des principes de droit international coutumier.

40 Ainsi, au moment de la négociation de la Convention de Vienne, il a été fait référence à la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice (CIJ) et de son prédécesseur, la Cour Permanente de Justice Internationale, afin notamment de résoudre la question *de lege ferenda* quant à savoir si la conclusion d'un traité plus récent violant les obligations qu'un État qui y était partie avait prises en charge à l'égard d'un autre État dans un traité antérieur devrait entraîner la nullité du nouveau traité ou simplement donner lieu à une certaine forme de responsabilité de l'État en infraction[43]. Les décisions citées plaident en faveur de la validité, suivant ainsi les mêmes lignes que les règles adoptées dans le cadre de la Convention de Vienne[44]. Le fait qu'un traité plus récent soit en violation d'un traité antérieur n'entraîne donc pas la nullité du traité plus récent. Cela signifie, par voie de conséquence, qu'il faut décider lequel appliquer dans le cas d'espèce.

a) Identité des parties

41 Quant à la question de savoir lequel de deux traités successifs prévaudrait en cas de conflit et en l'absence de clauses réglant cette question dans les traités en cause, l'interprétation de traités est la première étape dans la recherche d'une solution. Un principe coutumier d'interprétation – qu'il faut appliquer même dans le cadre de la Convention de Vienne parce que celle-ci ne comporte aucune règle dans ce domaine[45] – est celui de *lex specialis derogat legi generali. Tant que toutes les parties à des traités successifs sont identiques*, on peut supposer que ceci traduit leur volonté d'accorder la primauté à l'instrument plus spécifique[46].

42 Dans la même situation de parfaite identité des parties, lorsqu'aucun des instruments n'est plus spécifique, mais qu'ils portent bien sur la même matière et ont le même niveau de généralité, la règle *lex posterior derogat legi priori* doit être appliquée en cas d'incompatibilité[47].

b) Toutes les parties au traité antérieur ne sont pas parties au traité postérieur

43 En ce qui concerne l'amendement ou la modification d'un traité, il avait déjà été noté lors de la négociation de la Convention de Vienne que la pratique des États divergeait, dans une certaine mesure, de ce qui a fréquemment été prétendu constituer la règle de droit international coutumier, à savoir qu'un traité ne peut être révisé sans le consentement de toutes les parties[48]. Il s'ensuit que dans le cas où *il n'y a pas d'identité de toutes les parties aux deux traités*, dans la mesure où il y a identité des parties et en ce qui concerne les relations mutuelles entre ces États, les mêmes règles susmentionnées pourront également être applicables dans une certaine mesure tout au moins, mais cela dépendra toutefois largement de l'interprétation des traités en cause. Ceci semble être le cas pour la règle de *lex specialis*.

44 Cependant, lorsqu'aucun des traités en cause n'est plus spécifique, à un niveau abstrait et général, ni la primauté de la *lex prior,* ni celle de la *lex posterior* n'ont été généralement acceptées à titre de règle par défaut non écrite de droit international public. Il en est de même pour un certain nombre d'autres approches[49].

45 Bien qu'un traité tel que la Convention de Vienne, même lorsqu'il ne reflète pas le droit coutumier existant au moment de son adoption, puisse entraîner un changement de la pratique et, par conséquent, la création d'un droit international coutumier nouveau[50], cela ne s'est pas produit dans le domaine considéré ici – entre autres parce que la Convention de Vienne ne comporte que des règles par défaut qui s'appliquent sauf disposition contraire entre les parties[51], laissant ainsi les questions relever largement de l'autonomie des États contractants, ce qui a permis à une large diversité de pratiques des États de continuer à prospérer[52]. Bien qu'il y ait des doutes quant à savoir si la règle représente déjà un élément de droit coutumier, l'une des rares choses qui semblent établies dans la pratique des États à ce jour, comme mentionné ci-dessus, est le fait qu'un traité multilatéral peut en pratique être amendé par un autre traité multilatéral qui entre en vigueur uniquement pour les États qui s'y engagent, ne nécessitant donc pas d'accord parmi toutes les parties au traité antérieur[53]. La règle *pacta sunt servanda*, ainsi que le principe dit d'effet relatif des relations conventionnelles, donneraient lieu en outre à l'application du traité auquel les deux États sont parties dans le cadre de leurs relations mutuelles, que l'un d'entre eux ait ou non conclu des obligations – éventuellement incompatibles – avec (un groupe) d'autres États.

46 Lorsque l'observation en pratique des deux traités est impossible en fait dans le cas d'un conflit entre des traités différents impliquant des parties qui ne sont pas complètement identiques, en l'absence de clauses explicites, il revient à l'État engagé par les deux traités en conflit envers des partenaires différents de *décider d'une politique* quant à l'obligation devant être observée. Le droit international public ne fournit aucune indication quant au traité qui prévaut en pareil cas[54].

47 Enfin, il est utile de mentionner que, bien que l'article 5 de la Convention de Vienne préserve les usages développés au sein d'organisations internationales, on ne peut pas parler d'une pratique uniforme développée dans les Conventions de La Haye à cet égard. Qu'une règle sur les rapports avec d'autres instruments soit ajoutée dans une nouvelle Conven-

[41] Voir par ex. la description des pratiques des États différentes au sein des différentes organisations internationales par Sinclair (*supra,* note 1), p. 94 et 95. Cette diversité existante a conduit à l'inclusion de la dernière partie de l'art. 5 de la Convention de Vienne, préservant les pratiques au sein de toute organisation internationale.

[42] Voir Zuleeg (*supra,* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (247, note 4) sur les avis divergents même au sein de la Commission du droit International au cours de l'élaboration de la Convention de Vienne sur la question de savoir si celle-ci ne faisait que codifier le droit coutumier existant dans ce domaine, ou établissait de nouvelles règles.

[43] Voir, à cet égard, par ex., Cour Permanente de Justice Internationale, Avis Consultatif du 8 décembre 1927 No 14 *Commission Européenne du Danube, CPJI Série B* (1927), p. 22 (23); Arrêt du 12 décembre 1934, No 63 *Oscar Chinn, CPJI Séries A/B* (1934) p. 66 (80). Les juges minoritaires van Eysinga (p. 135) et Schücking (p. 149) avaient plaidé la nullité du traité postérieur du fait de son conflit avec le traité antérieur, mais la Cour n'a pas suivi cette approche.

[44] Zuleeg (*supra,* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (249 et s.). Bien que les décisions émanant de ces deux juridictions ne lient que les États parties à la procédure, il est admis que les décisions peuvent contribuer à l'émergence d'un nouvelle pratique des États et donc, d'un nouveau droit international coutumier.

[45] *Ibidem.*

[46] *Ibidem*, p. 246 (et 256 avec d'autres références à la jurisprudence de la CPJI en note 44).

[47] *Ibidem*, p. 246 (et 256 avec des références supplémentaires en notes 45 et s.).

[48] Sinclair (*supra,* note 1), p. 106 avec des références supplémentaires en note 98.

[49] Voir, pour un examen d'ensemble, Zuleeg (*supra,* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (265–267).

[50] Voir notamment l'arrêt de la CIJ dans l'affaire du *Plateau Continental de la Mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, *CIJ Rec. Jurisp.* (1969) p. 3 (41 et s.).

[51] Sinclair (*supra* note 1), p. 97.

[52] Voir par ex. les exemples donnés par Volken, *Konventionskonflikte* (*supra* note 17), p. 303.

[53] Même à l'époque de la négociation de la Convention de Vienne, il était de pratique courante entre États de faire entrer en vigueur des accords d'amendement entre les États disposés à accepter l'amendement, tout en laissant le traité existant en vigueur à l'égard des autres États parties au traité antérieur, ce qui a estompé la distinction que tire la Convention entre « l'amendement » entre toutes les parties, et la « modification » entre certaines d'entre elles seulement (voir Sinclair (*supra,* note 1), p. 106–107).

[54] Cela entraînera une responsabilité de l'État envers les parties à l'autre traité (voir Zuleeg (*supra,* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (262–268)).

38 At the time the Vienna Convention on the Law of Treaties was being negotiated, no general common State practice on the thorny issue of "conflicts of conventions" could be identified.[41] Therefore, although the Vienna Convention is considered to be largely a codification of customary public international law, so that many rules contained in the Convention also apply to States which are not party to it, this is only partly[42] the case in the area of conflicts between conventions.

39 Some principles embodied in Article 30 of the Vienna Convention, however, may be regarded as principles of international customary law:

40 At the time of negotiation of the Vienna Convention, reference was made to the case law of the International Court of Justice (ICJ) and its predecessor, the Permanent Court of International Justice (PCIJ), in particular in order to resolve the dispute *de lege ferenda* as to whether the conclusion of a more recent treaty which violated obligations that a State Party to it had undertaken towards another State in an earlier treaty, should lead to the invalidity of the new treaty, or just create some liability of the infringing State.[43] The decisions mentioned plead in favour of validity, thus following the same lines as the rules adopted in the Vienna Convention.[44] Therefore, the fact that a more recent treaty is in breach of an earlier one does not make the more recent treaty invalid. This means, consequently, that it has to be decided which one to apply in the individual case.

a) Party identity

41 As to the question which of two successive treaties would prevail in case of a conflict and in the absence of clauses dealing with this question in the treaties concerned, treaty interpretation is the first step when trying to resolve the question. A customary interpretative principle – which even has to be applied within the scope of the Vienna Convention because the latter does not contain any rule on this[45] – is the principle *lex specialis derogat legi generali. As far as all parties to successive treaties are identical,* it may be assumed that it reflects their will to give precedence to the more specific instrument.[46]

42 In the same situation of full party identity, where none of the instruments is more specific, but they do relate to the same subject matter and possess the same level of generality, the rule *lex posterior derogat legi priori* is to be applied in case of incompatibility.[47]

b) Not all parties to the earlier treaty are parties to the later one

43 Concerning the amendment or modification of a treaty, it was noted already when the Vienna Convention was negotiated that State practice diverged to some extent from what was often asserted to be the rule of customary international law, namely, that a treaty may not be revised without the consent of all the parties.[48] Hence, also in cases where there is *no identity of all the parties to both treaties*, as far as there is party identity and the mutual relations of these States are concerned, the same rules as above may be applicable at least to some extent, depending, however, very much on the interpretation of the treaties in question. This seems to be true for the *lex specialis* rule.

44 However, where none of the treaties in question is more specific, at an abstract and general level, neither precedence of the *lex prior* nor of the *lex posterior* have been generally accepted as default rules of unwritten public international law. The same is true for a number of further approaches.[49]

45 Although a treaty like the Vienna Convention, even where it does not reflect existing customary law at the time of its adoption, can lead to a change of practice and, as a consequence, to the generation of new international customary law,[50] this has not happened in the area discussed here either – *inter alia* because the Vienna Convention only contains default rules which apply unless provided otherwise by the parties,[51] thus leaving the issues largely to party autonomy of the Contracting States which has allowed a wide variety of State practice to continue to flourish.[52] Although there are doubts whether the rule already amounts to customary law, one of the few things which seem to be established in State practice by now, as mentioned above, is the fact that a multilateral treaty may in practice be amended by another multilateral treaty which comes into force only for those States which become bound by it, thus not requiring agreement among all the parties to the earlier treaty.[53] The rule of *pacta sunt servanda*, as well as the so-called relativity of treaty relationships, would moreover lead to the application of the treaty to which both States are party in their mutual relationship, no matter whether one of them has engaged in – possibly incompatible – obligations with (a group of) other States.

46 Where practical compliance with both treaties is factually impossible in case of a conflict between different treaties involving not fully identical parties, in the absence of explicit clauses it is left to the State bound by the two conflicting treaties vis-à-vis different partners to make a *policy choice* regarding which duty to comply with. Public international law does not give any guidance as to which treaty prevails in this situation.[54]

47 Lastly, it is worth mentioning that, although Article 5 of the Vienna Convention preserves usages developed within international organisations, one cannot speak of a uniform practice developed in Hague Conventions to this effect. Whether a rule on the relationship with other instruments is added in a new Hague Convention, and what its content might

[41] See, *e.g.*, the description of varying State practice within different international organisations by Sinclair (*supra* note 1), pp. 94–95. This existing variety led to the inclusion of the last part of Article 5 of the Vienna Convention, preserving practices within any such international organisation.
[42] See Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (247, footnote 4) on the opposed views even within the International Law Commission during the elaboration of the Vienna Convention as to whether the latter only codified existing customary law in this area, or whether it established new rules.
[43] See in this respect, *e.g.*, Permanent Court of International Justice, Opinion 8 December 1927 No 14 – *European Commission of the Danube, P.C.I.J. Series B* (1927), p. 22 (23); Judgment 12 December 1934 No 63 – *Oscar Chinn, P.C.I.J. Series A/B* (1934), p. 66 (80). The dissenting Judges van Eysinga (p. 135) and Schücking (p. 149) had claimed nullity of the later treaty because of its conflict with the earlier one but the Court did not follow this approach.
[44] Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (249 *et seqq.*). Although the decisions emanating from these two courts are only binding on the States that are parties to the proceedings, it is recognised that the decisions can contribute to the emergence of new State practice and, consequently, new customary international law.
[45] Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (256 *et seq.*).
[46] See, *e.g.*, Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (256 with further references to the case law of the PCIJ in footnote 44).
[47] Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (256 with further references in footnotes 45 *et seq*).
[48] Sinclair (*supra* note 1), p. 106 with further references in footnote 98.
[49] See, for an overview, Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (265–267).
[50] See, in particular, the judgment of the ICJ in the *North Sea Continental Shelf* case, Judgment 20 February 1969, *I.C.J. Reports* (1969), p. 3 (41 *et seq.*).
[51] Sinclair (*supra* note 1), p. 97.
[52] See, *e.g.*, the examples given by Volken, *Konventionskonflikte* (*supra* note 17), p. 303.
[53] Even at the time of negotiations of the Vienna Convention, it was current State practice to bring amending agreements into force as between those States willing to accept the amendment, while at the same time leaving the existing treaty in force with respect to the other States Parties to the earlier treaty, thus blurring the distinction drawn in the Convention between "amendment" between all of the parties, and "modification" between only some of them (see Sinclair (*supra* note 1), pp. 106–107).
[54] This will bring about State liability towards the parties to the other treaty (see Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (262–268)).

tion de La Haye, et sa teneur éventuelle, dépendent très largement de la situation d'espèce et des traités en cause[55].

c) Conclusion

48 En résumé, en l'absence de toute règle établie par les États parties à un traité particulier, le droit international public coutumier en général et la pratique changeante – selon la matière du traité en cause – développée au sein notamment de la Conférence de La Haye[56] n'ajoutent rien aux règles résiduelles établies par la Convention de Vienne. Tant que les parties aux traités successifs sont identiques, les règles générales sont largement identiques aux règles matérialisées par la Convention de Vienne. Lorsqu'aucune identité des parties ne peut être attendue, ceci nous laisse avec une pressante nécessité d'inclure des clauses appropriées régissant les rapports entre les instruments en cause, parce que le droit international public ne nous fournit aucune règle par défaut.

3. Principes généraux du droit international public

49 Les principes matérialisés par la Convention de Vienne discutés dans les paragraphes concernant le droit international coutumier sont considérés par d'autres comme faisant partie des principes généralement admis de droit international public : les principes de *pacta sunt servanda* (voir l'art. 26 de la Convention de Vienne), *lex specialis derogat legi generali*, et *pactum tertiis non nocet*. Cependant, si l'étiquette qui leur est affectée par certains auteurs – « principes généraux » ou « droit international coutumier » – peut varier, ce n'est pas le cas de la teneur. Il est donc fait référence à la teneur de ces principes comme discuté *supra* au point 2.

B. Comment s'insère le droit communautaire dans le cadre des règles décrites ?

50 La doctrine de droit international public souligne qu'au niveau mondial, la réglementation secondaire de la Communauté européenne (et notamment les directives et règlements) semble constituer un certain type de « droit interne » par opposition au droit conventionnel international[57] parce qu'il crée des règles harmonisées applicables à un sous-ensemble d'États parties à un traité global et qui remplacent le droit interne de ces États. Et si la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) réaffirme avec force le caractère « particulier » du droit communautaire, dans les relations avec les États tiers elle respecte également la primauté du droit international à l'égard de son propre régime communautaire « interne ». Par conséquent, un traité international prévaut sur le droit communautaire secondaire, que le traité soit plus ancien[58] ou plus récent[59] que le droit communautaire en cause, sauf disposition contraire expresse.

III. LIMITES FIXÉES PAR LA CONVENTION DE VIENNE POUR LA TENEUR D'UNE CLAUSE DE DÉCONNEXION

51 De nombreuses dispositions de la Convention de Vienne sont exprimées sous la forme de règles résiduelles qui ne fonctionnent que si le traité ne comporte pas de disposition contraire. Un large degré d'autonomie est ainsi laissé aux États pour convenir de règles particulières régissant les rapports entre les conventions internationales[60], tant que les limites imposées par les articles 30(4), 30(5), et 41 de la Convention de Vienne sont respectées dans les cas où toutes les parties au traité antérieur ne deviennent pas parties au plus récent. S'il est toujours possible d'incorporer une clause dans le traité plus récent accordant la priorité au plus ancien, le traité plus récent ne peut prétendre à la primauté que dans les conditions exposées aux articles 30(5) et 41 de la Convention de Vienne, comme décrit ci-dessus[61], à moins que le traité antérieur lui-même ne permette à des instruments ultérieurs de prévaloir (art. 30(2)). Lorsque les États ne se conforment pas à ces conditions, ils encourent une responsabilité au titre de la violation du traité antérieur à moins d'incorporer au traité plus récent une clause suspendant temporairement certains de ses effets et les contraignant à engager des négociations avec les parties au traité antérieur afin de régler le conflit.

IV. CONCLUSION

52 Chaque fois que des États négocient une nouvelle convention susceptible d'avoir un effet sur l'application d'un traité antérieur, il est souhaitable d'incorporer à la nouvelle convention une ou plusieurs clauses définissant de manière explicite les rapports avec d'autres instruments existants (et, si les États le souhaitent, futurs).

53 Pour résumer ce qui s'applique en l'absence d'une clause, et quel type de clause est admissible dans le nouveau traité : en général, on peut dire que la première étape à entreprendre est l'interprétation des traités en cause, et à cet égard la présomption générale est que les parties souhaiteraient faire prévaloir l'instrument plus spécifique. Si tous les traités en cause ont le même degré de généralité, et que des dispositions individuelles de deux traités différents sont susceptibles de s'appliquer à la même situation de fait, ce qui entraînerait des résultats incompatibles, il existe une présomption en faveur de la *lex posterior*, légèrement adoucie dans les cas où toutes les parties au traité antérieur ne deviennent pas parties au traité postérieur et en ce qui concerne leurs relations mutuelles. Les droits de ceux des États qui ne sont parties qu'au traité antérieur doivent être respectés.

54 S'il est aisé de distinguer l'instrument plus ancien du plus récent[62], la spécificité peut être une question plus délicate : notamment dans le domaine de la compétence, la spécificité peut être difficile à définir lorsque, par exemple, un instrument est plus spécifique que l'autre *ratione materiae* alors que l'autre est plus spécifique *ratione personae*, *ratione loci* ou *ratione temporis*. La simple notion de *ratione materiae* est elle-même d'application difficile : un traité concernant uniquement les brevets (c-à-d. une certaine matière, en substance et en procédure) serait-il plus spécifique qu'un traité concernant la compétence sur le fondement de clauses d'élection de for (c-à-d. une question de procédure, définie de manière restreinte, qui pourrait cependant recouvrir plus d'une matière) ?

[55] Voir, pour une discussion plus détaillée, Volken, *Konventionskonflikte* (*supra* note 17), p. 303.

[56] Pour une vue d'ensemble de l'historique et du développement des clauses de déconnexion dans les Conventions de La Haye, voir Volken (*supra* note 22), p. 154. C'est dans la *Convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels* que, pour la toute première fois, une clause sur les rapports avec d'autres instruments – existants ou futurs (!) – a été insérée dans une convention créatrice de droit en matière de droit international privé (Volken, *op. cit.* p. 154 et s.).

[57] Voir Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 277 No 176 ; p. 281 No 181.

[58] Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 283–284 No 181, mentionnant que ceci se traduit également dans la pratique diplomatique des Communautés européennes, par exemple dans la déclaration jointe au Protocole de Varsovie de 1982 à la Convention de Gdansk de 1973 sur la pêche en Mer Baltique, JO CE No L 237 du 26 août 1983, p. 12. Voir également CJCE, 12 décembre 1972, Aff. 21–24/72 (jointes), *International Fruit Cv.*, Rec. 1972 p. 1219 (No 11) ; CJCE, 10 septembre 1996, Aff. 61/94, *Commission c. Allemagne*, Rec. 1996-I, p. 3989 (Nos 39, 44, 45, 52) ; CJCE, 16 juin 1998, Aff. 162/96, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, Rec. 1998-I, p. 3655 (Nos 5, 7, 8, 29 et s.).

[59] Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 283–284 No 181 ; voir également implicitement CJCE, 30 avril 1979, Aff. 181/73, *Haegemann c. État belge*, Rec. 1974, p. 449.

[60] Voir art. 30(2) de la Convention de Vienne ; Sinclair (*supra*, note 1), p. 97 à 98.

[61] *Supra*, para. 27 et s.

[62] Selon Sinclair (*supra*, note 1), p. 98 ; Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (256), c'est la date d'adoption du texte et non celle de son entrée en vigueur qui est déterminante.

be, depend very much on the individual situation and the treaties in question.[55]

c) Conclusion

48 To sum up, in the absence of any rules established by the States Parties to a particular treaty, customary public international law in general and the varying practice – depending on the subject matter of the treaty in question – developed within the Hague Conference in particular,[56] do not add anything to the residual rules established by the Vienna Convention. As far as the parties to the successive treaties are identical, the general rules are largely identical with the rules embodied in the Vienna Convention. Where no party identity is to be expected, this leaves us with the urgent need to include appropriate clauses governing the relationship of the instruments in question because public international law does not provide any default rule.

3. General principles of public international law

49 The principles embodied in the Vienna Convention that were discussed in the paragraphs on customary international law are considered by others to form part of the generally accepted principles of public international law: the principles of *pacta sunt servanda* (see Article 26 of the Vienna Convention), *lex specialis derogat legi generali*, and *pactum tertiis non nocet*. However, while the label attributed to them by some authors – "general principles" or "customary international law" – may be different, the content is not. Reference is therefore made to the content of these principles as just described *supra* under 2.

B. How does European Community law fit into the rules described?

50 Public international law writers stress that, at the global level, secondary legislation of the European Community (in particular directives and regulations) appears as a certain type of "internal law" as opposed to international treaty law[57] because it creates harmonised rules applying to a sub-group of States Parties to a global treaty which replace those States' national laws. And while the Court of Justice of the European Communities (European Court of Justice – ECJ) strongly reaffirms the "particular" character of community law, in relations with third States it also respects the precedence of international law with regard to its own "internal" Community regime. Consequently, an international treaty prevails over secondary Community law, no matter whether the treaty is older[58] or more recent[59] than the Community law in question, unless explicitly provided otherwise.

III. LIMITS ESTABLISHED BY THE VIENNA CONVENTION FOR THE CONTENT OF A DISCONNECTION CLAUSE

51 Many provisions of the Vienna Convention are expressed as residuary rules which operate only unless the treaty provides otherwise. Thereby, a large degree of autonomy is left to States to agree on specific rules governing the relationship of international conventions,[60] as long as the limits set by Article 30(4) and (5) and Article 41 of the Vienna Convention are respected in cases where not all parties to the earlier treaty become parties to the more recent one. While it is always possible to include a clause in the more recent treaty giving priority to the earlier one, the more recent treaty may only claim precedence under the conditions set out in Article 30(5) and Article 41 of the Vienna Convention, as described above,[61] unless the earlier treaty itself allows for subsequent instruments to prevail (Article 30(2)). Where States do not comply with these conditions, they may be liable for breach of the earlier treaty unless they include a clause in the more recent treaty that temporarily suspends some of its effects and obliges them to enter into negotiations with parties to the earlier treaty in order to resolve the conflict.

IV. CONCLUSION

52 Whenever States are negotiating a new convention that might have an impact on the application of an earlier treaty, it is advisable to include one or more clauses in the new convention which define explicitly the relationship with other existing (and, if States so wish, future) instruments.

53 To sum up what applies in the absence of a clause, and which kind of clause is permissible in the new treaty, in general it can be said that the first step to be undertaken is the interpretation of the treaties in question, and here the general presumption is that the parties would want the more specific instrument to prevail. In case all treaties concerned possess the same level of generality, individual provisions of two different treaties would apply to the same factual situation and lead to incompatible results, there is a presumption in favour of the *lex posterior*, which is slightly softened in cases where not all parties to the earlier treaty become parties to the later one and as far as the relations with them are concerned. The rights of those States who are only parties to the earlier treaty need to be respected.

54 While it is easy to identify which is the earlier and which the later instrument,[62] specificity can be a more difficult question: In the area of jurisdiction in particular, specificity may be difficult to define where, *e.g.*, one instrument is more specific *ratione materiae* while the other is more specific *ratione personae*, *ratione loci* or *ratione temporis*. And even the mere notion of *ratione materiae* is difficult to apply: would a treaty dealing with patents only (*i.e.*, with a certain subject matter, in both substance and procedure) be more specific than a treaty dealing with jurisdiction based on choice of court clauses (*i.e.*, a – narrowly defined – procedural topic which could, however, cover more than one subject matter)?

[55] See, for a more detailed discussion, Volken, *Konventionskonflikte* (*supra* note 17), p. 303.

[56] For an overview of history and development of disconnection clauses in Hague Conventions, see Volken (*supra* note 22), p. 154. It was in the *Hague Convention of 15 April 1958 on the Law Governing Transfer of Title in International Sales of Goods* that, for the first time ever, a clause on the relationship with other – existing and future (!) - instruments was introduced into a law-making convention on private international law (Volken, *ibid.*, p. 154 *et seq.*).

[57] See Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 277 no 176; p. 281 no 181.

[58] Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 283–284 no 181, mentioning that this is also reflected in the diplomatic practice of the European Communities, *e.g.*, in the declaration attached to the Warsaw Protocol of 1982 to the Gdansk Convention of 1973 concerning fishing in the Baltic Sea, OJ EC No L 237 of 26 August 1983, p. 12. See also ECJ, 12 December 1972, cases 21–24/72 (joint), *International Fruit Cy*, ECJR 1972, p. 1219 (No 11); ECJ 10 September 1996, case 61/94, *Commission* v. *Germany*, ECJR 1996-I, p. 3989 (Nos 39, 44, 45, 52); ECJ 16 June 1998, case 162/96, *A. Racke GmbH & Co v. Hauptzollamt Mainz*, ECJR 1998-I, p. 3655 (Nos 5, 7, 8, 29 *et seq*).

[59] Daillier / Pellet (*supra* note 3), p. 283–284 no 181; see also implicitly ECJ 30 April 1979, case 181/73, *Haegemann v. Belgian State*, ECJR 1974, p. 449.

[60] See Article 30(2) Vienna Convention; Sinclair (*supra* note 1), pp. 97–98.

[61] *Supra* paragraphs 27 *et seq.*

[62] According to Sinclair (*supra* note 1), p. 98; Zuleeg (*supra* note 16), *GYIL* 20 (1977) p. 246 (256), it is the date of the adoption of the text and not that of its entry into force which is decisive.

55 On peut donc être enclin à conseiller aux États d'incorporer des règles explicites dans chaque instrument qu'ils négocient. Ce qui s'applique en l'absence d'une clause, et le type de clause admissible dans le nouveau traité, dépendent par dessus tout de la question de savoir si tous les États parties au traité antérieur adhèrent également au traité ultérieur.

A. Toutes les parties au traité antérieur deviennent parties au traité postérieur

56 Le cas échéant, que le traité ancien comporte ou non une clause sur les rapports avec des instruments futurs, en général les États sont libres en principe[63] de changer leur volonté. Il s'ensuit que leur liberté quant à la clause à inclure dans le nouveau traité est également illimitée.

57 En l'absence de clause, la présomption de la Convention de Vienne est qu'ils ont mis fin à l'ancien traité et l'ont remplacé en concluant un nouveau traité portant sur la même matière.

58 Cependant, si l'interprétation des traités conduit à la conclusion que les États parties souhaitaient que l'ancien traité continue à s'appliquer, la détermination du traité prévalant dépendra tout d'abord d'une clause du nouveau traité. À défaut de clause, la présomption est que la *lex posterior* prévaut en cas d'incompatibilité. Mais toute clause d'effet différent serait tout aussi admissible.

59 Lorsque les deux traités en cause ne portent *pas* sur la même matière au sens restreint de la Convention de Vienne, la présomption qu'il a été mis fin au traité antérieur ne s'applique pas. L'interprétation des traités conduit alors à la conclusion que le traité plus spécifique prévaut à défaut de clause. Autrement, les parties sont libres de convenir d'un effet différent en incorporant une clause appropriée dans l'un ou l'autre traité.

B. Toutes les parties au traité antérieur ne deviennent pas parties au traité postérieur

60 Dans les cas où toutes les parties au traité antérieur ne deviennent pas parties au traité postérieur, les solutions sont les mêmes dans la mesure où les parties aux traités antérieur et postérieur sont identiques. L'application de traités successifs *dans leurs relations mutuelles* suit donc les règles décrites ci-dessus. Cela implique notamment que l'interprétation des traités devrait suggérer que le traité plus spécifique prévaut. Lorsqu'aucun n'est plus spécifique et que les traités en cause portent bien sur la même matière, l'interprétation des traités peut mener à la conclusion que le traité antérieur continuera de s'appliquer (par exemple, dans les cas où il est plus généreux), mais dans d'autres cas, la règle par défaut de *lex posterior* conduira à la primauté du traité postérieur en cas de résultats incompatibles résultant de dispositions individuelles des deux traités en cause, telles qu'elles s'appliquent à une situation de fait particulière.

61 L'application des règles qui viennent d'être mentionnées, ainsi que la liberté des parties au traité postérieur quant au mode de régulation des rapports entre les deux instruments en cause par l'incorporation d'une clause au traité postérieur, sont limitées dans une certaine mesure parce que les droits des parties au seul traité antérieur doivent être respectés.

62 En ce qui concerne ceux des États qui ne sont parties qu'au traité antérieur et non au traité postérieur, ils peuvent continuer de se fier au traité antérieur dans leurs relations avec tout État qui y est partie, que ce dernier ait ou non conclu ultérieurement un autre traité portant sur la même matière avec certains autres États également parties au traité antérieur.

63 En outre, l'article 41 établit certaines règles sur la licéité de la conclusion d'un traité postérieur, fixant ainsi un cadre de responsabilité des États en cas de violation. La validité des engagements successifs n'est toutefois pas atteinte.

64 Lorsque le traité ancien comporte une clause sur les rapports avec des instruments futurs, celle-ci doit être respectée dans les relations avec les États parties au seul traité antérieur. Lorsqu'il ne contient pas de clause de cette nature et que les États parties au traité postérieur souhaiteraient le faire prévaloir sur le traité antérieur dans leurs relations mutuelles, ils peuvent incorporer une clause à cet effet si la modification en cause ne porte pas atteinte à la jouissance par d'autres États parties des droits qu'ils tiennent du traité antérieur ou à l'exécution de leurs obligations, et ne concerne pas une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité antérieur pris dans son ensemble.

65 On peut conclure en disant que, même lorsqu'au premier abord, le caractère spécifique ou général semble aisé à attribuer aux diverses conventions en cause, les choses ne sont pas si évidentes. Il a été décrit ci-dessus que dans la plupart des cas de chevauchement de champ d'application entre la convention sur les jugements et tout instrument régissant une matière particulière y compris, entre autres, les règles pour la compétence et l'exécution correspondantes, il serait difficile et discutable de chercher à en définir l'un comme étant plus spécifique que l'autre. La présente note montre, en outre, que même lorsque le nouvel instrument peut être considéré comme plus spécifique, il peut y avoir des cas où les parties seraient susceptibles de souhaiter que l'instrument ancien continue de s'appliquer entre elles.

66 La seule conclusion à en tirer est qu'il est souhaitable d'inclure des règles explicites dans tout instrument international régissant les rapports avec d'autres instruments existants et futurs ainsi que toute possibilité de modification, limitant (temporairement) en cas de besoin l'application du nouvel instrument pour tenir compte des intérêts juridiquement protégés et droits des États parties à un instrument antérieur mais pas au nouvel instrument. Ceci exige un examen attentif du traité antérieur en cause afin de déterminer les droits et intérêts d'États parties à ces instruments auxquels l'instrument ultérieur est susceptible de porter atteinte en l'absence d'une clause réglant d'une manière appropriée les rapports entre les deux traités.

[63] Sous réserve du *jus cogens*.

55 Therefore, one may be inclined to advise States Parties to include explicit rules in every instrument they negotiate. What applies in the absence of a clause, and which kind of clause is permissible in the new treaty, depends first of all on whether all States Parties to the earlier treaty also join the later one.

A. All parties to the earlier treaty are party to the later treaty

56 Where this is the case, independent of whether the old treaty contains a clause on the relationship with future instruments, in general States are in principle[63] free to change their will. Hence, also their freedom as to what clause to include in the new treaty is unlimited.

57 In the absence of a clause, it is the presumption of the Vienna Convention that they have terminated the old treaty and replaced it by concluding a new treaty on the same subject matter.

58 If treaty interpretation leads to the conclusion, however, that the States Parties wanted the old treaty to continue to apply, it would first of all depend on a clause in the new treaty regarding which one prevails. In the absence of a clause, the presumption is that the *lex posterior* prevails in case of incompatibility. But any clause to a different effect would equally permissible.

59 Where the two treaties in question do *not* relate to the same subject matter within the narrow meaning of the Vienna Convention, the presumption of termination of the earlier treaty does not apply. Treaty interpretation will then lead to the conclusion that the more specific treaty prevails in the absence of a clause. Otherwise, the parties are free to agree on a different effect by inserting an appropriate clause into either treaty.

B. Not all parties to the earlier treaty become party to the later treaty

60 In cases where not all parties to the earlier treaty become party to the later treaty, the solutions are the same to the extent that the parties to the earlier and later treaty are identical. The application of successive treaties *in their mutual relationship* therefore follows the rules described above. This means, in particular, that treaty interpretation would suggest that the more specific treaty prevails. Where none of them is more specific and the treaties in question do relate to the same subject matter, treaty interpretation can lead to the conclusion that the earlier treaty shall continue to apply (*e.g.*, where it is more generous), but in other cases the default rule of *lex posterior* will lead to precedence of the later treaty in case of incompatible results produced by individual provisions in the two treaties concerned, as applied to a particular factual situation.

61 The application of the rules just mentioned, as well as the freedom of the parties to the later treaty as to how to regulate the relationship between the two instruments in question by including a clause into the later treaty is limited to some extent because the rights of parties to the earlier treaty only have to be respected.

62 As far as those States, who are parties only to the earlier but not to the later treaty, are concerned, they can still rely on the earlier treaty in their relations with any State party to it, independent of whether the latter has subsequently entered into another treaty on the same subject matter with some other States equally party to the earlier treaty.

63 Moreover, Article 41 establishes some rules on the lawfulness of concluding a subsequent treaty, thereby setting a framework of State responsibility in case of a breach. The validity of the successive engagements, however, is not affected.

64 Where the old treaty contains a clause on the relation with future instruments, this has to be respected in the relations with States Parties to the earlier treaty only. Where it does not contain any such clause, and States Parties to the later treaty would like it to prevail in their mutual relationship over the old treaty, they may insert a clause to that effect if the modification in question does not affect the enjoyment by other States Parties of their rights under the earlier treaty or the performance of their obligations, and does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the earlier treaty as a whole.

65 One may conclude by stating that, even where at first sight, specificity and generality seem to be easy to attribute to the various Conventions in question, things are not that obvious. It has been described above that in most cases of overlap of scope of the Judgments Convention and any instrument governing a specific subject matter including, *inter alia*, rules on jurisdiction and enforcement for it, it would be difficult and doubtful to try to define one as more specific than the other. This paper shows, moreover, that even where the new instrument might be considered more specific, there can be cases where the parties would be likely to wish the older instrument to continue to apply between them.

66 The only conclusion to be drawn is that it is advisable to include explicit rules in any international instrument that govern the relationship with other existing and future instruments as well as any possibility for modification, where necessary (temporarily) limiting the application of the new instrument in order to take account of the rights and legally protected interests of States that are party to an earlier instrument but not to the new instrument. The latter requires a careful examination of the earlier treaty in question in order to determine which rights and interests of States Parties to those instruments might be affected by the later instrument without a clause appropriately dealing with the relationship of the two treaties.

[63] With the exception of *jus cogens*.

Avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for Rapport explicatif

ÉTABLI PAR MASATO DOGAUCHI
ET TREVOR C. HARTLEY

Document préliminaire No 26 de décembre 2004

Table des matières page

PRÉFACE
Références à d'autres documents 166
Remerciements 168
Terminologie 168

INTRODUCTION 168

COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE 170
Article premier – Champ d'application 170
Article 2 – Exclusions du champ d'application 172
Article 3 – Accords exclusifs d'élection de for 180
Article 4 – Autres définitions 186
Article 5 – Compétence du tribunal élu 186
Article 6 – Sursis à statuer du tribunal élu 190
Article 7 – Obligations d'un tribunal non élu 192
Article 8 – Mesures provisoires et conservatoires 194
Article 9 – Reconnaissance et exécution 196
Article 10 – Questions incidentes 202
Article 11 – Jugements rendus en violation d'un accord exclusif d'élection de for 206
Article 12 – Transactions 206
Article 13 – Pièces à produire 208
Article 14 – Procédure 208
Article 15 – Dommages et intérêts 210
Article 16 – Divisibilité 214
Article 17 – Dispense de la légalisation 214
Article 18 – Limitation de compétence 214
Article 19 – Limitation à la reconnaissance et à l'exécution 214
Article 20 – Limitation relative aux matières liées à l'amiante 216
Article 21 – Interprétation uniforme 216
Article 22 – Système juridique non unifié 216
Article 23 – Rapport avec d'autres instruments internationaux 218
Article 24 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion 222
Article 25 – Système juridique non unifié 222
Article 26 – Organisations régionales d'intégration économique 222
Article 27 – Entrée en vigueur 224
Article 28 – Réserves 224
Article 29 – Déclarations 224
Article 30 – Dénonciation 224
Article 31 – Notifications par le dépositaire 224

ANNEXE I – LE PROBLÈME DE LA SOUPLESSE 226

Références à d'autres documents

Les documents suivants sont visés sous la forme abrégée indiquée ci-dessous.

«**Convention de Bruxelles**» = *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale.* Elle a été ouverte à la signature à Bruxelles le 27 septembre 1968. Les parties initiales étaient les six États membres de ce qui était alors la CEE. À mesure de l'adhésion de nouveaux États à l'Union européenne, ainsi qu'elle est aujourd'hui dénommée, ils sont devenus parties à la Convention de Bruxelles. Le texte a été modifié un certain nombre de fois. Un texte modifié est disponible au *Journal Officiel des Communautés européennes* 1998, volume 27 série C, p. 1. Elle a désormais été largement remplacée par le «Règlement de Bruxelles» (voir ci-dessous). Elle ne s'applique plus qu'entre le Danemark et les 14 anciens États membres de l'Union européenne.

«**Rapport Jenard**» = Rapport de Paul Jenard sur la Convention de Bruxelles initiale, publié au Journal officiel 1979 C 59, p. 1.

«**Rapport Schlosser**» = Rapport du Professeur Peter Schlosser sur la Convention d'adhésion du 9 octobre 1978 par laquelle le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni ont adhéré à la Convention de Bruxelles, publié au Journal officiel 1979 C 59, p. 71[1].

«**Convention de Lugano**» = *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale.* Elle a été initialement ouverte à la signature à Lugano, Suisse, le 16 septembre 1988. Elle comporte des dispositions semblables à celles de la Convention de Bruxelles, mais les deux Conventions ne sont pas identiques. Les États contractants de la Convention de Lugano sont les 15 «anciens membres» de l'Union européenne et certains autres États d'Europe. À l'heure où nous écrivons, il s'agit de l'Islande, de la Norvège, de la Pologne et de la Suisse. La démarcation entre les Conventions de Bruxelles et de Lugano est fixée à l'article 54ter de la Convention de Lugano. Elle est fondée sur le principe que la Convention de Lugano ne s'appliquera pas aux relations entre les États membres de l'Union européenne, mais s'appliquera lorsque l'un des autres États susvisés est impliqué. Le texte est disponible au Journal officiel 1988 L 319, p. 9.

«**Rapport Jenard / Möller**» = Rapport de Paul Jenard et Gustaf Möller sur la Convention de Lugano, publié au Journal officiel 1990 C 189, p. 57.

«**Règlement de Bruxelles**» = Règlement du Conseil (CE) No 44/2001 du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire et la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, JO 2001 L 12, p. 1. Il s'applique entre tous les États membres de l'Union européenne hormis le Danemark et remplace la Convention de Bruxelles dans les rapports mutuels entre les États auxquels il s'applique.

«**Avant-projet de Convention 1999**» = Avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale de 1999. Il s'agit d'une version antérieure et bien plus étendue du présent avant-projet de Convention, préparé au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé en 1999. Il couvrait, pour l'essentiel, les mêmes matières que les Conventions de Bruxelles et de

[1] Il existe également des rapports sur la Convention d'adhésion pour la Grèce (D. I. Evrigenis et K. D. Kerameus), JO 1986 C 298, p. 1; et sur la Convention d'adhésion pour l'Espagne et le Portugal (M. de Almeida Cruz, M. Desantes Real et P. Jenard), JO 1990 C 189, p. 35.

Preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements Explanatory Report

DRAWN UP BY MASATO DOGAUCHI
AND TREVOR C. HARTLEY

Preliminary Document No 26 of December 2004

Contents of the Report page

PREFACE
References to other documents 167
Acknowledgements 169
Terminology 169

INTRODUCTION 169

ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY 171
Article 1 – Scope 171
Article 2 – Exclusions from scope 173
Article 3 – Exclusive choice of court agreements 181
Article 4 – Other definitions 187
Article 5 – Jurisdiction of the chosen court 187
Article 6 – Stay of proceedings in the chosen court 191
Article 7 – Obligations of a court not chosen 193
Article 8 – Interim measures of protection 195
Article 9 – Recognition and enforcement 197
Article 10 – Incidental questions 203
Article 11 – Judgments in contravention of exclusive choice of court agreements 207
Article 12 – Settlements 207
Article 13 – Documents to be produced 209
Article 14 – Procedure 209
Article 15 – Damages 211
Article 16 – Severability 215
Article 17 – No legalisation 215
Article 18 – Limitation of jurisdiction 215
Article 19 – Limitation of recognition and enforcement 215
Article 20 – Limitation with respect to asbestos related matters 217
Article 21 – Uniform interpretation 217
Article 22 – Non-unified legal system 217
Article 23 – Relationship with other international instruments 219
Article 24 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession 223
Article 25 – Non-unified legal system 223
Article 26 – Regional Economic Integration Organisations 223
Article 27 – Entry into force 225
Article 28 – Reservations 225
Article 29 – Declarations 225
Article 30 – Denunciation 225
Article 31 – Notifications by the depositary 225

ANNEX I – THE PROBLEM OF FLEXIBILITY 227

References to other documents

The following documents are referred to in the abbreviated form set out below:

"Brussels Convention" = *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*. It was opened for signature in Brussels on 27 September 1968. The original Parties were the six original Member States of what was then the EEC. As new States have joined the European Union (EU), as it is now called, they have become Parties to the Brussels Convention. The text has been amended on a number of occasions. An amended text may be found in the *Official Journal of the European Communities* ("*O.J.*"), 1998, Volume 27 of the "C" series, p. 1. Today, it has been largely superseded by the "Brussels Regulation" (below). It now applies only between Denmark and the other 14 "old" EU Member States.

"Jenard Report" = Report by Paul Jenard on the original Brussels Convention, published in *O.J.* 1979 C 59, p. 1.

"Schlosser Report" = Report by Professor Peter Schlosser on the Accession Convention of 9 October 1978, under which Denmark, Ireland and the United Kingdom acceded to the Brussels Convention, published in *O.J.* 1979 C 59, p. 71.[1]

"Lugano Convention" = *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*. It was originally opened for signature in Lugano, Switzerland on 16 September 1988. It contains similar provisions to the Brussels Convention, but the two Conventions are not identical. The Contracting States to the Lugano Convention are the 15 "old" EU Member States and certain other States in Europe. At the time of writing, these are Iceland, Norway, Poland and Switzerland. The demarcation between the Brussels and Lugano Conventions is laid down in Article 54B of the Lugano Convention. It is based on the principle that the Lugano Convention will not apply to relations among the EU Member States, but will apply where one of the other countries mentioned above is involved. The text may be found in *O.J.* 1988 L 319, p. 9.

"Jenard–Möller Report" = Report by Paul Jenard and Gustaf Möller on the Lugano Convention, published in *O.J.* 1990 C 189, p. 57.

"Brussels Regulation" = Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *O.J.* 2001 L 12, p. 1. It applies among all the EU Member States except Denmark and replaces the Brussels Convention in the mutual relations between those States to which it applies.

"Preliminary draft Convention 1999" = Preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of 1999. This was an earlier, much larger version of the present preliminary draft Convention drawn up within the Hague Conference on Private International Law in 1999. It covered much the same ground as the Brussels and Lugano Conventions. Work on it was put on

[1] There are also reports on the Accession Convention for Greece (D.I. Evrigenis & K.D. Kerameus), *O.J.* 1986 C 298, p. 1; and on the Accession Convention for Spain and Portugal (M. de Almeida Cruz, M. Desantes Real & P. Jenard), *O.J.* 1990 C 189, p. 35.

Lugano. Les travaux sur cet avant-projet ont été suspendus lorsqu'il est apparu qu'il serait difficile de parvenir à un accord à cette époque. Son texte, ainsi qu'un projet de rapport de feu le Professeur Peter Nygh et du Professeur Fausto Pocar, a été publié par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye en août 2000[2].

« **Rapport Nygh / Pocar** » = Rapport sur l'avant-projet de Convention 1999 (voir note 2).

« **Texte provisoire 2001** » = Résumé des résultats de la discussion en Commission II de la première partie de la Session diplomatique en juin 2001[3]. Le grand nombre de crochets dans le texte indique que sur de nombreux points, les délégués ne sont pas parvenus à un accord.

« **Rapport Schulz** » = Rapport d'Andrea Schulz sur les travaux du groupe de travail informel sur le projet des jugements, publié par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye en juin 2003[4].

« **Projet 2003** » = Projet de texte de la Convention préparé par la Commission spéciale sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale en décembre 2003 (Doc. trav. No 49). Ce texte a été le précurseur du texte discuté dans le présent rapport[5].

« **La Convention** » = Cette expression désigne le texte actuel de l'avant-projet de Convention, officiellement appelée « Projet relatif aux accords exclusifs d'élection de for ». Il a été préparé en avril 2004 et publié en qualité de Document de travail No 110 (révisé)[6]. C'est le texte discuté dans le présent rapport. Le texte intégral figure ci-dessous.

Remerciements

Les auteurs du présent Rapport souhaitent exprimer leur reconnaissance envers les auteurs de ces rapports antérieurs, et notamment aux auteurs du Rapport Nygh / Pocar, feu le Professeur Nygh et le Professeur Pocar. Ils souhaitent également remercier de leur assistance Andrea Schulz, du Bureau Permanent, et Gottfried Musger, Président du Comité de rédaction.

Terminologie

La terminologie suivante est utilisée dans la Convention :

« **Tribunal d'origine** » = le tribunal ayant rendu le jugement.

« **État d'origine** » = l'État dans lequel est situé le tribunal d'origine.

« **Tribunal requis** » = le tribunal auquel est adressée la demande de reconnaissance ou d'exécution du jugement.

« **État requis** » = l'État dans lequel est situé le tribunal requis[7].

Dans le présent rapport :

« **État** » (initiale en majuscule) = un État au sens international.

« **état** » (initiale en minuscule) = une unité territoriale d'un État fédéral (par exemple, un état des États-Unis d'Amérique).

Note : les passages en italiques ont pour objet d'identifier les questions en suspens et de proposer des solutions envisageables afin de faciliter les travaux futurs pendant la période de consultation et lors de la Session diplomatique.

INTRODUCTION

1 **Objet de la Convention**. La Convention a pour objet de rendre les accords d'élection de for aussi efficaces que possible dans le cadre des affaires internationales. On espère que la Convention fera pour les accords d'élection de for ce que la Convention de New York de 1958[8] a fait pour les conventions d'arbitrage.

2 **Trois obligations essentielles**. Afin de parvenir à ce but, il est nécessaire d'imposer trois obligations aux tribunaux des États contractants : le tribunal élu doit être tenu de connaître du litige ; toutes les autres juridictions doivent être tenues de se dessaisir ; et le jugement rendu par le tribunal élu doit être reconnu et exécuté par les tribunaux des autres États.

3 **Trois dispositions essentielles**. Ces obligations résultent de trois dispositions essentielles de la Convention, les articles 5, 7 et 9. L'article 5, qui est adressé au tribunal élu, dispose que le tribunal désigné dans un accord exclusif d'élection de for est compétent et doit exercer cette compétence ; l'article 7, adressé à toutes les juridictions d'autres États contractants, dispose que ces juridictions doivent surseoir à statuer ou se dessaisir de la procédure qui leur est soumise ; et l'article 9, qui est adressé au tribunal devant lequel la reconnaissance est recherchée, dispose qu'un jugement rendu par le tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for doit bénéficier de la reconnaissance et de l'exécution.

4 **Le projet initial : une convention « mixte »**. Le projet initial (l'avant-projet de Convention 1999) visait une convention « mixte ». Il s'agit là d'une convention dans laquelle les chefs de compétence sont répartis en trois catégories : une « liste blanche », comportant un certain nombre de chefs de compétence précisés ; une liste « noire », comportant d'autres chefs de compétence précisés ; et une zone dite « grise », composée de tous les autres chefs de compétence en droit interne des États contractants. Le principe est que lorsque le tribunal est compétent d'un chef « blanc », il peut connaître de l'affaire, et le jugement qui en résulte bénéficiera de la reconnaissance et de l'exécution dans les autres États contractants en vertu de la Convention (sous réserve de l'observation de certaines autres conditions). Les motifs en « liste noire » sont interdits : une juridiction d'un État contractant ne peut se déclarer compétente de ces chefs. Les tribunaux sont autorisés à se déclarer compétents des chefs en liste « grise », mais le jugement qui en résulte ne bénéficiera pas de la reconnaissance et de l'exécution en vertu de la Convention[9].

5 Toutefois, à mesure de l'avancement des travaux de rédaction, il est apparu qu'il ne serait pas possible de préparer un texte satisfaisant de convention « mixte » dans un délai

[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 la Commission spéciale », Doc. prél. No 11 d'août 2000, établi par P. Nygh et F. Pocar, *Actes et documents de la Vingtième session*, tome II, *Jugements*.

[3] *Actes et documents de la Vingtième session*, tome II, *jugements*.

[4] A. Schulz, « Rapport sur le travail du Groupe de travail informel sur le projet des jugements, notamment sur le texte préliminaire issu de sa Troisième réunion des 25 au 28 mars 2003 », Doc. prél. No 22 de juin 2003, voir p. 76 du présent tome.

[5] Voir présent tome, p. 397.

[6] Voir présent tome, p. 421.

[7] L'avant-projet de Convention 1999 utilise, dans la version en anglais, « *State addressed* » au lieu de « *requested State* » tel qu'utilisé dans le présent Rapport.

[8] *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958.*

[9] Les instruments européens dans ce domaine (Règlement de Bruxelles, Convention de Bruxelles et Convention de Lugano) sont fondés sur un principe légèrement différent. Lorsque le défendeur est domicilié dans un autre État auquel l'instrument s'applique, il n'existe pas de zone grise : la compétence ne peut être exercée que sur le fondement des motifs indiqués dans l'instrument. Cependant, lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans un tel État, la compétence pourra, sous réserve de certaines exceptions, être exercée de tout chef reconnu par le droit interne ; le jugement qui en résulte devra néanmoins bénéficier de la reconnaissance et de l'exécution dans les autres États.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

hold when it became apparent that it would be difficult to obtain agreement at that time. Its text, together with a draft Report by the late Professor Peter Nygh and Professor Fausto Pocar, was published by the Permanent Bureau of the Hague Conference in August 2000.[2]

"Nygh–Pocar Report" = Report on the preliminary draft Convention 1999 (see footnote 2).

"Interim Text 2001" = Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Session 6–20 June 2001.[3] The large number of square brackets in the text indicates that the delegates were unable to agree on many points.

"Schulz Report" = Report by Dr Andrea Schulz on the work of the informal working group on the Judgments Project, published by the Permanent Bureau of the Hague Conference in June 2003.[4]

"2003 Draft" = Draft text of the Convention, drawn up by the Special Commission on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters in December 2003 (Work. Doc. No 49). This was the forerunner of the text discussed in this Report.[5]

"The Convention" = This refers to the current text of the preliminary draft Convention, officially known as the Draft on Exclusive Choice of Court Agreements. It was drawn up in April 2004 and published as Working Document No 110 (Revised).[6] This is the text discussed in this Report. The full text is set out below in the Annex II to this Report.

Acknowledgements

The authors of the present Report would like to acknowledge their debt to the authors of these earlier reports, especially to the authors of the Nygh–Pocar Report, the late Professor Nygh and Professor Pocar. They would also like to acknowledge the assistance given by Dr Andrea Schulz of the Permanent Bureau and Dr Gottfried Musger, Chairman of the Drafting Committee.

Terminology

The following terminology is used in the Convention:

"Court of origin" = the court which granted the judgment.

"State of origin" = the State in which the court of origin is situated.

"Court addressed" = the court which is asked to recognise or enforce the judgment.

"Requested State" = the State in which the court addressed is situated.[7]

In this Report:

"State" (upper-case "S") = a State in the international sense.

"state" (lower-case "s") = a territorial unit of a federal State (for example, a state in the United States of America)

Note: Passages in italics are intended to identify open issues and propose possible solutions in order to facilitate further work during the consultation period and at the Diplomatic Session.

INTRODUCTION

1 **Objective of the Convention**. The objective of the Convention is to make exclusive choice of court agreements as effective as possible in the context of international business. The hope is that the Convention will do for choice of court agreements what the New York Convention of 1958[8] has done for arbitration agreements.

2 **Three key obligations**. In order to achieve this objective, it is necessary to impose three obligations on the courts of Contracting States: the chosen court must be obliged to hear the dispute; all other courts must be obliged to decline jurisdiction; and the judgment given by the chosen court must be recognised and enforced by courts in other Contracting States.

3 **Three key provisions**. These obligations are laid down by three key provisions in the Convention, Articles 5, 7 and 9. Article 5, which is addressed to the chosen court, provides that the court designated in an exclusive choice of court agreement has jurisdiction and must exercise it; Article 7, which is addressed to all courts in other Contracting States, provides that those courts must suspend or dismiss the proceedings before them; and Article 9, which is addressed to the court in which recognition is sought, provides that a judgment given by the court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement must be recognised and enforced.

4 **The original project: a "mixed" convention**. The original project (the preliminary draft Convention 1999) was intended to be a "mixed" convention. This is a convention in which jurisdictional grounds are divided into three categories. There is a "white list", which contains a number of specified grounds of jurisdiction; there is a "black list", which contains other specified grounds of jurisdiction; and there is the so-called "grey area", which consists of all other grounds of jurisdiction under the national law of Contracting States. The idea is that where the court has jurisdiction on a "white" ground, it can hear the case, and the resulting judgment will be recognised and enforced in other Contracting States under the Convention (provided certain other requirements are satisfied). "Black list" grounds are prohibited: a court of a Contracting State cannot take jurisdiction on these grounds. Courts are permitted to take jurisdiction on the "grey area" grounds, but the resulting judgment will not be recognised under the Convention.[9]

5 As work proceeded on drafting, however, it became apparent that it would not be possible to draw up a satisfactory text for a "mixed" convention within a reasonable period of

[2] "Preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters, adopted by the Special Commission, and Report" by P. Nygh & F. Pocar, Prel. Doc. No 11 of August 2000, *Proceedings of the Twentieth Session*, Tome II, *Judgments*.
[3] See *Proceedings of the Twentieth Session*, Tome II, *Judgments*.
[4] A. Schulz, "Report on the Work of the Informal Working Group on the Judgments Project, in particular on the Preliminary Text Achieved at its Third Meeting – 25 to 28 March 2003", Prel. Doc. No 22 of June 2003, see *supra*, p. 77 of this tome.
[5] See *supra*, p. 397 of this tome.
[6] See *supra*, p. 421 of this tome.
[7] The preliminary draft Convention 1999 uses "State addressed" in the English version instead of "requested State" as used in this Report.
[8] *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958*.
[9] The European instruments in this area (the Brussels Regulation, the Brussels Convention and the Lugano Convention) are based on a slightly different idea. Where the defendant is domiciled in another State to which the instrument applies, there is no grey area: jurisdiction may be exercised only on the grounds laid down in the instrument. Where the defendant is not domiciled in such a State, however, jurisdiction may, subject to certain exceptions, be exercised on any ground permitted by national law; the resulting judgment must nevertheless be recognised and enforced in the other States.

Dogauchi-Hartley Draft Report

raisonnable. Les raisons comprenaient les larges différences entre les règles de compétence existantes dans les différents États et les effets imprévisibles des avancées technologiques, dont l'Internet, sur les règles de compétence que la Convention pourrait édicter. À l'issue de la Première partie de la Dix-neuvième session, tenue en juin 2001, il a été décidé de reporter la décision d'entreprendre des travaux supplémentaires éventuels concernant l'avant-projet de Convention. Afin de trouver un moyen d'avancer, la Commission sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye, réunie en avril 2002, a décidé que le Bureau Permanent, assisté d'un groupe de travail informel, préparerait un texte destiné à être soumis à une Commission spéciale. Il a été décidé que le point de départ de ce processus serait composé des domaines centraux tels que la compétence fondée sur les accords d'élection de for dans les affaires entre professionnels, le consentement, le for du défendeur, les demandes reconventionnelles, les trusts, les dommages matériels et certains autres chefs possibles.

6 Après trois réunions, le groupe de travail informel a proposé que l'objectif soit ramené à une convention sur les accords d'élection de for dans les affaires entre professionnels. Après que des réactions favorables ont été reçues des États membres, une réunion de la Commission spéciale s'est tenue en décembre 2003 pour discuter du projet préparé par le groupe de travail informel. Cette réunion de la Commission spéciale a produit un projet publié en tant que Document de travail No 49. Le projet de Rapport explicatif relatif au Document de travail No 49 est repris sous le Document préliminaire No 25 de mars 2004. Une nouvelle réunion s'est tenue en avril 2004, qui a examiné à nouveau ce document et traité des questions restantes. La réunion d'avril 2004 a produit le projet dans le présent Rapport[10].

7 **La relation entre le projet initial et le projet actuel.** Si nous appliquons la terminologie exposée au paragraphe 4, nous pouvons dire que le projet actuel ne prévoit qu'un seul chef de compétence en liste « blanche » – un accord exclusif d'élection de for. Une juridiction d'un État contractant choisie par un tel accord est tenue d'exercer sa compétence, et les autres États contractants doivent accorder la reconnaissance et l'exécution du jugement qui en résulte conformément à la Convention. Il n'existe pas de liste « noire » au sens indiqué plus haut, bien que les juridictions d'États contractants autres que celui choisi ne soient pas autorisées à exercer de compétence dans une affaire relevant de l'accord. La zone « grise » est donc très large. Elle est composée de toutes les affaires ne relevant pas d'un accord exclusif d'élection de for. En outre, il existe une zone « grise » même lorsqu'il existe bien un accord exclusif d'élection de for : les accords exclusifs d'élection de for concernant les contrats de consommation et contrats de travail, ainsi que certaines autres matières, étant exclus du champ d'application de la Convention (art. 2), les États contractants sont libres d'exercer ou non une compétence dans ces affaires. Les tribunaux des autres États contractants sont libres de reconnaître de tels jugements, ou non.

COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE

Article premier – Champ d'application

8 L'article premier définit le champ d'application de la Convention d'une manière positive en indiquant qu'elle s'applique dans les situations internationales ; l'article 2 le définit négativement en établissant un certain nombre d'exceptions particulières. En outre, le terme « international » est défini de deux manières différentes à l'article 1(2) et 1(3) : le premier le définit aux fins de la compétence, le second aux fins de la reconnaissance et de l'exécution des jugements.

9 **Trois limitations.** Le premier paragraphe de l'article premier explicite que le champ d'application de la Convention est limité de trois manières : elle ne s'applique qu'aux situations internationales ; elle ne s'applique qu'aux accords exclusifs d'élection de for ; et elle ne s'applique qu'en matière civile ou commerciale.

10 **Situations internationales.** La Convention est limitée aux situations internationales parce que le droit interne de l'État en question devrait s'appliquer sans restriction dans les affaires internes ; les autres États n'ont pas d'intérêt légitime dans l'issue de telles situations. Cependant, afin de déterminer ce qui constitue une situation internationale, il faut examiner le sens du terme « État » dans la Convention. Cette question est examinée plus avant ci-dessous[11]. Il faut simplement indiquer ici qu'à certains effets, « État » peut désigner une unité territoriale telle qu'un état des États-Unis d'Amérique ou une province du Canada ; à d'autres, il peut viser un État au sens international (les États-Unis d'Amérique ou le Canada)[12] ; et à d'autres encore, il peut même viser un organisme international tel que la Communauté européenne[13]. Ce qui constitue une situation internationale est donc une question relativement complexe.

11 **Définition d'« international » en matière de compétence.** L'article 1(2) définit « international » aux fins des règles de compétence (figurant au chapitre II de la Convention). Il établit qu'une situation est internationale à moins que les deux conditions suivantes ne soient réunies : premièrement, les parties doivent résider[14] dans l'État contractant du tribunal saisi (qu'il soit ou non le tribunal élu) ; et deuxièmement, les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents au litige (quel que soit le lieu de situation du tribunal élu) ne doivent avoir de lien qu'avec cet État[15]. Cela signifie que les règles de compétence de la Convention s'appliqueront soit si l'une ou plusieurs des parties ne sont pas résidentes dans l'État du tribunal saisi, soit si un autre élément pertinent au litige (autre que le lieu de situation du tribunal élu) a un lien avec un autre État.

12 Un exemple devrait permettre de l'expliciter. Supposons que deux parties résidentes en Allemagne concluent un contrat destiné à être exécuté uniquement en Allemagne, et conviennent d'accorder une compétence exclusive à un tribunal japonais. Si l'une d'entre elles engage une procédure devant un tribunal allemand, ce tribunal ne sera pas tenu d'appliquer l'article 7 (en supposant tous les autres éléments pertinents liés uniquement à l'Allemagne). Cependant, si la procédure est engagée devant le tribunal japonais, la situation sera différente. De son point de vue, la situation sera internationale parce que « les parties ne résident pas dans l'État contractant du tribunal saisi » selon l'article 1(2). Dans l'état actuel de la Convention, le tribunal japonais serait donc tenu par l'article 5 de connaître de l'affaire. Cela pourrait entraîner des actions du tribunal japonais incompatibles avec celles du tribunal allemand. Lors de la Session diplomatique, les

[10] Le Projet relatif aux accords exclusifs d'élection de for, Doc. trav. No 110 révisé, p. 421 du présent tome.

[11] Voir ci-dessous, para. 73 à 75 et 216 à 221.
[12] Voir art. 22.
[13] Voir art. 26(5).
[14] Les règles de détermination de la résidence d'une entité ou personne autre qu'une personne physique figurent à l'art. 4(2).
[15] La date pertinente pour l'application de ce critère n'a pas encore été fixée : doit-il être appliqué aux faits tels qu'ils existent au moment de la conclusion de l'accord, ou de l'engagement de la procédure ? Ou une affaire devrait-elle être considérée comme internationale sauf si les conditions sont remplies à ces deux époques ?

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

time. The reasons for this included the wide differences in the existing rules of jurisdiction in different States and the unforeseeable effects of technological developments, including the Internet, on the jurisdictional rules that might be laid down in the Convention. At the end of the First Part of the Nineteenth Session, held in June 2001, it was decided to postpone a decision on whether further work should be undertaken on the preliminary draft Convention. In order to find a way forward, the Commission on General Affairs and Policy of the Hague Conference, meeting in April 2002, decided that the Permanent Bureau, assisted by an informal working group, should prepare a text to be submitted to a Special Commission. It was decided that the starting point for this process would be such core areas as jurisdiction based on choice of court agreements in business-to-business cases, submission, defendant's forum, counterclaims, trusts, physical torts and certain other possible grounds.

6 After three meetings, the informal working group proposed that the objective should be scaled down to a convention on choice of court agreements in business-to-business cases. After positive reactions from the Member States were received, a meeting of the Special Commission was held in December 2003 to discuss the draft that had been prepared by the informal working group. This meeting of the Special Commission produced a draft text that was published as Working Document No 49. The draft Explanatory Report on Working Document No 49 is contained in Preliminary Document No 25 of March 2004. A further meeting was held in April 2004, which reconsidered this document and dealt with the remaining issues. The April 2004 meeting produced the draft considered in this Report.[10]

7 **The relationship between the original project and the present draft**. If we apply the terminology explained in paragraph 4, we can say that the present draft provides for only one jurisdictional ground in the "white" list – an exclusive choice of court agreement. A court of a Contracting State selected in such an agreement must exercise jurisdiction, and other Contracting States must recognise and enforce the resulting judgment in accordance with the Convention. There is no "black" list in the sense previously explained, though courts of Contracting States other than that selected are not permitted to exercise jurisdiction in a case covered by the agreement. The "grey" area is accordingly very wide. It consists of all cases not covered by an exclusive choice of court agreement. Moreover, a "grey" area exists even where there *is* an exclusive choice of court agreement: since exclusive choice of court agreements concerning consumer contracts and employment contracts as well as some other subject matters are excluded from the scope of the Convention (Article 2), Contracting States are free to exercise, or not to exercise, jurisdiction in such cases. The courts of other Contracting States are free to recognise, or not to recognise, such judgments.

ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY

Article 1 – Scope

8 Article 1 defines the scope of the Convention in a positive way by stating that it applies in international cases; Article 2 defines it in a negative way by laying down a number of specific exceptions. Moreover, "international" is defined in two different ways in Article 1(2) and 1(3): the former defines it for jurisdictional purposes; the latter defines it for the purpose of recognising and enforcing foreign judgments.

9 **Three limitations**. The first paragraph of Article 1 makes clear that the scope of the Convention is limited in three ways: it applies only in international cases; it applies only to exclusive choice of court agreements; and it applies only in civil or commercial matters.

10 **International cases**. The Convention is limited to international cases because the national law of the State in question should apply without restriction in domestic cases: other States have no legitimate interest in the outcome of such cases. However, in determining what constitutes an international case, one has to consider the meaning of "State" in the Convention. This is discussed further below.[11] At this point, it should simply be said that for some purposes "State" can refer to a territorial unit such as a US state or a Canadian province; for other purposes it can refer to a State in the international sense (the United States of America or Canada);[12] and for yet other purposes it can even refer to an international entity such as the European Community.[13] What constitutes an international case is, therefore, a matter of some complexity.

11 **Definition of "international" with regard to jurisdiction**. Article 1(2) defines "international" for the purposes of the rules on jurisdiction (found in Chapter II of the Convention). It states that a case is international unless both the following conditions are satisfied: first, the parties must be resident[14] in the Contracting State of the court seised (whether or not it is the chosen court); and, secondly, the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute (regardless of the location of the chosen court) must be connected only with that State.[15] This means that the rules of the Convention on jurisdiction will apply either if one or more of the parties is not resident in the State of the court seised, or if some other element relevant to the dispute (other than the location of the chosen court) has a connection with some other State.

12 This might be clearer if we give an example. Assume that two parties resident in Germany enter into a contract to be performed only in Germany, and agree that a Japanese court will have exclusive jurisdiction. If one of them brings proceedings before a German court, that court will not have to apply Article 7 (assuming that all other relevant elements are connected only with Germany). However, if proceedings were brought before the Japanese court, the position would be different. From its perspective, the case would be international because "the parties would not be resident in the Contracting State of the court seised" in terms of Article 1(2). As the Convention stands at present, therefore, the Japanese court would be bound under Article 5 to hear the case. This could result in the Japanese court acting inconsistently with

[10] The draft on Exclusive Choice of Court Agreements, Work. Doc. No 110 revised, see *infra* p. 421 of this tome.

[11] See paras 73–75 and 216–221 *infra*.
[12] See Art. 22.
[13] See Art. 26(5).
[14] The rules for determining the residence of an entity or person other than a natural person are set out in Art. 4(2).
[15] The relevant date for the application of this test has not yet been settled: should it be applied to the facts as they stand when the agreement is concluded or when proceedings are commenced? Or should a case be regarded as international unless the conditions are satisfied at both times?

délégués devront examiner si c'est le résultat qu'ils recherchent[16].

13 **Définition d'« international » à l'égard de la reconnaissance et de l'exécution**. L'article 1(3) définit « international » aux fins de la reconnaissance et de l'exécution (chapitre III de la Convention). Il indique simplement qu'une situation est internationale à cet effet lorsque le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée est étranger. Cela signifie qu'une affaire qui n'est pas internationale lorsque le jugement d'origine est rendu devient internationale s'il a vocation à être reconnu ou exécuté dans un autre État contractant.

14 **Accord exclusif d'élection de for**. La principale raison de limiter la Convention aux accords exclusifs d'élection de for est de simplifier sa structure. L'article 5 (qui impose au tribunal élu de connaître de l'affaire) ne pourrait pas s'appliquer en l'état aux accords non exclusifs d'élection de for, car un tribunal autre que le tribunal élu pourrait avoir été saisi en premier, et aurait le droit de connaître de l'affaire si l'accord d'élection de for n'était pas exclusif. Cela donnerait lieu à des questions de litispendance qu'il aurait été difficile de résoudre d'une manière acceptable. En outre, l'article 7 (qui interdit aux tribunaux autres que le tribunal élu de connaître de l'affaire) ne pourrait pas s'appliquer si l'accord d'élection de for n'était pas exclusif.

15 **Matière civile ou commerciale**. La limitation aux matières civiles ou commerciales est normale dans les conventions internationales de ce type. Il est clairement nécessaire d'exclure le droit public et le droit pénal. Le motif de l'utilisation du terme « commerciale » outre « civile » est que dans certains systèmes juridiques, les catégories « civile » et « commerciale » sont considérées comme distinctes et s'excluant mutuellement. L'usage des deux termes est nécessaire pour ces systèmes juridiques[17]. Il ne nuit en rien dans les systèmes où les procédures commerciales sont un sous-ensemble des procédures civiles[18]. Cependant, certaines questions relevant clairement de la catégorie de la matière civile ou commerciale sont néanmoins exclues du champ d'application de la Convention. Elles comprennent : état et capacité des personnes physiques, questions de droit de la famille, testaments et successions, transport de passagers ou marchandises par mer, responsabilité nucléaire, droits réels immobiliers, certaines questions relatives aux personnes morales et quelques questions relatives à certains droits de propriété intellectuelle.

16 L'article 1(1) de l'avant-projet de Convention 1999 comportait une autre disposition indiquant expressément que la Convention ne s'appliquerait pas aux questions fiscales, douanières ou administratives. Cette disposition ne figure pas dans le projet actuel parce qu'elle a été jugée inutile : il a paru évident que de telles questions ne sauraient être civiles ou commerciales. La limite précise entre les questions de droit public et de droit privé soulève une difficulté principalement lorsqu'un État ou autre entité de droit public est partie au contrat. Elle est examinée de manière plus détaillée ci-dessous[19].

[16] *Il serait notamment possible de remplacer les termes « résident dans l'État contractant du tribunal saisi » à l'art. 1(2) par « résident dans le même État contractant ». Cette nouvelle formulation créerait cependant une autre difficulté : lorsque deux ressortissants allemands choisissent un tribunal allemand dans leur accord, le tribunal japonais saisi en dépit de l'accord conclu ne serait pas tenu par l'art. 7 de se dessaisir de l'affaire, car celle-ci n'est pas internationale. En conséquence, la Conférence devrait reconsidérer la définition d'une « affaire internationale » à la lumière des dispositions respectives.*

[17] Il ne serait pas possible d'utiliser le terme « commerciale » seul car il est trop vague dans certains systèmes, et d'une définition trop étroite dans d'autres.

[18] Pour un examen plus détaillé de la « matière civile ou commerciale », voir para. 22 et s. du Rapport Nygh / Pocar (voir ci-dessus note 2).

[19] Voir para. 58 et s.

Article 2 – Exclusions du champ d'application

17 **Contrats de consommation**. L'article 2(1) *a)* dispose que la Convention ne s'applique pas aux accords d'élection de for auxquels est partie une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (le consommateur). De nombreux systèmes juridiques disposent de règles obligatoires destinées à protéger les consommateurs (y compris des règles de compétence exclusive), et ces systèmes ne donneraient pas effet à un accord d'élection de for qui imposerait l'engagement dans un État étranger de procédures relevant d'un contrat de consommation. Cette exclusion couvrirait un contrat entre un consommateur et un non-consommateur, ainsi qu'un contrat entre deux consommateurs.

18 **Contrats de travail**. L'article 2(1) *b)* exclut du champ d'application de la Convention les accords d'élection de for relatifs aux contrats de travail individuels ou collectifs. L'exclusion s'applique également aux procédures délictuelles résultant de la relation de travail, par exemple, si le salarié subit un dommage corporel au travail[20]. Les contrats de travail sont exclus pour les mêmes raisons que les contrats de consommation. Un contrat de travail individuel est conclu entre un employeur et un salarié individuel ; un contrat de travail collectif est conclu entre un employeur ou un groupe d'employeurs et un groupe de salariés ou un organisme tel qu'un syndicat les représentant.

19 **Autres questions exclues**. L'article 2(2) établit que la Convention ne s'applique pas aux matières énumérées aux alinéas *a)* à *l)*[21]. Cependant, comme le précise l'article 2(3), cette exclusion ne s'applique que si une ou plusieurs des matières visées au paragraphe 2 est un « objet » (l'objet ou l'un des objets[22]) de la demande. Cela implique qu'une procédure n'est pas exclue du champ d'application de la Convention si l'une de ces questions est soulevée à titre incident dans une procédure portant sur un autre objet.

20 Il existe plusieurs motifs à l'exclusion des matières visées à l'article 2(2). Dans certains cas, l'intérêt public, ou l'intérêt des tiers, est en cause, de sorte que les parties n'ont pas le droit de régler la question entre elles. En pareil cas, une juridiction particulière aura souvent une compétence à titre exclusif qui ne pourra être évacuée par un accord d'élection de for.

21 **État et capacité**. L'alinéa *a)* concerne l'état et la capacité des personnes physiques.

22 **Droit de la famille et successions**. Les alinéas *b)* à *d)* concernent des questions relatives aux personnes et à la famille nécessitant une attention particulière[23]. À l'alinéa *b)*, les « obligations alimentaires » comprennent les aliments envers les enfants. À l'alinéa *c)*, les « régimes matrimoniaux » comprennent les droits particuliers du conjoint portant sur le domicile conjugal dans certains ressorts ; alors que les « relations similaires » recouvrent une relation au sein de couples

[20] Dans certains États, la loi permet à un salarié d'engager une procédure à l'encontre de l'assureur de l'employeur directement au titre de dommages corporels en cas d'insolvabilité de l'employeur. En pareil cas, la Convention ne s'appliquerait pas non plus à la demande directe du salarié à l'encontre de l'assureur de l'employeur, même s'il y avait un accord exclusif d'élection de for entre l'employeur et l'employé.

[21] Cette liste est dérivée en partie de l'art. 1(2), combiné avec l'art. 22, du Règlement de Bruxelles, et des dispositions équivalentes des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

[22] La version anglaise du texte utilise le terme « *object* » (« objet »), qui est traditionnel dans les conventions de ce type (voir art. 16 de la Convention de Bruxelles, mais aurait tout aussi bien pu dire « *subject* » (« sujet »). Cela est destiné à indiquer une matière dont l'instance traite directement. En français, la distinction est clairement marquée entre les procédures traitant d'une matière donnée à titre principal et celles qui en traitent à titre incident. Cette distinction ne peut être exprimée aussi clairement en anglais. Dans le texte anglais de l'art. 2(3), l'expression « *as an incidental question* » vise à rendre l'idée de « à titre incident » dans le texte français, alors que « *an object of the proceedings* » du texte anglais vise à rendre l'idée de « à titre principal » du texte français.

[23] Certaines de ces questions sont traitées par d'autres Conventions de La Haye.

the German court. At the Diplomatic Session, delegates will have to consider whether this is the result they want.[16]

13 **Definition of "international" with regard to recognition and enforcement**. Article 1(3) defines "international" for the purposes of recognition and enforcement (Chapter III of the Convention). It states simply that a case is international for such purposes if the judgment to be recognised or enforced is foreign. This means that a case that was not international when the original judgment was granted becomes international if it is to be recognised or enforced in another Contracting State.

14 **Exclusive choice of court agreement**. The main reason for limiting the Convention to exclusive choice of court agreements was to simplify its structure. Article 5 (which requires the chosen court to hear the case) could not apply as it stands to non-exclusive choice of court agreements, since a court other than the chosen court might have been seised first, and it would be entitled to hear the case if the choice of court agreement was not exclusive. This would raise issues of *lis pendens* that would have been difficult to resolve in an acceptable way. Moreover, Article 7 (which prohibits courts other than that chosen from hearing the case) could not apply if the choice of court agreement was not exclusive.

15 **Civil or commercial matters**. The limitation to civil or commercial matters is standard in international conventions of this kind. It is clearly necessary to exclude public law and criminal law. The reason for using the word "commercial" as well as "civil" is that in some legal systems "civil" and "commercial" are regarded as separate and mutually exclusive categories. The use of both terms is necessary for those legal systems.[17] It does no harm with regard to systems in which commercial proceedings are a sub-category of civil proceedings.[18] However, certain matters that clearly fall within the class of civil or commercial matters are nevertheless outside the scope of the Convention. These include: status and legal capacity of natural persons, family law matters, wills and succession, carriage of passengers or goods by sea, nuclear liability, rights *in rem* in immovable property, certain questions relating to legal persons (corporations) and some issues concerning certain intellectual property rights.

16 Article 1(1) of the preliminary draft Convention 1999 contained a further provision expressly stating that the Convention would not apply to revenue, customs or administrative matters. This provision was not included in the current draft because it was thought to be unnecessary: it was considered obvious that such matters could not be civil or commercial. The precise borderline between public law matters and private law matters is mainly a problem when a State or other public law entity is a party to the contract. It is considered further below.[19]

Article 2 – Exclusions from scope

17 **Consumer contracts**. Article 2(1) *a)* provides that the Convention does not apply to choice of court agreements to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party. Many legal systems have mandatory rules to protect consumers (including rules on exclusive jurisdiction), and these systems would not give effect to a choice of court agreement that required proceedings under a consumer contract to be brought in a foreign State. This exclusion would cover an agreement between a consumer and a non-consumer, as well as one between two consumers.

18 **Employment contracts**. Article 2(1) *b)* excludes from the scope of the Convention choice of court agreements relating to individual or collective contracts of employment. The exclusion also applies to actions in tort arising out of the employment relationship – for example, if the employee suffers personal injury while at work.[20] Employment contracts are excluded for the same reason as consumer contracts. An individual contract of employment is one between an employer and an individual employee; a collective contract of employment is one between an employer or a group of employers and a group of employees or an organisation such as a trade union (labour union) representing them.

19 **Other excluded matters**. Article 2(2) states that the Convention does not apply to the matters listed in sub-paragraphs *a)* to *l)*.[21] However, as is made clear by Article 2(3), this exclusion applies only where one of the matters referred to in paragraph 2 is an "object" (the subject or one of the subjects)[22] of the proceedings. This means that proceedings are not excluded from the scope of the Convention if one of these matters arises incidentally in proceedings that have some other matter as their object or subject.

20 There are various reasons why the matters referred to in Article 2(2) are excluded. In some cases, the public interest, or the interests of third parties, is involved, so that the parties have no right to dispose of the matter between themselves. In such cases, a particular court will often have exclusive jurisdiction that cannot be ousted by means of a choice of court agreement.

21 **Status and capacity**. Sub-paragraph *a)* concerns the status and capacity of natural persons.

22 **Family law and succession**. Sub-paragraphs *b)* to *d)* concern family law and succession.[23] In sub-paragraph *b)*, "maintenance" includes child support. In sub-paragraph *c)*, "matrimonial property" includes the special rights that a spouse has to the matrimonial home in some jurisdictions; while "similar relationships" covers a relationship between

[16] *It might be one idea to replace the words "resident in the Contracting State of the court seised" in Art. 1(2) by «resident in the same Contracting State". But this new wording would create another problem: When two Germans chose a German court in their agreement, the Japanese court which is seised in spite of the agreement would not be bound by Art. 7 to dismiss the case since the case is not international. Accordingly, the meeting would have to reconsider the appropriate definition of an "international case" in light of the respective provisions.*

[17] It would not be possible to use "commercial" alone because in some systems it is too vague and in others it is too narrowly defined.

[18] For further discussion of "civil or commercial matters", see paras 22 *et seq.* of the Nygh–Pocar Report (*supra* note 2).

[19] See paras 58 *et seq.*

[20] In some States, the law permits an employee to bring a direct action against the employer's insurer with regard to personal injury claims where the employer is insolvent. In this case, the Convention would also not apply to the employee's direct claim against the employer's insurer even if there was an exclusive choice of court agreement between the employer and the employee.

[21] This list is partly derived from Art. 1(2), combined with Art. 22, of the Brussels Regulation, and equivalent provisions in the Brussels and Lugano Conventions.

[22] The text uses the word "object", the word traditionally used in conventions of this kind (*cf.* Art. 16 of the Brussels Convention), but it might just as well have said "subject". It is intended to mean a matter with which the proceedings are directly concerned. In French, there is a well understood distinction between proceedings that deal with a given matter *à titre principal* and those that deal with it *à titre incident*. This distinction cannot be expressed so clearly in English. In the English text of Art. 2(3), the phrase "as an incidental question" is meant to convey the same idea as "*à titre incident*" in the French text, while the phrase "an object of the proceedings" in the English text is meant to convey the same idea as "*à titre principal*" in the French text.

[23] Some of these matters are dealt with in other Hague Conventions.

non mariés (y compris ceux du même sexe), dans la mesure où elle est reconnue en droit[24].

23 **Insolvabilité**. L'alinéa *e)* exclut l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues. Le terme « insolvabilité » recouvre la faillite personnelle ainsi que la dissolution ou liquidation de personnes morales insolvables, mais ne recouvre pas la dissolution ou liquidation de personnes morales pour des motifs autres que l'insolvabilité, qui relèvent de l'alinéa *j)*. Le terme « concordat » vise les procédures dans le cadre desquelles le débiteur peut conclure des conventions avec les créanciers en vue d'un moratoire sur le paiement des dettes ou d'être libéré de ces dettes. Le terme « matières analogues » recouvre une large gamme d'autres méthodes permettant aux personnes physiques ou morales insolvables d'être aidées à retrouver la solvabilité tout en poursuivant leur activité, à l'instar du chapitre 11 du Code fédéral de la faillite des États-Unis d'Amérique[25].

24 Seules les procédures concernant directement l'insolvabilité sont exclues du champ d'application de la Convention. Supposons par exemple que A et B concluent un contrat, en vertu duquel B doit une somme d'argent à A. Le contrat comporte un accord d'élection de for désignant les tribunaux de l'État X. B devient ensuite insolvable. La Convention s'appliquerait à toute procédure concernant la question de savoir si B devait réellement l'argent à A, mais ne s'appliquerait pas à une procédure traitant du rang de priorité de A parmi les créanciers de B, même si l'accord d'élection de for était interprété comme la recouvrant.

25 **Transport de passagers ou de marchandises par mer**. L'alinéa *f)* exclut les contrats de transport de passagers ou de marchandises[26] par mer. Les contrats de transport de marchandises par mer ont été exclus parce que les États parties aux Règles de La Haye en matière de connaissements[27] pourraient ne pas être disposés à accepter une clause d'élection de for dans un connaissement si elle attribue une compétence aux juridictions d'un État qui n'est pas partie aux Règles, car cela permettrait à l'armateur du navire d'échapper aux dispositions d'ordre public figurant dans les Règles[28]. Un second motif est que cette question fait l'objet d'un nouveau projet de la CNUDCI et que la Conférence ne souhaite pas interférer[29]. *La question des autres matières maritimes reste à trancher. Les procédures affectant les intérêts de tiers, telles que la limitation de responsabilité des armateurs ou les avaries communes, soulèvent des questions particulières.*

26 **Entraves à la concurrence / anti-trust**. Les procédures relatives aux entraves à la concurrence / anti-trust sont exclues par l'alinéa *g)*. Cela vise les procédures telles que celles pouvant être engagées en vertu des Lois Sherman et Clayton aux États-Unis, des articles 81 et 82 (anciennement 85 et 86) du Traité CE, et de dispositions équivalentes dans d'autres États. Le terme habituel aux États-Unis d'Amérique est « *anti-trust law* » ; en Europe on parle de « droit de la concurrence ». Cela ne recouvre pas ce que les juristes européens appellent parfois « concurrence déloyale ».

27 Les procédures pénales en matière d'entraves à la concurrence / anti-trust ne sont pas des questions civiles ou commerciales ; elles sont donc exclues du champ d'application de la Convention par l'article 1(1)[30].

28 Cependant, les questions de concurrence / anti-trust peuvent faire l'objet d'instances de droit privé. Une demande délictuelle de dommages et intérêts au titre d'une infraction au droit de la concurrence / anti-trust, qui est possible à la fois aux États-Unis d'Amérique et dans l'Union européenne, en est un parfait exemple. Ces instances sont exclues par l'article 2(2) *g)* parce que bien qu'entre parties privées, elles affectent néanmoins l'intérêt public, puisqu'elles découragent les comportements anticoncurrentiels.

29 Un autre exemple est la règle édictée par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Courage Ltd.* c. *Crehan*[31], selon laquelle une partie en situation de faiblesse économique, contrainte d'accepter dans un contrat des termes qui enfreignent le droit communautaire de la concurrence, peut réclamer des dommages et intérêts à l'autre partie. Cette règle a un double objet : rendre justice à la partie en situation de faiblesse économique et favoriser l'intérêt public. Il serait injuste de permettre à la partie en position de force économique de s'y dérober au moyen d'un accord d'élection de for en faveur de la loi d'un État non membre de l'Union européenne combinée avec une clause de choix de loi en faveur des tribunaux de cet État.

30 En revanche, si une personne en poursuit une autre en vertu d'un contrat, et que le défendeur prétend que le contrat est nul parce que contraire au droit de la concurrence / anti-trust, la procédure *n'est pas exclue* du champ d'application de la Convention, car ne portant pas à titre principal sur les questions de concurrence / anti-trust, qui ne sont soulevées qu'à titre incident[32]. L'objet à titre principal de la procédure est la demande résultant du contrat : la question principale soumise au tribunal est celle de savoir si une condamnation doit être prononcée à l'encontre du défendeur parce qu'il a enfreint le contrat.

31 **Responsabilité nucléaire**. Elle fait l'objet de diverses conventions internationales, prévoyant que l'État dans lequel l'accident est survenu a compétence exclusive sur les demandes de dommages et intérêts en responsabilité civile résultant de l'accident[33]. L'article 23 accorde à ces conventions priorité sur la présente Convention. Cependant, certains États disposant de centrales nucléaires ne sont parties à aucune des conventions en matière de responsabilité nucléaire[34]. De tels États seront réticents à permettre l'engagement de procédures dans un autre État en vertu d'un accord d'élection de for, car, lorsque les exploitants des centrales nucléaires bénéficient d'une responsabilité limitée en vertu du droit de l'État en question, ou lorsque l'indemnisation des dommages est réalisée sur fonds publics, une procédure collective unique dans cet État en vertu de son droit interne serait nécessaire afin de parvenir à une solution uniforme en matière de responsabilité et à une répartition équitable d'un fonds limité parmi les victimes.

32 **Compétence exclusive**. L'avant-projet de Convention 1999 comportait une disposition particulière sur la compétence exclusive. Elle figurait à l'article 12, et recouvrait quatre questions : droits réels immobiliers, personnes morales, registres publics, et la validité de certains droits de propriété intellectuelle. La Convention actuelle ne traitant que de la

[24] Ces dispositions sont largement tirées des alinéas *a)* à *d)* de l'art. 1(2) de l'avant-projet de Convention 1999, et leur champ d'application est examiné de manière plus détaillée aux para. 29 et s. du Rapport Nygh / Pocar.
[25] Une disposition identique figure à l'art. 1(2) *e)* de l'avant-projet de Convention 1999, et son champ d'application est examiné de manière plus détaillée aux para. 38 et s. du Rapport Nygh / Pocar.
[26] « Marchandises » comprend ici les bagages de passagers.
[27] Elles ont été adoptées en 1924 et modifiées par le Protocole de Bruxelles de 1968. Elles sont parfois dénommées « Règles de La Haye-Visby ».
[28] Un autre moyen de traiter ce problème serait de disposer que, dans une procédure portant sur le transport de marchandises par mer, un État contractant partie aux Règles de La Haye (ou tout accord futur qui les remplacerait) ne serait pas tenu de donner effet à un accord d'élection de for en faveur des tribunaux d'un État qui n'est pas partie à ces Règles.
[29] Cela pourrait également être traité dans le cadre de l'art. 23.
[30] Cela concerne à la fois les procédures pénales en vertu du droit anti-trust des États-Unis d'Amérique et les procédures quasi-pénales en vertu des art. 81 et 82 du Traité CE.
[31] Affaire C-453/99, Rec. 2001, I-6297 ; [2001] 3 WLR 1643.
[32] Voir art. 2(3).
[33] La *Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire* de 1960 ; la *Convention supplémentaire à la Convention de Paris* de 1963 ; la Convention de Vienne de 1963 ; le *Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris* de 1988.
[34] Par exemple, le Canada, la Chine, la Corée, les États-Unis d'Amérique et le Japon.

unmarried couples (including those of the same sex), to the extent that it is given legal recognition.[24]

23 **Insolvency**. Sub-paragraph *e)* excludes insolvency, composition and analogous matters. The term "insolvency" covers the bankruptcy of individuals as well as the winding-up or liquidation of corporations that are insolvent, but does not cover the winding-up or liquidation of corporations for reasons other than insolvency, which is dealt with by sub-paragraph *j)*. The term "composition" refers to procedures whereby the debtor may enter into agreements with creditors in respect of a moratorium on the payment of debts or on the discharge of those debts. The term "analogous matters" covers a broad range of other methods whereby insolvent persons or entities can be assisted to regain solvency while continuing to trade, such as Chapter 11 of the United States Federal Bankruptcy Code.[25]

24 Only proceedings directly concerning insolvency are excluded from the scope of the Convention. Assume, for example, that A and B enter into a contract, under which B owes A a sum of money. The contract contains a choice of court agreement in favour of the courts of State X. B then becomes insolvent. The Convention would apply to any proceedings concerning the question whether B did in fact owe A the money, but it would not apply to proceedings concerned with the question where A ranks among B's creditors, even if the choice of court agreement was interpreted as covering them.

25 **Carriage of passengers or goods by sea**. Sub-paragraph *f)* excludes contracts for the carriage of passengers or goods[26] by sea. Contracts for the carriage of goods by sea were excluded because States that are parties to the Hague Rules on Bills of Lading[27] might be unwilling to accept a choice of court clause in a bill of lading if it granted jurisdiction to the courts of a State that was not a party to the Rules, since this could allow the ship owner to evade the mandatory provisions laid down in the Rules.[28] A second reason is that this matter forms the subject of a new project by UNCITRAL and the Conference did not want to interfere with that.[29] *The question of other maritime matters is still to be resolved. Proceedings, such as the limitation of ship owners' liability or general average, that affect the interests of third parties raise special issues.*

26 **Anti-trust / competition**. Anti-trust / competition matters are excluded by sub-paragraph *g)*. This refers to proceedings of the kind that may be brought under the Sherman and Clayton Acts in the United States of America, under Articles 81 and 82 (formerly Articles 85 and 86) of the EC Treaty, and under equivalent provisions in other countries. The standard term in the United States is "anti-trust law"; in Europe it is "competition law". It does not cover what continental lawyers sometimes call "unfair competition" (*concurrence déloyale*).

27 Criminal anti-trust / competition proceedings are not civil or commercial matters; therefore, they are outside the scope of the Convention by virtue of Article 1(1).[30]

28 However, anti-trust / competition matters can form the subject of private law proceedings. An action in tort for damages for breach of anti-trust / competition law, possible both in the United States of America and in the European Union, is a prime example. These actions are excluded by Article 2(2) *g)* because, though they are between private parties, they nevertheless affect the public interest, since they discourage anti-competitive behaviour.

29 Another example is the rule laid down by the European Court of Justice in *Courage Ltd* v. *Crehan*,[31] under which an economically weak party, who is forced to accept terms in a contract that infringe EC competition law, can claim damages from the other party. The purpose of this rule is twofold: to do justice to the economically weak party and to benefit the public interest. It would be wrong to allow the economically strong party to avoid it by means of a choice of court agreement in favour of the court of a non-EU State, coupled with a choice of law clause in favour of the law of that State.

30 On the other hand, if a person sues someone under a contract, and the defendant claims that the contract is void because it infringes anti-trust / competition law, the proceedings are *not* outside the scope of the Convention, since anti-trust / competition matters are not the object or subject of the proceedings, but arise merely as an incidental question.[32] The object or subject of the proceedings is the claim under the contract: the principal issue before the court is whether judgment should be given against the defendant because he or she has committed a breach of contract.

31 **Nuclear liability**. This is the subject of various international conventions, which provide that the State where the nuclear accident takes place has exclusive jurisdiction over actions for damages for liability resulting from the accident.[33] Article 23 gives those conventions priority over this Convention. However, there are some States with nuclear power plants that are not parties to any of the nuclear liability conventions.[34] Such States would be reluctant to allow legal proceedings to be brought in another State by virtue of a choice of court agreement, since, where the operators of the nuclear power plants benefit from limited liability under the law of the State in question, or where compensation for damage is paid out of public funds, a single collective procedure in that State under its internal law would be necessary in order to have a uniform solution in respect of liability and an equitable distribution of a limited fund among the victims.

32 **Exclusive jurisdiction**. In the preliminary draft Convention 1999, there was a special provision on exclusive jurisdiction. It was contained in Article 12, and covered four matters: rights *in rem* in immovable property, legal persons, public registers, and the validity of certain intellectual property rights. Since the current preliminary draft Convention

[24] These provisions are largely taken from sub-paras *a)* to *d)* of Art. 1(2) of the preliminary draft Convention 1999, and their scope is further examined at paras 29 *et seq.* of the Nygh–Pocar Report.
[25] There is an identical provision in Art. 1(2) *e)* of the preliminary draft Convention 1999, and its scope is further examined at paras 38 *et seq.* of the Nygh–Pocar Report.
[26] Here "goods" includes passengers' luggage.
[27] They were adopted in 1924 and were amended by the Brussels Protocol of 1968. They are sometimes called the "Hague–Visby Rules".
[28] An alternative way of dealing with this problem would be to provide that, in proceedings concerning carriage of goods by sea, a Contracting State that was a Party to the Hague Rules (or any future agreement replacing them) would not be required to give effect to a choice of court agreement in favour of the courts of a State that was not a Party to those Rules.
[29] This could also be dealt with under Art. 23.
[30] This applies both to criminal proceedings under United States anti-trust law and to the quasi-criminal proceedings under Arts 81 and 82 of the EC Treaty.
[31] Case C-453/99, [2001] ECR I-6297; [2001] 3 WLR 1643.
[32] See Art. 2(3).
[33] The 1960 *Paris Convention on Third-Party Liability in the Field of Nuclear Energy*; the 1963 *Convention Supplementary to the Paris Convention*; the 1963 Vienna Convention; the 1988 *Joint Protocol relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention*.
[34] For example, Canada, China, Japan, Korea and the United States of America.

compétence fondée sur des accords exclusifs d'élection de for, il a été décidé d'exclure ces questions du champ d'application de l'avant-projet de Convention car les accords d'élection de for ne sont généralement pas permis à leur égard.

33 **Biens immobiliers**. L'alinéa *i)* exclut les droits réels immobiliers. Ce concept devrait être interprété comme ne concernant que les procédures relatives à la propriété ou la jouissance de l'immeuble, ou d'autres droits réels y afférents, et non les procédures relatives aux immeubles qui ne portent pas à titre principal sur un droit réel[35]. L'une des explications couramment formulées de la compétence exclusive dans ce domaine est la souveraineté territoriale de l'État de situation du bien immeuble. Ainsi, l'État A ne peut autoriser les tribunaux de l'État B à décider qui est propriétaire d'un bien immeuble situé sur le territoire de A. En conséquence, il peut être considéré comme étant naturel que l'État de situation du bien immeuble dispose d'une compétence exclusive sur les procédures portant à titre principal sur des droits réels immobiliers; la Convention ne s'applique donc pas aux accords d'élection de for dans de telles instances.

34 **Baux d'immeubles**. Il a été proposé que les baux d'immeubles devraient également relever de l'alinéa *i)*[36]. La raison en est que dans certains pays, ils sont soumis à une réglementation spéciale destinée à protéger les locataires. Dans la mesure où cette réglementation s'applique aux domiciles particuliers, le locataire sera un consommateur au sens de l'article 2(1) *a)* et l'accord sera exclu en vertu de cette disposition. Cependant, la réglementation peut s'appliquer aussi dans d'autres situations.

35 **Personnes morales**. L'alinéa *j)* exclut la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, et la validité des décisions de ses organes[37]. Le motif de cette exclusion est semblable à celui indiqué ci-dessus à l'égard des biens immobiliers. Les personnes morales étant créées par l'autorité souveraine de l'État, il peut être considéré comme étant naturel que les tribunaux de l'État où elles sont établies aient compétence exclusive sur les procédures portant à titre principal sur les questions susvisées. En conséquence, la Convention ne s'applique pas aux accords d'élection de for dans de telles procédures.

36 **Propriété intellectuelle**. Les dispositions du projet de 2003, relatives à la propriété intellectuelle ont été largement reformulées, mais aucun changement significatif de politique n'a été voulu. Elles constituent désormais l'alinéa *k)* de l'article 2(2)[38], qui fait une distinction entre le droit d'auteur et les droits voisins d'une part, et tous les autres droits de propriété intellectuelle, d'autre part. Ils seront examinés séparément.

37 **Droits d'auteur et droits voisins**. Les droits d'auteur et droits voisins sont intégralement couverts par la Convention.

38 Les droits voisins comprennent par exemple les droits des interprètes (tels que comédiens et musiciens) portant sur leurs prestations, les droits des producteurs d'enregistrements sonores (par exemple, enregistrements sur cassette et CD) portant sur leurs enregistrements, et les droits des organismes de diffusion portant sur leurs émissions radiophoniques et télévisées. Le droit d'auteur en tant que tel est fondé sur la création d'une œuvre nouvelle (par exemple, la composition d'une chanson ou la rédaction d'un livre), alors que les droits voisins protègent une utilisation particulière d'une œuvre existante (par exemple, au moyen de son interprétation, sa diffusion ou son enregistrement) par une personne autre que l'auteur de l'œuvre. Ils protègent l'apport supplémentaire du diffuseur, interprète ou producteur d'enregistrement.

39 **Autres droits de propriété intellectuelle**[39]. Les droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins sont exclus de la Convention, sauf dans le cadre de litiges fondés sur un contrat. Cette indication est toutefois susceptible de donner une impression fausse. La Convention ne s'appliquant qu'à la compétence résultant d'accords exclusifs d'élection de for, les affaires normales de piraterie ne seraient en tout état de cause pas couvertes: les pirates ne conviennent pas d'accords d'élection de for. De tels accords ne figurent normalement que dans les contrats traitant de droits de propriété intellectuelle. Par conséquent, il n'est pas très significatif que la Convention ne recouvre les droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins que dans le cadre de litiges fondés sur un contrat: ce n'est que dans le cadre de tels litiges que la possibilité d'appliquer la Convention est susceptible de survenir.

40 « Litiges fondés sur des contrats » vise les litiges tendant à faire valoir des droits matériels[40] en vertu d'un contrat (par exemple, par voie d'injonction)[41], d'obtenir des dommages et intérêts pour la violation de ces droits, d'obtenir le paiement de redevances en vertu du contrat, d'interpréter un contrat, le faire annuler, ou le faire déclarer non écrit, ou d'obtenir une déclaration de décharge de responsabilité en application de celui-ci.

41 **Contrats visés**. La Convention est destinée à recouvrir une large gamme de contrats traitant de propriété intellectuelle. Les contrats de licence et contrats de cession d'un droit de propriété intellectuelle sont les exemples les plus évidents, mais les contrats de distribution, d'entreprise commune et de mandat ont tous vocation à être couverts dans la mesure où ils concernent la propriété intellectuelle. *Des interrogations ont été soulevées en séance plénière quant à savoir si l'expression « des contrats accordant une licence ou cédant de tels droits de propriété intellectuelle » est suffisamment étendue pour recouvrir ce qui était visé. Une expression envisagée précédemment par le Groupe de Travail sur la Propriété Intellectuelle « contrats pour la cession ou l'utilisation de tels droits de propriété intellectuelle » pourrait être préférable. Une autre possibilité serait « sauf dans le cadre de litiges portant sur un droit matériel résultant d'un contrat ». Il sera nécessaire de réexaminer cette question lors de la Conférence diplomatique.*

42 **Litiges portant sur une contrefaçon**. Il était prévu que la Convention s'applique aux contentieux portant sur l'étendue d'une licence de propriété intellectuelle. Une telle procédure pourra être engagée en responsabilité contractuelle ou délictuelle. Dans certains pays, les parties ne sont tenues que de plaider les faits; il appartient au tribunal de les qualifier en droit. Le choix par le tribunal de la responsabilité contractuelle ou délictuelle pourra dépendre de ce qui est le plus facile à prouver. Dans d'autres pays, les parties elles-mêmes décident de poursuivre en contrat ou en délit. Elles peuvent avoir de bonnes raisons de choisir l'une ou l'autre solution

[35] Pour la signification d'une disposition semblable à l'art. 16(1) *a)* de la Convention de Bruxelles, voir *Webb* c. *Webb*, Aff. C-294/92, Rec. 1994, I-1717; *Reichert* c. *Dresdner Bank*, Aff. C-115/88, Rec. 1990, I-27; *Lieber* c. *Göbel*, Aff. C-292/93, Rec. 1994, I-2535; voir en outre A. Dicey et J. Morris, *The Conflict of Laws* (13e éd., 2000 par L. Collins et des rédacteurs spécialistes, Sweet and Maxwell, Londres), para. 23-010 à 23-015 (p. 941-943); H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe* (3e éd., 2002, LGDJ, Paris), para. 102 (p. 74).

[36] Cette disposition figure entre crochets car il n'en a pas encore été convenu.

[37] La même expression figure (avec des différences de formulation uniquement) à l'art. 12(2) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure aux para. 170 et 171.

[38] Cet alinéa figure entre crochets pour indiquer qu'il n'en a pas encore été convenu. Une délégation a soulevé la question de savoir si le folklore et les savoirs traditionnels devraient se voir accorder une considération particulière à titre de droits de propriété intellectuelle. Cette question n'a pas encore été pleinement discutée.

[39] Les paragraphes suivants du présent Rapport ne traitent que des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins.

[40] Un droit matériel est un droit autre que procédural. Le seul fait que les parties ont conclu un accord d'élection de for ne signifie pas que tout litige engagé en vertu de cet accord est un litige fondé sur un contrat.

[41] Il s'agit ici d'une injonction définitive. La Convention n'interdit pas l'octroi d'injonctions provisoires, mais cela ne relèverait pas de la Convention: voir art. 8.

deals only with jurisdiction based on exclusive choice of court agreements, it was decided to exclude these matters from the scope of the Convention since choice of court agreements are not normally allowed with respect to them.

33 **Immovable property**. Sub-paragraph *i)* excludes rights *in rem* in immovable property. This concept should be interpreted as relating only to proceedings concerning ownership or possession of, or other rights *in rem* in, the immovable, not proceedings about immovables which do not have as their object or subject a right *in rem*.[35] It is said that one of the explanations for exclusive jurisdiction in this respect is the territorial sovereignty of the State where the immovable is situated. Thus, State A cannot allow the courts of State B to decide who is the owner of an immovable within State A's territory. Accordingly, it might be regarded as natural for the State in which the immovable is situated to have exclusive jurisdiction over proceedings which have as their object or subject rights *in rem* in immovable property; consequently, the Convention does not apply to choice of court agreements in such proceedings.

34 **Tenancies**. It has been proposed that tenancies in immovable property should also be covered by sub-paragraph *i)*.[36] This is because, in some countries, they are subject to special legislation designed to protect the tenant. To the extent that this legislation applies to private homes, the tenant would constitute a consumer under Article 2(1) *a)* and the agreement would be excluded under that provision. However, the legislation may apply in other situations as well.

35 **Legal persons**. Sub-paragraph *j)* excludes the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs.[37] The reason for this exclusion is similar to that stated above with regard to immovable property. As legal persons are created by the sovereign power of the State, it might be regarded as natural for the courts of the State where they were established to have exclusive jurisdiction over proceedings which have as their object or subject the matters mentioned above. Accordingly, the Convention does not apply to choice of court agreements in such proceedings.

36 **Intellectual property**. The provisions on intellectual property in the 2003 Draft have been substantially reformulated, but no significant policy change was intended. They now constitute sub-paragraph *k)* to Article 2(2),[38] which draws a distinction between copyright and related rights, on the one hand, and all other intellectual property rights on the other hand. These will be discussed separately.

37 **Copyright and related rights**. Copyright and related rights are fully covered by the Convention.

38 Examples of related rights include: rights of performers (such as actors and musicians) in their performances, rights of producers of sound recordings (for example, cassette recordings and CDs) in their recordings, and rights of broadcasting organisations in their radio and television programmes. Copyright as such is based on the creation of a new work (for example, the composition of a song or the writing of a book), while related rights protect a specific use of an existing work (for example, by performing, broadcasting or recording it) by someone other than the author of the work. They protect the additional contribution of the broadcaster, actor or record producer.

39 **Other intellectual property rights**.[39] Intellectual property rights other than copyright and related rights are excluded from the Convention, except in proceedings pursuant to a contract. This statement might, however, give a false impression. Since the Convention applies only to jurisdiction based on exclusive choice of court clauses, the normal run of piracy cases would not be covered in any event: pirates do not agree to choice of court clauses. Such clauses normally appear only in contracts that deal with intellectual property rights. Consequently, it is not very significant that the Convention covers intellectual property rights other than copyright and related rights only in proceedings pursuant to a contract: it is only in such proceedings that the possibility of applying the Convention is likely to arise.

40 "Proceedings pursuant to a contract" means proceedings to enforce substantive rights[40] under a contract (for example, by injunction)[41], to obtain damages for the breach of such rights, to obtain payment of royalties under a contract, to interpret a contract, to set it aside, to declare that it never existed, or to obtain a declaration of non-liability under it.

41 **Contracts covered**. The Convention is intended to cover a broad range of contracts dealing with intellectual property. Licence agreements and agreements to assign an intellectual property right are the most obvious examples, but distribution contracts, joint venture agreements and agency agreements are all intended to be covered in so far as they involve intellectual property. *Questions were raised in the plenary session whether the phrase "a contract which licenses or assigns such intellectual property rights" is wide enough to cover what was intended. A phrase considered earlier by the Intellectual Property Working Group, "a contract for the transfer or use of such intellectual property rights", might be better. Another possibility is "except in proceedings concerning a substantive right under a contract". This question will have to be reconsidered at the Diplomatic Session.*

42 **Infringement proceedings**. It was intended that the Convention should apply to litigation concerning the scope of an intellectual property licence. Such proceedings may be brought either in contract or in tort. In some countries, the parties are required only to plead the facts: it is for the court to determine the appropriate legal characterisation. Whether the court chooses contract or tort may depend on which is easier to prove. In other countries, the parties themselves decide whether to sue in contract or tort. They may have good reasons (such as the opportunity to obtain higher damages)

[35] For the meaning of a similar provision in Art. 16(1) *a)* of the Brussels Convention, see *Webb* v. *Webb*, C-294/92, [1994] ECR I-1717; *Reichert* v. *Dresdner Bank*, Case C-115/88, [1990] ECR I-27; *Lieber* v. *Göbel*, Case C-292/93, [1994] ECR I-2535; see further A. Dicey & J. Morris, *The Conflict of Laws* (13th ed., 2000 by L. Collins & specialist editors, Sweet and Maxwell, London), paras 23–010 to 23–015 (pp. 941–943); H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe* (3rd ed., 2002, LGDJ, Paris), para. 102 (p. 74).

[36] This provision is in square brackets because it has not yet been agreed.

[37] This same phrase appears (with purely verbal differences) in Art. 12(2) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on it in the Nygh–Pocar Report is at paras 170 and 171.

[38] This sub-paragraph is in square brackets to indicate that it has not yet been agreed. One delegation raised the question whether there should be special consideration given to folklore and traditional knowledge as intellectual property rights. This has not yet been fully discussed.

[39] The following paragraphs of this Report deal only with intellectual property rights other than copyright and related rights.

[40] A "substantive right" is a right other than a procedural right. The mere fact that the parties have concluded a choice of court agreement does not mean that any proceedings brought under that agreement are proceedings pursuant to a contract.

[41] By this is meant a final injunction. The Convention does not preclude the grant of interim injunctions, but this would not be covered by the Convention: see Art. 8.

(telles que la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts plus élevés). La plupart des délégués ont jugé que la question de savoir si une affaire relevait de la Convention ou non ne devrait pas dépendre de ces considérations accessoires. Certains délégués ont jugé que la formulation de l'alinéa *k)* suffisait à couvrir les procédures contractuelles aussi bien que délictuelles sans les termes supplémentaires entre crochets; d'autres étaient d'avis que les termes supplémentaires étaient nécessaires pour éviter les malentendus.

43 **Validité évoquée à titre incident**. Les procédures tendant à la révocation d'un droit de propriété intellectuelle ne sont pas des « litiges fondés sur des contrats »; elles ne sont donc pas couvertes par la Convention, même si elles sont engagées à titre reconventionnel dans le cadre d'une procédure contractuelle[42]. Si le défendeur soulève l'invalidité à titre d'exception à une demande relevant de la Convention, le tribunal peut traiter de cette exception à titre d'étape nécessaire en vue de rendre un jugement sur la réclamation. Selon la terminologie de la Convention, il s'agira d'une « question incidente ». Il en résulte deux conséquences : la première est que la procédure ne sera pas soustraite au champ d'application de la Convention au motif que le tribunal traite de l'exception d'invalidité[43]; la seconde est que la décision relative à la validité du droit de propriété intellectuelle ne peut pas recevoir exécution en tant que telle en vertu de la Convention[44].

44 Cela sera explicité par un exemple. Supposons qu'un concédant engage une procédure pour faire exécuter un contrat de licence de propriété intellectuelle. Le défendeur prétend que le droit de propriété intellectuelle n'est pas valable. Le tribunal rend une décision sur cette exception, jugeant le droit de propriété intellectuelle valable, puis rend un jugement en faveur du demandeur, lui accordant une injonction et des dommages et intérêts. Le jugement pourra être exécuté en vertu de la Convention en dépit du fait que le tribunal n'a pu le rendre qu'après avoir tranché la question incidente de validité[45]. Cependant, la décision sur la validité ne sera pas elle-même susceptible de recevoir la reconnaissance et l'exécution en vertu de la Convention[46] et ne créera pas une inadmissibilité (*estoppel* ou *issue preclusion*[47]) en vertu de la Convention dans d'autres États contractants.

45 *Les paragraphes précédents du présent Rapport*[48] *exposent l'intention de la Conférence. Des doutes ont cependant été exprimés quant à la question de savoir si la rédaction de l'article 2(2)* k) *exprime bien cette intention, notamment à l'égard des décisions portant sur la validité de droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins. Ces problèmes pourraient être résolus en supprimant l'article 2(2)* k) *et en ajoutant une nouvelle disposition, l'article 2(2)* bis*), formulée comme suit :*

2 bis.

a) La Convention ne s'applique pas aux droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins, sauf :

i) dans des litiges fondés sur des contrats tendant à la cession ou l'utilisation de ces droits de propriété intellectuelle ; ou

ii) dans des litiges portant sur une contrefaçon, dans les cas où la contrefaçon aurait pu servir de fondement à un litige entre les parties en vertu de l'alinéa i) ci-dessus.

b) La Convention ne s'applique pas aux jugements ou décisions portant sur la validité de droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur ou droits voisins, même rendus dans un litige relevant de l'alinéa a) *i) ou (ii).*

Il serait alors nécessaire de modifier le paragraphe 2(3) pour disposer que « nonobstant les paragraphes 2 ***et 2*** **bis**, *un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention lorsqu'une matière visée à* ***ces paragraphes*** *est soulevée à titre incident et non à titre principal. »*[49]

46 **Registres publics**. L'alinéa *l)* exclut la validité des inscriptions sur les registres publics[50]. Certains pourraient considérer qu'il ne s'agit pas d'une matière civile ou commerciale. Cependant, certains instruments internationaux[51] prévoyant une compétence exclusive à l'égard de procédures portant à titre principal sur la validité de telles inscriptions, il a été jugé préférable de les exclure explicitement afin de lever toute ambiguïté.

47 **Assurances**. Les contrats d'assurance (ou de réassurance) ne sont pas exclus du champ d'application de la Convention du seul fait qu'ils concernent une des matières visées au paragraphe 2. Le fait que le risque couvert échappe au champ d'application de la Convention ne signifie pas que le contrat d'assurance échappe au champ d'application de la Convention. Ainsi, l'assurance de chargements transportés par voie maritime n'est pas exclue du fait de l'article 2(2) *f)* et l'assurance de la responsabilité pour les dommages nucléaires n'est pas exclue en vertu de l'article 2(2) *h). Eu égard à l'importance de cette question, il pourrait être souhaitable, dans un but de clarté, d'avoir une disposition expresse à cet effet. Elle pourrait être ajoutée à la fin du paragraphe 3 et pourrait être rédigée comme suit : « Notamment, l'assurance (ou la réassurance) n'est pas exclue du champ d'application de la Convention au seul motif qu'elle concerne l'une des matières visées au paragraphe 2 du présent article. »*

48 **Droit procédural**. L'intention n'a pas été que la Convention affecte le droit procédural des États contractants, sauf dans les domaines qui en relèvent expressément (compétence, et reconnaissance et exécution des jugements étrangers). Hors de ces domaines, le droit procédural interne s'applique comme auparavant, même dans le cadre de procédures en vertu de la Convention[52]. Des exemples sont donnés aux paragraphes suivants, mais ils sont loin d'être exhaustifs.

49 La Convention ne s'immisce pas dans les règles des États contractants sur la notification de documents (y compris les assignations) sur leur propre territoire ou à l'étranger. Cependant, si les conditions de l'article 9(1) *c)* ne sont pas remplies, les autres États contractants pourront refuser la reconnaissance du jugement.

50 La Convention n'impose pas à un État contractant d'accorder une mesure qui n'est pas disponible selon son propre droit, même lorsqu'il lui est demandé d'exécuter un jugement étranger accordant une telle mesure. Les États contractants ne sont pas tenus de créer de nouvelles formes de mesures aux fins de la Convention. Cependant, ils doivent appliquer les

[42] Art. 2(2) *k)*. Cela ne signifie pas, bien entendu, que le tribunal ne peut pas en connaître.
[43] Art. 2(3).
[44] Voir art. 10(1).
[45] Sous réserve de l'art. 10(2).
[46] Art. 10(1). Elle pourrait être reconnue pour un autre motif.
[47] Voir également *infra* para. 56.
[48] Para. 36 à 44.

[49] Il serait nécessaire également de modifier l'art. 10(1); voir para. 167 ci-dessous.
[50] La même expression figure (sous réserve de différences de formulation uniquement) dans l'art. 12(3) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure au para. 172.
[51] Par exemple, l'art. 22(3) du Règlement de Bruxelles.
[52] Dans le cas de la reconnaissance et l'exécution, cela est explicité par l'art. 14 de l'avant-projet de Convention, qui dispose que la procédure de reconnaissance et d'exécution du jugement est régie par le droit de l'État requis.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

for choosing one or the other. Most delegates felt that it should not depend on these accidental considerations whether or not a case was covered by the Convention. Some delegates thought that the wording of sub-paragraph *k)* was sufficient to cover proceedings in both contract and tort without the additional words in square brackets; others thought that the additional words were necessary to avoid misunderstanding.

43 **Validity as an incidental question**. Proceedings to revoke an intellectual property right are not "proceedings pursuant to a contract"; so they are not covered by the Convention, even if brought as a counterclaim to contractual proceedings.[42] If the defendant raises invalidity as a defence to a claim covered by the Convention, the court can deal with that defence as a necessary step towards giving judgment on the claim. In the terminology of the Convention, it will be an "incidental question". This has two consequences: the first is that the proceedings are not taken outside the scope of the Convention by reason of the fact that the court deals with the invalidity defence;[43] the second is that the ruling on the validity of the intellectual property right is not enforceable as such under the Convention.[44]

44 An example will make this clearer. Assume that a licensor brings proceedings to enforce an intellectual property licensing agreement. The defendant claims that the intellectual property right is invalid. The court gives a ruling on this defence, holding the intellectual property right valid, and then gives judgment for the plaintiff, granting him an injunction plus damages. The judgment will be enforceable under the Convention, despite the fact that the court could give it only after deciding the incidental question of validity.[45] However, the ruling on validity will not itself be subject to recognition under the Convention,[46] nor will it create an estoppel or operate as issue preclusion under the Convention[47] in other Contracting States.

45 *The preceding paragraphs of this Report*[48] *set out the intention of the Conference. Doubts have, however, been raised as to whether the drafting of Article 2(2)* k) *adequately expresses that intention, especially with regard to rulings on the validity of intellectual property rights other than copyright or related rights. These problems could be solved by deleting Article 2(2)* k) *and inserting a new provision, Article 2(2* bis*), to read as follows:*

2 bis.

a) The Convention shall not apply to intellectual property rights other than copyright or related rights, except —

i) in proceedings pursuant to a contract for the transfer or use of such intellectual property rights; or

ii) in proceedings for infringement, provided that the infringement could have formed the basis of proceedings between the parties under sub-sub-paragraph i) above.

b) The Convention shall not apply to judgments or rulings on the validity of intellectual property rights other than copyright or related rights, even if given in proceedings to which sub-paragraph a)(i) or (ii) applies.

Paragraph 2(3) would then have to be amended to read "Notwithstanding paragraphs 2 ***and 2*** **bis**, *proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter referred to in* ***those paragraphs*** *arises merely as an incidental question and not as the object of the proceedings."*[49]

46 **Public registers**. Sub-paragraph *l)* excludes the validity of entries in public registers.[50] Some people might not regard this as a civil or commercial matter. However, as some international instruments[51] provide for exclusive jurisdiction over proceedings that have the validity of such entries as their object, it was thought better to exclude them explicitly in order to avoid any doubts.

47 **Insurance**. Contracts of insurance (or reinsurance) are not excluded from the scope of the Convention just because they relate to one of the matters referred to in paragraph 2. The fact that the risk covered is outside the scope of the Convention does not mean that the contract of insurance is outside the scope of the Convention. Thus, insurance of cargo carried by sea is not excluded by virtue of Article 2(2) *f)* and insurance against liability for nuclear damage is not excluded by virtue of Article 2(2) *h). In view of the importance of this question, it might be desirable, for the sake of clarity, to have an express provision to this effect. This could be added at the end of paragraph 3 and might read, "In particular, insurance (or reinsurance) is not excluded from the scope of this Convention merely because it relates to one of the matters referred to in paragraph 2 of this Article."*

48 **Procedural law**. It was not intended that the Convention would affect the procedural law of Contracting States, except in those areas expressly covered by it (jurisdiction, and recognition and enforcement of foreign judgments). Outside these areas, internal procedural law applies as before, even in proceedings under the Convention.[52] Examples are given in the following paragraphs, though these are far from exhaustive.

49 The Convention does not interfere with the rules of Contracting States on the service of documents (including writs) within their own territory or abroad. However, if the requirements of Article 9(1) *c)* are not satisfied, other Contracting States may refuse to recognise the judgment.

50 The Convention does not require a Contracting State to grant a remedy that is not available under its law, even when called upon to enforce a foreign judgment in which such a remedy was granted. Contracting States do not have to create new kinds of remedies for the purpose of the Convention. However, they should apply the enforcement measures avail-

[42] Art. 2(2) *k)*, footnote 1. This does not of course mean that the court cannot hear them.
[43] Art. 2(3).
[44] See Art. 10(1).
[45] This is subject to Art. 10(2).
[46] Art. 10(1). It might be recognised on some other basis.
[47] See also *infra* para. 45.
[48] Paragraphs 36-44.

[49] Art. 10(1) would also have to be amended: see para. 167 *infra*.
[50] This same phrase appears (with purely verbal differences) in Art. 12(3) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on it in the Nygh–Pocar Report is at para. 172.
[51] For instance, Art. 22(3) of the Brussels Regulation.
[52] In the case of recognition and enforcement, this is made clear by Art. 14 of the preliminary draft Convention, which provides that the procedure for the recognition and enforcement of the judgment is governed by the law of the requested State.

Dogauchi-Hartley Draft Report

mesures d'exécution disponibles dans leur droit interne afin de donner effet autant que possible au jugement étranger.

51 Les délais pour l'engagement de poursuites ou autre actes en droit interne ne sont pas affectés par la Convention. Les procédures en vertu d'un accord d'élection de for, ou tendant à l'exécution d'un jugement en vertu d'un tel accord, doivent être engagées dans les délais prévus par le droit interne.

52 Les règles internes relatives à la capacité à engager ou défendre une procédure ne sont pas affectées par la Convention. Ainsi, si selon le droit de l'État requis, une entité dépourvue de personnalité juridique n'a pas capacité à ester en justice, elle ne peut engager une procédure en vertu de la Convention pour faire exécuter un jugement, même si le tribunal ayant rendu le jugement a considéré qu'elle pouvait le faire.

53 Le droit interne décide si et dans quelles circonstances des appels et recours semblables sont ouverts. Cela comprendrait par exemple: appel auprès d'une juridiction de degré supérieur dans le même État; renvoi à la Cour de justice des Communautés européennes pour interpréter des dispositions de droit communautaire, y compris les conventions auxquelles la Communauté est partie; renvoi à une juridiction d'exception pour trancher les questions constitutionnelles; et renvoi à un office des brevets ou autre administration pour décider de la validité d'un brevet.

54 Les règles internes d'administration de la preuve s'appliquent, même pour établir l'existence d'un accord d'élection de for.

55 **Questions évoquées à titre incident**. L'article 2(3) prévoit qu'une procédure n'est pas exclue du champ d'application de la Convention parce qu'une matière visée au paragraphe 2 n'est évoquée qu'à titre incident. Une question évoquée à titre incident est une question qui ne fait pas l'objet de la procédure à titre principal mais que le tribunal doit trancher afin de rendre son jugement[53]. Par exemple, le demandeur pourra réclamer une somme d'argent due dans le cadre d'un contrat de licence de brevet. Le défendeur pourra faire valoir que la somme n'est pas due parce que le brevet n'est pas valable. La validité du brevet serait alors une question évoquée à titre incident: le tribunal devra la trancher afin d'être en mesure de trancher la question principale (savoir si la somme est due). Un autre exemple est une demande relative à la violation d'un contrat dans laquelle le défendeur (personne physique et non morale) prétend ne pas avoir eu la capacité à conclure le contrat: la question principale serait de savoir s'il était responsable au titre d'une violation du contrat; la question incidente serait celle de sa capacité.

56 Dans certains États, les parties sont empêchées dans certains cas d'engager une nouvelle procédure relative à une question tranchée à titre incident dans le cadre d'un jugement dans une instance antérieure. Aux États-Unis d'Amérique, on parle de «*issue preclusion*» ou «*collateral estoppel*»; en Angleterre de «*issue estoppel*». Dans d'autres États, de telles questions peuvent être évoquées à nouveau. Il est proposé ci-dessous que la Convention n'impose cependant pas la reconnaissance et l'exécution d'une décision relative à une question incidente: la reconnaissance est limitée à la décision portant sur la question principale[54]. Cependant, la Convention n'interdit pas à un tribunal d'accorder la reconnaissance d'une telle décision ou de lui donner effet sur le fondement du droit interne[55].

[53] Voir para. 19 ci-dessus.
[54] Voir para. 164 et s.
[55] Voir para. 165 ci-dessous.

57 **Arbitrage**. Le paragraphe 4 exclut l'arbitrage et les procédures y afférentes[56]. Cette disposition a pour objet d'assurer que la présente Convention ne s'immisce pas dans les instruments existants traitant de l'arbitrage.

58 **Gouvernements**. L'article 2(5) dispose qu'un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte d'un État y est partie[57]. La procédure sera cependant exclue si elle ne concerne pas une question civile ou commerciale. À titre d'indication générale, on peut dire que si une autorité publique fait quelque chose que pourrait faire un particulier, l'affaire concerne probablement une question civile ou commerciale[58].

59 Lorsqu'un gouvernement ou autre autorité publique est en cause, cela peut donner lieu à des questions délicates, notamment en matière contractuelle. Un contrat ne perd pas sa nature civile ou commerciale du seul fait qu'une autorité publique y est partie; cependant, il ne sera pas civil ou commercial si l'autorité publique exerce des pouvoirs dont ne disposerait pas un particulier. Ainsi, si une autorité publique exerce ses pouvoirs gouvernementaux pour contraindre une personne à conclure un contrat, le contrat n'est probablement pas civil ou commercial. Par exemple, si une autorité gouvernementale propose de relâcher une personne incarcérée à condition qu'elle conclue un contrat prévoyant le versement d'une forte somme d'argent si elle ne comparaît pas à l'audience, le contrat est probablement trop étroitement lié aux poursuites pénales pour relever du champ d'application de la Convention[59].

60 **Immunités des États souverains**. L'article 2(6) dispose que la Convention n'affecte en rien les privilèges ou immunités dont jouissent les États souverains, leurs émanations ou les organisations internationales[60].

Article 3 – Accords exclusifs d'élection de for

61 **Définition: cinq exigences**. Comme indiqué ci-dessus[61], la Convention ne s'applique qu'aux accords exclusifs d'élection de for. L'article 3 *a)* fournit une définition d'un tel accord, qui comprend les conditions suivantes: premièrement, il doit exister un accord entre deux ou plusieurs parties; deuxièmement, les exigences de forme du paragraphe *c)* doivent être remplies; troisièmement, l'accord doit désigner les tribunaux d'un État, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État à l'exclusion de tout autre tribunal; quatrièmement, le ou les tribunaux désignés doivent être situés dans un État contractant; et enfin, la désignation doit avoir pour objet de

[56] Une disposition identique figure à l'art. 1(2) *g)* de l'avant-projet de Convention 1999; le passage correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure au para. 41.
[57] Cette disposition est reprise (sous réserve de modifications de formulation uniquement) de l'art. 1(3) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure aux para. 43 à 45.
[58] Pour l'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes d'une disposition semblable à l'art. premier de la Convention de Bruxelles, voir *LTU* c. *Eurocontrol*, Aff. 29/76, Rec. 1976, 1541; [1977] 1 CMLR 88; *État néerlandais* c. *Rüffer*, Aff. 814/79, Rec. 1980, 3807; *Sonntag* c. *Waidmann*, Aff. C-172/91, Rec. 1993, I-1963. Voir en outre A. Dicey et J. Morris, *The Conflict of Laws* (13e éd, 2000 par L. Collins et des rédacteurs spécialistes, Sweet and Maxwell, Londres), para. 11-013 à 11-016 (p. 267-269); H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe* (3e éd, 2002, LGDJ, Paris) para. 39 (p. 26-28). Les arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes à cet égard ne s'appliqueraient pas nécessairement à la Convention. Certaines juridictions pourraient avoir une vision plus large de ce qui constitue une matière civile ou commerciale: comparer par exemple *United States of America* c. *Ivey* (1996) 130 DLR (4e) 674 (Haute Cour de l'Ontario, Canada), confirmé (1998) 139 DLR (4e) 570 (Cour d'appel de l'Ontario) et *État néerlandais* c. *Rüffer, supra*.
[59] Voir *United States of America* c. *Inkley* [1989] QB 255; [1988] 3 WLR 304; [1988] 3 All ER 144 (Cour d'appel, Angleterre). Voir également *Attorney General for the United Kingdom* c. *Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 CLR 30 (Haute Cour d'Australie) (où une demande du gouvernement britannique, fondée en partie sur une faute contractuelle, tendant à interdire au défendeur de divulguer des secrets d'État, n'a pas reçu exécution en Australie).
[60] Cette disposition est tirée de l'art. 1(4) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure au para. 46.
[61] Para. 9.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

able under their internal law in order to give as much effect as possible to the foreign judgment.

51 Time limits within which proceedings must be brought or other steps taken under internal law remain unaffected by the Convention. Proceedings under a choice of court agreement, or proceedings to enforce a judgment under such an agreement, must be brought within the time limits laid down by internal law.

52 National rules regarding capacity to bring or defend legal proceedings are not affected by the Convention. Thus, if under the law of the requested State an entity with no legal personality lacks capacity to engage in litigation, it cannot bring proceedings under the Convention to enforce a judgment, even if the court that granted the judgment considered that it could bring such proceedings.

53 National law decides whether, and in what circumstances, appeals and similar remedies exist. Examples include: appeals to a higher court in the same State; references to the European Court of Justice to interpret provisions of Community law, including conventions to which the Community is a party; references to a special court to decide constitutional issues; and references to a patent office or other authority to decide the validity of a patent.

54 National rules of evidence apply, even for proving the existence of a choice of court agreement.

55 **Incidental questions**. Article 2(3) provides that proceedings are not excluded from the scope of the Convention if a matter referred to in paragraph 2 arises merely as an incidental question. An incidental question is a question that is not the object (subject) of the proceedings but is a question that the court has to decide in order to give judgment.[53] For example, the plaintiff may claim a sum of money due under a patent-licensing agreement. The defendant may argue that the sum is not due because the patent is invalid. Then the validity of the patent would be an incidental question: the court would have to decide it in order to be able to decide the main question (whether the money is due). Another example is an action for breach of contract in which the defendant (who is a natural person, not a corporation) claims that he lacked capacity to enter into the contract: the main question would be whether he was liable for breach of contract; the incidental question would be whether he had capacity.

56 In some countries, parties are precluded in certain circumstances from re-litigating matters previously decided as incidental questions. In the United States of America, this is known as "issue preclusion" or "collateral estoppel"; in England it is called "issue estoppel". In other countries, such matters can be re-litigated. It is suggested below, however, that a ruling on an incidental question does not have to be recognised or enforced under the Convention: recognition is limited to the ruling on the principal question.[54] However, the Convention does not prevent a court from recognising or giving effect to such a ruling on the basis of internal law.[55]

[53] See para. 19 *supra*.
[54] See paras 164 *et seq*.
[55] See para. 165 *infra*.

57 **Arbitration**. Paragraph 4 excludes arbitration and proceedings relating thereto.[56] The purpose of this provision is to ensure that the present Convention does not interfere with existing instruments on arbitration.

58 **Governments**. Article 2(5) provides that proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for a State is a party thereto.[57] The proceedings will, however, be excluded if they do not concern a civil or commercial matter. As a general rule of thumb, one can say that if a public authority is doing something that an ordinary citizen could do, the case probably involves a civil or commercial matter.[58]

59 Where a government or other public authority is involved, this can raise difficult questions, especially in the case of contracts. A contract does not cease to be civil or commercial just because a public authority is a party to it; nevertheless, it will not be civil or commercial if the public authority is exercising powers that a private person could not exercise. Thus, where a public authority uses its governmental powers to force a party to enter into a contract, the contract is probably not civil or commercial. For example, if a government authority offers to release an arrested person on condition that he enters into a contract under which he will pay a large sum of money if he does not appear for trial, the contract is probably too closely related to the criminal proceedings to come within the scope of the Convention.[59]

60 **Immunities of sovereign States**. Article 2(6) provides that nothing in the Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.[60]

Article 3 – Exclusive choice of court agreements

61 **Definition: five requirements**. As mentioned above,[61] the Convention applies only to exclusive choice of court agreements. Article 3 *a)* gives a definition of such an agreement. The definition contains the following requirements: first, there must be an agreement between two or more parties; secondly, the formal requirements of paragraph *c)* must be satisfied; thirdly, the agreement must designate the courts of one State, or one or more specific courts in one State, to the exclusion of all other courts; fourthly, the designated court or courts must be in a Contracting State; and finally, the designation must be for the purpose of deciding disputes which

[56] An identical provision is found in Art. 1(2) *g)* of the preliminary draft Convention 1999: the relevant passage in the Nygh–Pocar Report is at para. 41.
[57] This provision is taken (with only verbal differences) from Art. 1(3) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on it in the Nygh–Pocar Report is at paras 43–45.
[58] For the interpretation by the Court of Justice of the European Communities of a similar provision in Art. 1 of the Brussels Convention, see *LTU* v. *Eurocontrol*, Case 29/76, [1976] ECR 1541; [1977] 1 CMLR 88; *Netherlands* v. *Rüffer*, Case 814/79, [1980] ECR 3807; *Sonntag* v. *Waidmann*, Case C-172/91, [1993] ECR I-1963. See further A. Dicey & J. Morris, *The Conflict of Laws* (13th ed., 2000 by L. Collins & specialist editors, Sweet and Maxwell, London), paras 11–013 to 11–016 (pp. 267–269); H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe* (3rd ed., 2002, LGDJ, Paris), para. 39 (pp. 26–28). The decisions of the Court of Justice of the European Communities on this issue would not necessarily apply to the Convention. Some courts might have a wider concept of what constitutes a civil or commercial matter: compare, for example, *United States of America* v. *Ivey* (1996) 130 DLR (4th) 674 (Ontario High Court, Canada), affirmed (1998) 139 DLR (4th) 570 (Ontario Court of Appeal) with *Netherlands* v. *Rüffer*, *supra*.
[59] See *United States of America* v. *Inkley* [1989] QB 255; [1988] 3 WLR 304; [1988] 3 All ER 144 (Court of Appeal, England). See also *Attorney General for the United Kingdom* v. *Heinemann Publishers Australia Pty Ltd* (1988) 165 CLR 30 (High Court of Australia) (where a claim by the British Government, partly based on breach of contract, to compel the defendant not to reveal intelligence secrets was not enforced in Australia).
[60] This provision is taken from Art. 1(4) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on it in the Nygh–Pocar Report is at para. 46.
[61] Para. 9.

connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé.

62 **La première condition**. Un accord d'élection de for ne peut être imposé de manière unilatérale : il doit y avoir accord[62]. Pour interpréter une disposition semblable de la Convention de Bruxelles[63], la Cour de justice des Communautés européennes a édicté des règles autonomes en droit communautaire quant à ce qui constitue un consentement à cet effet[64]. L'application de règles autonomes était peut-être fondée dans le cadre de la Convention de Bruxelles, mais elle n'est pas justifiée à l'égard de la Convention de La Haye, selon laquelle le droit de l'État en cause doit décider s'il y a eu consentement : les références explicites dans divers articles au droit de l'État l'indiquent clairement[65].

63 Dès lors que les parties initiales conviennent de l'accord d'élection de for, l'accord pourra lier les tiers qui n'y ont pas expressément consenti, si leur intérêt à agir dépend de la prise en charge des droits et obligations incombant à l'une des parties initiales[66]. Dans certains États, une loi sur l'action subrogée permet à la victime d'un délit de poursuivre l'assureur de la partie fautive, sans assigner au préalable la partie fautive. Dans cette hypothèse, la victime serait liée par un éventuel accord d'élection de for figurant dans la police d'assurance[67], si selon la loi pertinente, son droit d'agir en justice est fondé sur le fait qu'elle est considérée avoir pris la succession des droits et obligations de la partie fautive dans sa relation contractuelle avec l'assureur.

64 **La deuxième condition**. Elle concerne la forme de l'accord d'élection de for. Les règles pertinentes sont établies au paragraphe *c)*, examiné ci-dessous.

65 **La troisième condition**. Elle requière l'accord d'élection de for soit exclusif : il doit désigner[68] les tribunaux d'un État ou un tribunal particulier comme ayant compétence *exclusive*. Cela sera examiné ci-dessous en rapport avec le paragraphe *b)*.

66 **La quatrième condition**. Elle impose la réciprocité. La Convention ne s'applique qu'aux accords d'élection de for en faveur des tribunaux d'un État contractant : les accords désignant les tribunaux (ou un ou plusieurs tribunaux particuliers) d'un État non contractant ne sont pas couverts.

67 **La cinquième condition**. Elle impose que la désignation ait pour but de connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. Cela explicite que l'accord d'élection de for peut être limité à des litiges déjà survenus, ou les inclure. Il peut également recouvrir les litiges futurs, à condition qu'ils aient trait à un rapport de droit déterminé. La désignation n'est pas limitée aux demandes de nature contractuelle, mais pourrait par exemple englober les demandes de nature délictuelle survenant à l'occasion d'un rapport déterminé. Ainsi un accord d'élection de for dans un contrat de transport routier de marchandises pourrait couvrir une demande délictuelle relative à la détérioration des marchandises. La question de savoir ce qu'il en est dans un cas particulier dépendrait des termes de l'accord.

68 **Accords réputés exclusifs**. L'article 3 *b)* établit la règle importante (esquissée par la troisième condition au para. *a)*) qu'un accord d'élection de for désignant les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant sera réputé exclusif sauf convention contraire des parties.

69 Le premier élément est ici que l'accord d'élection de for peut viser soit les tribunaux d'un État contractant en général, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant. Ainsi, un accord désignant « les tribunaux français » est considéré comme exclusif aux fins de la Convention, même s'il ne précise pas *quel* tribunal en France connaîtra de l'affaire. En pareil cas, le droit français aura le droit de décider du tribunal ou des tribunaux devant lesquelles la procédure peut être engagée[69]. Sous réserve de telles règles, le demandeur pourra choisir le tribunal (en France) devant lequel il engage la procédure.

70 Un accord visant une juridiction particulière en France – par exemple, le Tribunal de commerce de Paris – serait également exclusif[70]. Il en est de même d'un accord visant deux tribunaux particuliers d'un même État – par exemple, « le Tribunal de commerce de Paris ou le Tribunal de commerce de Lyon ». Il s'agirait également d'un accord exclusif d'élection de for[71].

71 **Accords déséquilibrés (asymétriques)**. Un accord d'élection de for est parfois rédigé afin d'être exclusif à l'égard des procédures engagées par l'une des parties mais pas à l'égard des procédures engagées par l'autre. Les contrats de prêt internationaux sont couramment rédigés ainsi. Une clause d'élection de for dans un tel contrat pourra stipuler que « les poursuites de l'emprunteur à l'encontre du bailleur pourront être engagées exclusivement devant les tribunaux de l'État X ; les poursuites du bailleur à l'encontre de l'emprunteur pourront être engagées devant les tribunaux de l'État X ou les tribunaux de tout autre État compétents selon leur propre droit ».

72 De nombreux juristes considéreraient qu'en vertu de l'article 3 *a)*, la question de savoir si un accord est exclusif doit être tranchée par référence au moment de sa conclusion. En d'autres termes, il doit être exclusif quelle que soit la partie engageant la procédure. En revanche, la question ne se posera cependant que lorsqu'une procédure est engagée. Par conséquent, il serait possible d'attendre que cela se produise avant d'y répondre. Si cette dernière démarche est adoptée, la réponse pourra dépendre de la partie ayant engagé la procédure. Si elle est engagée par l'emprunteur, l'accord ne relèvera pas de la Convention, car le bailleur restera libre d'engager une procédure ailleurs. S'il le faisait, la Convention n'interdirait pas au tribunal d'en connaître. La Convention ne s'appliquera pas non plus si le bailleur engage une procédure devant un tribunal autre que celui désigné par l'accord. Si, en revanche, le bailleur engage une procédure devant le tribunal désigné, l'accord, à compter de ce moment, deviendra exclusif, car l'emprunteur n'aurait le droit de l'engager devant aucun autre tribunal.

[62] Pour ce motif, la Convention ne s'applique pas à une élection de for effectuée par le constituant dans un acte de trust.
[63] Art. 17.
[64] Par exemple, dans l'arrêt *Estasis Salotti et Colzani* c. *RÜWA*, Aff. 24/76, Rec. 1976, 1831 ; [1977] 1 CMLR 345, elle a jugé que lorsqu'une personne signe un contrat rédigé au recto d'une feuille de papier, celle-ci ne consent pas à un accord d'élection de for figurant au verso, à moins qu'il n'y soit fait explicitement référence sur la face qu'elle a signée. Cette décision était fondée sur le droit communautaire, et non sur le droit de l'un des États contractants.
[65] Aux art. 5(1), 7 *a)* et 9(1) *a)*, il existe une référence au droit de l'État du tribunal élu ; à l'art. 7 *b)* au droit de l'État du tribunal saisi ; et à l'art. 9(1) *b)* au droit de l'État requis.
[66] Pour un exemple tiré d'un domaine échappant au champ d'application de la Convention (transport maritime de marchandises), voir *Russ* c. *Nova (The Tilly Russ)*, Aff. 71/83, Rec. 1984, 2417 (Cour de Justice des Communautés européennes).
[67] Voir *Youell* c. *Kara Mara Shipping* [2000] 2 Lloyd's Rep. 102 (Haute Cour, Banc de la Reine, Angleterre).
[68] Le seul fait de présenter une défense au fond sans contester la compétence ne donnerait pas en soi une compétence au tribunal en vertu de la Convention, car il ne s'agirait pas d'une *désignation* de ce tribunal au sens de l'art. 3.
[69] Voir art. 5(3) *b)*.
[70] Les difficultés survenant lorsque le tribunal désigné ne peut connaître de l'affaire en droit interne sont examinées ci-dessous. Voir para. 101 et s.
[71] Un accord prévoyant que A ne peut poursuivre B que devant le Tribunal de commerce de Paris, et que B ne peut poursuivre A que devant le Tribunal de commerce de Lyon, serait également un accord exclusif d'élection de for en vertu de la Convention. Il n'en serait pas ainsi, cependant, si les deux tribunaux étaient situés dans deux États différents.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship.

62 **The first requirement**. A choice of court agreement cannot be established unilaterally: there must be agreement.[62] In interpreting a similar provision in the Brussels Convention,[63] the European Court of Justice has laid down autonomous, Community law rules as to what constitutes consent for this purpose.[64] The application of autonomous rules may have been correct in the context of the Brussels Convention, but it is not correct with regard to the Hague Convention, under which the law of the State in question must decide whether there is consent: the explicit references in various Articles to State law clearly indicate this.[65]

63 Provided the original parties consent to the choice of court agreement, the agreement may bind third parties who did not expressly consent to it, if their standing to bring the proceedings depends on their taking over the rights and obligations of one of the original parties.[66] In some States, a "direct action" statute allows the victim of a tort to sue the tortfeasor's insurer without first proceeding against the tortfeasor. In such a case, the victim would be bound by any choice of court agreement contained in the insurance policy, if, under the relevant legislation, his or her right to bring the action is based on the fact that (s)he is regarded as having succeeded to the rights and obligations of the tortfeasor under the latter's contract with the insurer.[67]

64 **The second requirement**. This concerns the form of the choice of court agreement. The relevant rules are laid down in paragraph *c)*, discussed below.

65 **The third requirement**. This requires the choice to be exclusive: the choice of court agreement must designate[68] the courts of one State or one or more specific courts in one State as having *exclusive* jurisdiction. This will be discussed below in connection with paragraph *b)*.

66 **The fourth requirement**. This requires reciprocity. The Convention applies only to choice of court agreements in favour of the courts of a Contracting State: agreements designating the courts (or one or more specific courts) of a non-Contracting State are not covered.

67 **The fifth requirement**. This is that the designation must be for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship. This makes clear that the choice of court agreement can be restricted to, or include, disputes that have already arisen. It can also cover future disputes, provided they relate to a particular legal relationship. It is not limited to claims in contract, but could, for example, cover claims in tort arising out of a particular relationship. Thus, a choice of court clause in a contract for the carriage of goods by road could cover a tort action for damage to the goods. Whether this would be so in any particular case would depend on the terms of the agreement.

68 **Agreements deemed exclusive**. Article 3 *b)* lays down the important rule (foreshadowed by the third requirement in paragraph *a)*) that a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State will be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise.

69 The first element of this is that the choice of court agreement may refer either to the courts of a Contracting State in general, or to one or more specific courts in one Contracting State. Thus an agreement designating "the courts of France" is regarded as exclusive for the purposes of the Convention, even though it does not specify *which* court in France will hear the proceedings. In such a case, French law will be entitled to decide in which court or courts the action may be brought.[69] Subject to any such rule, the plaintiff can choose the court (in France) in which he brings the action.

70 An agreement referring to a particular court in France – for example, the Commercial Court of Paris – would also be exclusive.[70] The same is true of an agreement that designates two or more specific courts in the same Contracting State – for example, "either the Commercial Court of Paris or the Commercial Court of Lyons". This too would be an exclusive choice of court agreement.[71]

71 **One-sided (asymmetric) agreements**. Sometimes a choice of court agreement is drafted to be exclusive as regards proceedings brought by one party but not as regards proceedings brought by the other party. International loan agreements are often drafted in this way. A choice of court clause in such an agreement may provide, "Proceedings by the borrower against the lender may be brought exclusively in the courts of State X; proceedings by the lender against the borrower may be brought in the courts of State X or in the courts of any other State having jurisdiction under its law."

72 Many lawyers would consider that, under Article 3 *a)*, the question whether an agreement is exclusive must be determined at the time of its conclusion. In other words, it must be exclusive irrespective of the party bringing the proceedings. On the other hand, however, the question will arise for decision only when proceedings are brought. Consequently, it would be possible to wait until that occurs before answering it. If this latter approach were taken, the answer might depend on which party brought the proceedings. If they were brought by the borrower, the agreement would not be covered by the Convention, since the lender would remain free to bring proceedings elsewhere. If he did so, the Convention would not preclude the court from hearing them. The Convention would also not apply if the lender brought proceedings in a court other than that designated in the agreement. If, on the other hand, the lender brought proceedings in the designated court, the agreement would, from that moment onwards, become exclusive, since the borrower would not be entitled to bring them in any other court.

[62] For this reason, the Convention does not apply to a choice of court made by a settlor in a trust instrument.
[63] Art. 17.
[64] For example, in *Estasis Salotti and Colzani v. RÜWA*, Case 24/76, [1976] ECR 1831; [1977] 1 CMLR 345, it held that where a person signs a contract written on one side of a sheet of paper, he or she does not consent to a choice of court agreement on the other side, unless there is an explicit reference to it on the side that he signed. This decision was based on Community law, not on the law of any of the Contracting States.
[65] In Arts 5(1), 7 *a)* and 9(1) *a)*, there is a reference to the law of the State of the chosen court; in Art. 7 *b)* to the law of the State of the court seised, and in Art. 9(1) *b)* to the law of the requested State.
[66] For an example in an area outside the scope of the Convention (carriage of goods by sea), see *Russ* v. *Nova (The Tilly Russ)*, Case 71/83, [1984] ECR 2417 (Court of Justice of the European Communities).
[67] See *Youell* v. *Kara Mara Shipping* [2000] 2 Lloyd's Rep. 102 (High Court, Queen's Bench Division, England).
[68] Merely defending a case on the merits without objecting to jurisdiction would not itself give the court jurisdiction under the Convention, since this would not *designate* that court in terms of Art. 3.
[69] See Art. 5(3) *b)*.
[70] The problems that arise where the court designated cannot hear the case under internal law are discussed *infra*: see paras 101 *et seq.*
[71] An agreement stating that A may sue B only in the Commercial Court of Paris, and that B may sue A only in the Commercial Court of Lyons, would also be an exclusive choice of court agreement under the Convention. This would not be the case, however, if the two courts were in two different States.

Dogauchi-Hartley Draft Report

73 **Signification du terme « État » dans le cas d'un système juridique non unifié**. On se rappelle que le terme « État » peut avoir des sens différents à l'égard d'un État contractant dans lequel deux ou plusieurs systèmes juridiques s'appliquent dans des unités territoriales différentes relativement à une matière relevant de la Convention – par exemple le Canada, la Chine, les États-Unis d'Amérique ou le Royaume-Uni. Selon l'article 22 (examiné ci-dessous aux para. 215 et s.), il peut désigner le cas échéant soit l'État dans son ensemble – par exemple, le Canada, la Chine, les États-Unis d'Amérique ou le Royaume-Uni –, soit une unité territoriale au sein de cet État – par exemple, Hong Kong, l'Écosse, le New Jersey ou l'Ontario. En conséquence, une clause désignant « les tribunaux des États-Unis d'Amérique » et une clause désignant « les tribunaux du New Jersey » seront toutes deux des accords exclusifs d'élection de for en vertu de la Convention[72].

74 Bien que la Convention soit limitée aux accords exclusifs d'élection de for, l'article 3 *b)* dispose qu'un accord désignant les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant est réputé exclusif sauf convention contraire expresse des parties. De ce fait, les exemples suivants doivent être considérés comme des accords exclusifs d'élection de for :

– Les tribunaux de l'État X seront compétents pour connaître des litiges dans le cadre du présent contrat. »

– « Les procédures dans le cadre du présent contrat seront engagées devant les tribunaux de l'État X »

75 Les exemples suivants ne seraient pas exclusifs :

– « Les tribunaux de l'État X disposeront d'une compétence non exclusive pour connaître des litiges 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 compétent selon son droit. »

76 **Exigences de forme**. Le paragraphe *c)* traite des exigences de forme. Ces éléments sont nécessaires et suffisants en vertu de la Convention : un accord d'élection de for ne relève pas de la Convention[73] s'il ne les remplit pas, mais s'il les remplit, le droit interne ne peut imposer aucune autre exigence de nature formelle. Ainsi, par exemple, une juridiction d'un État contractant ne peut refuser de donner effet à un accord d'élection de for au motif :

– qu'il est rédigé dans une langue étrangère ;

– qu'il n'apparaît pas en caractères gras spéciaux ;

– qu'il est en petits caractères ; ou

– qu'il n'est pas signé des parties indépendamment du contrat principal[74].

77 Le paragraphe *c)* dispose que l'accord d'élection de for doit être conclu ou confirmé (i) « par écrit » ou (ii) « par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement. »

78 Lorsque l'accord est écrit, sa validité formelle ne dépend pas de sa signature, bien que l'absence d'une signature puisse rendre plus difficile la preuve de l'existence de l'accord. L'autre forme possible vise à couvrir les moyens électroniques de transmission ou de stockage des données. Cela comprend toutes les possibilités normales, à condition que les données puissent être récupérées pour être consultées par la suite. Elle couvre, par exemple, la télécopie et le courrier électronique[75].

79 L'accord doit être conclu sous l'une de ces formes ou *confirmé* selon celles-ci. L'exigence d'une « confirmation par écrit » est remplie si les faits suivants sont prouvés :

– il existe un accord d'élection de for oral ;

– l'accord est confirmé par écrit par l'une des parties ;

– la confirmation est reçue par l'autre partie ; et

– cette dernière ne soulève aucune objection[76].

80 Il n'est pas nécessaire que la partie ayant reçu la confirmation l'accepte expressément : si elle le faisait, cela constituerait un nouvel accord écrit. Il est indifférent que la partie qui a matérialisé l'accord par écrit soit celle qui en a bénéficié, par exemple, parce qu'il visait les tribunaux de son État[77]. Dans tous les cas, cependant, il doit y avoir eu consentement des deux parties à l'accord oral initial.

81 L'article 3 *d)* dispose qu'un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat doit être considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat afin d'en déterminer la validité : la validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif de l'invalidité du contrat. La validité de l'accord d'élection de for doit être déterminée de manière distincte, selon les critères établis par la Convention[78]. Il est donc possible pour le tribunal élu de juger que le contrat n'est pas valable sans priver de sa validité l'accord d'élection de for. En revanche, bien entendu, il est également possible que le motif d'invalidité du contrat s'applique également à l'accord d'élection de for : tout dépend des circonstances. Cette démarche est conforme à celle généralement adoptée à l'égard de la validité des conventions d'arbitrage.

82 **Doctrine de la cause**. En *common law*, les contrats ne sont pas valables à moins de comporter une cause (*consideration*[79]). Cela signifie que chacune des parties doit obtenir quelque chose (si infime soit-elle) en contrepartie de ce qu'elle promet à l'autre. Si l'accord d'élection de for est considéré comme une convention autonome, la question se pose de savoir s'il y a une cause. Normalement, ce sera le cas. Si A et B concluent un contrat accordant une compétence exclusive aux tribunaux de l'État X, la promesse de B de ne pas engager de poursuites ailleurs constituera une cause pour la promesse de A de ne pas le faire non plus (et inversement). Cependant, il peut y avoir des cas où il en sera autrement. Supposons qu'en l'absence d'un accord d'élection de for, A aurait eu la possibilité de poursuivre B devant les tribunaux de l'État X ou de l'État Y ; B, en revanche, n'aurait pu poursuivre A que devant les tribunaux de l'État X. Si les parties convenaient de la compétence exclusive des tribunaux

[72] Une clause désignant « les tribunaux d'état de l'état du New Jersey ou les tribunaux fédéraux situés dans cet état » constituerait également un accord exclusif d'élection de for.
[73] S'il est valable selon le droit de l'État du tribunal élu, cette juridiction peut connaître de l'affaire, mais les tribunaux d'autres États ne seraient pas tenus d'appliquer la Convention à l'égard de l'accord (art. 7) ou du jugement qui en résulte (art. 9).
[74] Dans certains systèmes juridiques, il pourrait s'agir d'exigences du droit interne. Voir par exemple *Trasporti Castelletti* c. *Hugo Trumpy*, Aff. C-159/97, Rec. 1999, I-1597.
[75] La formulation de cette disposition est inspirée de l'art. 6(1) de la *Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique* de 1996.
[76] *Berghoefer* c. *ASA*, Aff. 221/84, Rec. 1985, 2699 ; [1986] 1 CMLR 13.
[77] *Ibid.*
[78] Voir art. 5(1), 7 et 9(1).
[79] Cela n'est pas applicable aux contrats formalisés dans un acte (*deed*).

73 **Meaning of "State" in the case of a non-unified legal system.** It will be remembered that the word "State" can have different meanings in relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to a matter dealt with by the Convention – for example, Canada, China, the United Kingdom or the United States of America. According to Article 22 (discussed below at paragraphs 215 *et seq.*) it can refer, as appropriate, either to the State as a whole – for example, Canada, China, the United Kingdom or the United States of America – or to a territorial unit within that State – for example, Ontario, Hong Kong, Scotland or New Jersey. Consequently, both a clause designating "the courts of the United States of America" and a clause designating "the courts of New Jersey" are exclusive choice of court agreements under the Convention.[72]

74 Although the Convention is restricted to exclusive choice of court agreements, Article 3 *b)* provides that an agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State is deemed to be exclusive unless the parties expressly provide otherwise. As a result, the following must be regarded as exclusive choice of court agreements:

– "The courts of State X shall have jurisdiction to hear proceedings under this contract."

– "Proceedings under this contract shall be brought before the courts of State X."

75 The following would not be exclusive:

– "The courts of State X shall have non-exclusive jurisdiction to hear proceedings under this contract."

– "Proceedings under this contract may be brought before the courts of State X, but this shall not preclude proceedings before the courts of any other State having jurisdiction under its law."

76 **Formal requirements**. Paragraph *c)* deals with formal requirements. These are both necessary and sufficient under the Convention: a choice of court agreement is not covered by the Convention[73] if it does not comply with them, but, if it does, no further requirements of a formal nature may be imposed under national law. Thus, for example, a court of a Contracting State cannot refuse to give effect to a choice of court agreement because:

– it is written in a foreign language;

– it is not in special bold type;

– it is in small type; or

– it is not signed by the parties separately from the main agreement.[74]

77 Paragraph *c)* provides that the choice of court agreement must be entered into or evidenced either (i) "in writing" or (ii) "by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference".

78 Where the agreement is in writing, its formal validity is not dependent on its being signed, though the lack of a signature might make it more difficult to prove the existence of the agreement. The other possible form is intended to cover electronic means of data transmission or storage. This includes all normal possibilities, provided that the data is retrievable so that it can be referred to on future occasions. It covers, for example, e-mail and fax.[75]

79 The agreement must either be concluded in one or other of these forms or it must be *evidenced* in them. The "evidenced in writing" requirement would be satisfied if the following facts were proved:

– there is an oral choice of court agreement;

– the agreement is confirmed in writing by one of the parties;

– the confirmation is received by the other party; and

– the latter raises no objection.[76]

80 It is not necessary for the party who received the confirmation expressly to accept it: if he or she did, that would constitute a new agreement in writing. It does not matter if the party who put the oral agreement into writing was the one who benefited from it – for example, because the chosen court was in his State.[77] In all cases, however, there must have been consent by both parties to the original oral agreement.

81 Article 3 *d)* provides that an exclusive choice of court agreement that forms part of a contract must be treated as an agreement independent of the other terms of the contract for the purpose of determining its validity: the validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract of which it forms part is not valid: the validity of the choice of court agreement must be determined independently, according to the criteria set out in the Convention.[78] Thus, it is possible for the designated court to hold the contract invalid without depriving the choice of court agreement of validity. On the other hand, of course, it is also possible for the ground on which the contract is invalid to apply equally to the choice of court agreement: it all depends on the circumstances. This approach is in accordance with that normally adopted with regard to the validity of arbitration agreements.

82 **Doctrine of consideration**. Under the common law, contracts are not valid unless there is consideration.[79] This means that each party must obtain something (however little) in return for what he promises the other party. If the choice of court agreement is treated as an independent contract, the question arises whether there is consideration. Normally, there would be. If A and B enter into a contract giving exclusive jurisdiction to the courts of State X, B's promise not to sue elsewhere would constitute consideration for A's promise not to do so either (and *vice versa*). However, there could be cases in which this would not be so. Assume that, if there had been no choice of court agreement, A could have sued B in the courts of State X or in those of State Y; B, on the other hand, could have sued A only in the courts of State X. If the parties were to agree that the courts of State X had

[72] A clause designating "the state courts of the state of New Jersey or the federal courts located in that state" would also be an exclusive choice of court agreement.
[73] If it is valid under the law of the State of the chosen court, that court may hear the case, but the courts of other States would not be obliged to apply the Convention with regard to the agreement (Art. 7) or the resulting judgment (Art. 9).
[74] In some legal systems, these might be requirements of internal law: see, for example, *Trasporti Castelletti* v. *Hugo Trumpy*, Case C-159/97, [1999] ECR I-1597.

[75] The wording of this provision was inspired by Art. 6(1) of the *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* 1996.
[76] *Cf. Berghoefer* v. *ASA*, Case 221/84, [1985] ECR 2699; [1986] 1 CMLR 13.
[77] *Ibid.*
[78] See Arts 5(1), 7 and 9(1).
[79] This does not apply to contracts contained in a deed.

Dogauchi-Hartley Draft Report

de l'État X, A aurait renoncé au droit de poursuivre B devant les tribunaux de l'État Y, mais n'aurait rien obtenu en échange car en tout état de cause, B n'aurait pu le poursuivre que devant ces tribunaux. Si un tel accord d'élection de for faisait partie du contrat plus large, la cause pourrait résulter des autres stipulations du contrat. Cependant, s'il est considéré comme une convention autonome, il sera nul pour défaut de cause. *Afin de résoudre cette difficulté, les termes « Si, à défaut, il était considéré comme nul, » pourraient être insérés au début du paragraphe* d). *Cela expliciterait que le paragraphe* d) *ne s'applique pas dans les cas où il aurait pour effet d'invalider le contrat.*

Article 4 – Autres définitions

83 **« Jugement »**. L'article 4 comporte deux autres définitions. La première, à l'article 4(1), est celle du terme « jugement ». Celui-ci est défini largement afin de couvrir toute décision au fond, quelle que soit sa dénomination[80]. Il exclut une décision en matière de procédure, mais inclut une fixation de frais ou débours (même ordonnée par un greffier plutôt que par un juge), à condition qu'elle ait trait à un jugement susceptible d'être reconnu ou exécuté en application de la Convention. Il ne couvre pas une décision accordant une mesure provisoire (mesures provisoires et conservatoires), car il ne s'agit pas d'une décision au fond[81].

84 **« Résidence »**. L'article 4(2) définit la « résidence » à l'égard d'une entité ou personne autre qu'une personne physique. La définition a pour objet principal de s'appliquer à toutes les personnes morales, et sera expliquée sur cette base[82].

85 Le concept de résidence joue un rôle dans l'article premier (définition d'une affaire « internationale » aux fins de la compétence), l'article 19 (exceptions à la reconnaissance et à l'exécution) et l'article 23 (rapport avec d'autres instruments internationaux).

86 La difficulté à laquelle la Commission spéciale faisait face pour définir la résidence des personnes autres que les personnes physiques consistait à réconcilier les conceptions différentes des États de *common law* et de droit civil, ainsi que celles parmi les États de droit civil[83].

87 Selon la *common law*, la loi du lieu de constitution est traditionnellement considérée comme importante pour régir les questions relatives aux affaires internes de la personne morale[84]. C'est le système juridique qui lui donne naissance et lui confère la personnalité morale. Aux fins de compétence, cependant, l'établissement principal et le lieu de sa direction centrale ont également une importance[85]. Ce dernier est le siège administratif de la personne morale, le lieu où sont prises les décisions les plus importantes. L'établissement principal est le centre de ses activités économiques. Bien que normalement situés en un même lieu, ceux-ci peuvent être différents. Par exemple, une société minière dont le siège central est à Londres (administration centrale) pourrait exercer son activité minière en Namibie (établissement principal). Les trois concepts étant tous importants en *common law*, la Convention dispose qu'une personne morale a une résidence dans chacun de ces trois lieux.

88 Bien que certains systèmes de droit civil considèrent également la loi du lieu de constitution comme loi personnelle de la personne morale[86], l'opinion dominante incline à la loi du siège social. Le lieu du siège social est également considéré comme étant le domicile de la personne morale. Il existe cependant deux avis sur la manière de définir le siège social. Selon le premier, on examine l'acte juridique selon lequel la personne morale a été constituée (les statuts de la personne morale). Celui-ci indiquera où se trouve le siège social, et doit être considéré comme concluant. Le siège social ainsi déterminé est dit « siège statutaire ».

89 Le siège statutaire peut cependant ne pas être le vrai siège (de fait) de la personne morale. Le second avis considère qu'il faut rechercher le lieu où la société a en fait son administration centrale, parfois appelé « siège réel ». Cela correspond au concept de *common law* de lieu de l'administration centrale.

90 Afin de couvrir tous les points de vue, il a donc été nécessaire d'inclure le siège statutaire, traduit en anglais par « *statutory seat* ». Cependant, ce terme ne fait pas référence au siège de la personne morale qui résulterait d'une disposition législative (« *statute* »)[87], mais tel qu'il résulte des statuts, le document comportant la constitution de la société – par exemple, les « *articles of association* ». En droit du Royaume-Uni, le plus proche équivalent est « *registered office* »[88]. En pratique, l'État où la personne morale a son siège statutaire sera presque toujours l'État selon la loi en vertu duquel elle a été constituée ou formée ; alors que l'État où elle a son administration centrale sera généralement celui où elle a son principal établissement. En revanche, il n'est pas rare qu'une société soit constituée dans un État – par exemple au Panama – et ait son administration centrale et son principal établissement dans un autre.

Article 5 – Compétence du tribunal élu

91 L'article 5 est l'une des « dispositions-clé » de la Convention. Un accord d'élection de for aurait peu de valeur si le tribunal élu ne connaissait pas de l'affaire lorsque l'instance est engagée devant lui. Pour cette raison, l'article 5(1) dispose que le tribunal désigné par un accord exclusif d'élection de for est compétent pour connaître d'un litige auquel l'accord d'élection de for s'applique, sauf si l'accord est nul selon le droit de l'État du tribunal désigné. L'article 5(2) dispose qu'il ne doit pas refuser d'exercer sa compétence au motif que le litige devrait être tranché par un tribunal situé dans un autre État.

92 **Nullité**. La clause de « nullité » est la seule exception d'application générale au principe selon lequel le tribunal élu doit connaître de l'affaire[89]. La question de savoir si l'accord est nul est tranchée selon le droit de l'État du tribunal élu. L'expression « droit de l'État » inclut les règles de droit international privé de cet État ainsi que ses règles de droit interne[90]. Ainsi, si le tribunal élu considère que le droit d'un autre État devrait être appliqué selon ses règles de droit international privé, il appliquera ce droit.

[80] Cela comprendrait une décision d'un office des brevets exerçant des fonctions juridictionnelles.
[81] Pour les mesures provisoires et conservatoires, voir art. 8.
[82] Un État ou une autorité publique d'un État serait résidents uniquement sur le territoire de cet État.
[83] Pour une discussion comparative de ces questions, voir S. Rammeloo, *Corporations in Private International Law* (Oxford University Press, Oxford, Angleterre, 2001), chapitres 4 et 5.
[84] Pour l'Angleterre, voir A. Dicey et J. Morris, *The Conflict of Laws* (13e éd., 2000 par L. Collins et des rédacteurs spécialistes, Sweet and Maxwell, Londres), Règles 152(1) et 153 (p. 1101-1109) ; pour les États-Unis d'Amérique, voir *First National City Bank c. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 US 611, 621 ; 103 S Ct 2591 ; 77 L Ed 2d. 46 (1983).
[85] Pour le droit anglais, voir A. Dicey et J. Morris, *The Conflict of Laws* (13e éd., 2000 par L. Collins et des rédacteurs spécialistes, Sweet and Maxwell, Londres), Règle 152(2) p. 1101. Aux fins de compétence en matière de diversité aux États-Unis (examinée ci-dessous aux para. 102 et s.), une personne morale est citoyen à la fois de l'état de sa constitution et de celui où elle a son principal établissement : 28 US Code § 1332*(c)*.
[86] Par exemple, le Japon et les Pays-Bas.
[87] Le terme français « loi » correspond à l'anglais « *statute* ».
[88] Voir le Règlement de Bruxelles, art. 60(2).
[89] Pour une autre exception s'appliquant dans des situations particulières, voir art. 18.
[90] Si cela n'avait pas été le but recherché, le texte aurait utilisé l'expression « droit interne de l'État ».

exclusive jurisdiction, A would have given up the right to sue B in the courts of State Y, but he would have gained nothing in return, since, in any event, B could have sued him only in those courts. If such a choice of court agreement was part of the wider contract, consideration could be found in the other terms of the contract. However, if it was treated as a separate contract, it would be invalid for lack of consideration. *To solve this problem, the words "Where it would otherwise be invalid", could be inserted at the beginning of paragraph* d). *This would make clear that paragraph* d) *does not apply if its effect would be to make the contract invalid.*

Article 4 – Other definitions

83 **"Judgment"**. Article 4 contains two further definitions. The first, in Article 4(1), is of "judgment". This is widely defined so as to cover any decision on the merits, regardless of what it is called.[80] It excludes a procedural ruling, but covers an order as to costs or expenses (even if given by an officer of the court, rather than by a judge) provided it relates to a judgment that may be recognised or enforced under the Convention. It does not cover a decision to grant interim relief (provisional and protective measures), as this is not a decision on the merits.[81]

84 **"Residence"**. Article 4(2) defines "residence" with regard to an entity or person other than a natural person. The definition is primarily intended to apply to corporations and will be explained on this basis.[82]

85 The concept of residence plays a role in Article 1 (definition of an "international" case for the purpose of jurisdiction), Article 19 (certain exceptions to recognition and enforcement) and Article 23 (relationship with other international instruments).

86 The problem faced by the Special Commission in defining the residence of entities other than natural persons was to reconcile the different conceptions of the common law and civil law countries, as well as those within the civil law countries.[83]

87 In the common law, the law of the place of incorporation is traditionally regarded as important for deciding issues relating to the internal affairs of the corporation.[84] It is the legal system that gives birth to it and endows it with legal personality. For jurisdictional purposes, however, the principal place of business and the place of its central management are also important.[85] The latter is the administrative centre of the corporation, the place where the most important decisions are taken. The principal place of business is the centre of its economic activities. Though normally in the same place, these two could be different. For example, a mining company with its headquarters in London (central administration) might carry on its mining activity in Namibia (principal place of business). Since all three concepts are important in the common law, the Convention provides that a corporation is resident in all three places.

88 Although some civil law systems also look to the law of the place of incorporation as the personal law of the company,[86] the dominant view favours the law of the "corporate seat" (*siège social*). The place of the corporate seat is also regarded as the domicile of the corporation. However, there are two views as to how the corporate seat is to be determined. According to the first view, one looks to the legal document under which the corporation was constituted (the *statut* of the corporation). This will state where the corporate seat is, and should be regarded as decisive. The corporate seat thus determined is called the *siège statutaire*.

89 The *siège statutaire* may not, however, be the actual corporate headquarters. The second view is that one should look to the place where the company in fact has its central administration, sometimes called the *siège réel*. This corresponds to the common law concept of the place of central administration.

90 To cover all points of view, it was thus necessary to include the *siège statutaire*, which is translated into English as "statutory seat". However, this term does not refer to the corporation's seat as laid down by some statute (legislation)[87] but as laid down by the *statut*, the document containing the constitution of the company – for example, the articles of association. In United Kingdom law, the nearest equivalent is "registered office".[88] In practice, the State where the corporation has its statutory seat will almost always be the State under whose law it was incorporated or formed; while the State where it has its central administration will usually be that in which it has its principal place of business. On the other hand, it is not uncommon for a company to be incorporated in one State – for example, Panama – and to have its central administration and principal place of business in another.

Article 5 – Jurisdiction of the chosen court

91 Article 5 is one of the "key provisions" of the Convention. A choice of court agreement would be of little value if the chosen court did not hear the case when proceedings were brought before it. For this reason, Article 5(1) provides that a court designated by an exclusive choice of court agreement has jurisdiction to decide a dispute to which the choice of court agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of the State of the court designated. Article 5(2) provides that it must not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided by a court in another State.

92 **Null and void**. The "null and void" provision is the only generally applicable exception to the rule that the chosen court must hear the case.[89] The question whether the agreement is null and void is decided according to the law of the State of the chosen court. The phrase "law of the State" includes the choice of law rules of that State as well as its rules of internal law.[90] Thus, if the chosen court considers that the law of another State should be applied under its choice of law rules, it will apply that law.

[80] It would cover a decision by a patent office exercising quasi-judicial functions.
[81] On interim relief, see Art. 8.
[82] A State or a public authority of a State would be resident only in the territory of that State.
[83] For a comparative discussion of these matters, see S. Rammeloo, *Corporations in Private International Law* (Oxford University Press, Oxford, England, 2001), Chapters 4 and 5.
[84] For England, see A. Dicey & J. Morris, *The Conflict of Laws* (13th ed., 2000 by L. Collins & specialist editors, Sweet and Maxwell, London), Rules 152(1) and 153 (pp. 1101–1109); for the United States of America, see *First National City Bank* v. *Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 US 611, 621; 103 S Ct 2591; 77 L Ed. 2d. 46 (1983).
[85] For English law, see A. Dicey & J. Morris, *The Conflict of Laws* (13th ed., 2000 by L. Collins & specialist editors, Sweet and Maxwell, London), Rule 152(2) (p. 1101). For the purpose of diversity jurisdiction in the United States (discussed *infra* at paras 91 *et seq.*), a corporation is a citizen both of the state where it was incorporated and of that in which it has its principal place of business: 28 US Code section 1332*(c)*.
[86] For example, Japan and the Netherlands.
[87] The French for "statute" is "*loi*".
[88] See the Brussels Regulation, Art. 60(2).
[89] For another exception that applies in special cases, see Art. 18.
[90] If this had not been the intention, the text would have used the phrase "internal law of the State".

93 La clause de « nullité » a pour objet de viser principalement les motifs de nullité généralement reconnus tels que la fraude, l'erreur, le dol, la contrainte et l'incapacité[91].

94 **Refus d'exercer la compétence**. L'article 5(2) dispose que le tribunal élu ne doit pas refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige. Cette disposition renforce l'obligation établie à l'article 5(1). Cependant, elle ne s'applique qu'à l'égard d'un tribunal d'un autre État, et non d'un tribunal du même État[92].

95 **Signification du terme « État »**. Quel est le sens du terme « État » dans ce contexte ? Dans le cas d'un État comportant un ressort unique, il n'y a pas de difficulté. Lorsque l'État est composé d'un certain nombre de territoires soumis à des systèmes de droit différents, tels que les États-Unis d'Amérique, le Canada ou le Royaume-Uni, la question est plus difficile. Selon l'article 22(1) *c)* de la Convention, une référence au « tribunal ou aux tribunaux d'un État » vise le cas échéant un tribunal ou des tribunaux de l'unité territoriale considérée[93]. Il s'ensuit que la référence à l'article 5(2) à « un tribunal d'un autre État » doit être comprise comme visant un tribunal d'une autre unité territoriale, selon ce qui est approprié.

96 Dans quelles situations est-il approprié de viser une unité territoriale au sein d'un État ? Cela pourra dépendre des termes de l'accord d'élection de for. S'il visait les « tribunaux d'Angleterre », l'Angleterre serait l'unité territoriale considérée, et l'article 5(2) interdirait un renvoi vers un tribunal situé en Écosse : l'Écosse serait un « État » différent à cet effet. Si, en revanche, l'accord d'élection de for visait « les tribunaux du Royaume-Uni », « État » signifierait le Royaume-Uni, et il ne serait pas interdit par l'article 5(2) à un tribunal en Angleterre de renvoyer l'affaire à un tribunal en Écosse[94].

97 Dans le cas des États-Unis d'Amérique, la situation pourrait dépendre de la question de savoir si le tribunal élu est un tribunal d'état[95] ou un tribunal fédéral. Si l'accord d'élection de for visait « les tribunaux de l'état de New York », un renvoi vers un tribunal au New Jersey serait exclu. Ici, « État » désignerait l'état de New York, et non les États-Unis d'Amérique[96]. Cependant, si la référence vise « les tribunaux des États-Unis d'Amérique », l'article 5(2) n'interdirait pas nécessairement un renvoi à destination d'un tribunal fédéral d'un autre état des États-Unis d'Amérique, car le terme « État » désignerait les États-Unis d'Amérique[97]. Il en serait de même si la référence visait un tribunal fédéral particulier – par exemple « le Tribunal fédéral de district pour le district sud de New York ». Là encore, « État » viserait les États-Unis d'Amérique ; par conséquent, l'article 5(2) n'interdirait pas un renvoi vers un tribunal fédéral d'un autre état des États-Unis d'Amérique[98].

98 ***Forum non conveniens***. Il existe deux principes de droit sur le fondement desquels un tribunal pourrait considérer que le litige devrait être tranché par un tribunal d'un autre État. Le premier est celui du *forum non conveniens*[99]. C'est un principe appliqué principalement par les États de *common law*[100]. Sa formulation précise varie d'un État à l'autre, mais on peut dire en général qu'il permet à un tribunal compétent de surseoir à statuer (suspendre) ou se dessaisir de l'instance s'il considère qu'un autre tribunal serait un for plus approprié[101]. Le prononcé d'un sursis ou dessaisissement est discrétionnaire et implique une évaluation de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce. Il s'applique indifféremment qu'une procédure ait été ou non engagée devant l'autre tribunal (bien qu'il s'agisse là d'un facteur pouvant être pris en compte).

99 **Litispendance**. Le second principe est celui de la litispendance. Celui-ci est appliqué principalement par les États de droit civil. Il impose à un tribunal de surseoir à statuer (suspendre) ou de se dessaisir de la procédure (mettre fin à une procédure) si un autre tribunal a été saisi en premier d'une procédure impliquant la même action en justice entre les mêmes parties[102]. Il n'est pas discrétionnaire, n'implique pas d'évaluation de facteurs pertinents pour déterminer le for plus approprié, et ne s'applique que lorsqu'une procédure a déjà été engagée devant l'autre tribunal.

100 L'article 5(2) exclut le recours à l'un ou l'autre de ces principes si le tribunal en faveur duquel serait prononcé un sursis à statuer ou dessaisissement est dans un autre État, car selon l'un ou l'autre principe, le tribunal refuserait d'exercer sa compétence « au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige ».

101 **Compétence d'attribution**. L'article 5(3) *a)* dispose que l'article 5 n'affecte pas les règles internes relatives à la compétence d'attribution ou les règles internes de compétence fondées sur le montant de la demande. L'expression « compétence d'attribution » peut avoir diverses significations. En l'occurrence, elle vise la répartition de compétence entre différents tribunaux du même État sur le fondement de l'objet du litige. Elle ne se préoccupe pas de déterminer de quel État les tribunaux connaîtront de l'affaire, mais de la question de savoir quel type de tribunal *à l'intérieur* d'un État en connaîtra. Par exemple, il peut exister des juridictions spécialisées pour les questions telles que le divorce, la fiscalité ou les brevets. Une juridiction fiscale spécialisée serait donc dépourvue de compétence d'attribution pour connaître d'une affaire de violation contractuelle. De sorte que même si les parties concluaient un accord exclusif d'élection de for désignant une telle juridiction, elle ne serait pas tenue en vertu de la Convention de connaître de l'affaire.

102 Aux États-Unis d'Amérique, la compétence d'attribution peut également désigner la répartition de compétence entre tribunaux d'état et fédéraux[103]. En règle générale, on peut dire que les tribunaux d'état disposent d'une compétence d'attribution pour toutes les affaires en l'absence d'une règle particulière les en privant. Les tribunaux fédéraux, en

[91] Aux art. 7 *b)* et 9(1) *b)*, l'incapacité est traitée séparément parce qu'elle est définie selon un système de droit différent des autres motifs d'invalidité – celui du tribunal saisi, plutôt que celui du tribunal élu. À l'art. 5, en revanche, le tribunal saisi *est bien* le tribunal élu ; il n'est donc pas nécessaire de la traiter séparément.

[92] Sur le renvoi d'affaires entre tribunaux d'un même État, voir l'art. 5(3) *b)*.

[93] Pour la situation à l'égard des Organisations régionales d'intégration économique, telles que la Communauté européenne, voir art. 26(5).

[94] Dans ce cas, le jugement écossais aurait droit à la reconnaissance et à l'exécution en vertu de la Convention, car le tribunal écossais serait un « tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for ».

[95] On rappelle que « état » avec une initiale en minuscule vise une unité territoriale d'un État fédéral (par exemple, un état des États-Unis d'Amérique) ; le terme « État » avec une majuscule désigne un État au sens international.

[96] Il en serait de même si l'accord visait « les tribunaux d'état de New York ou les tribunaux fédéraux situés dans cet état ».

[97] Le jugement qui en résulterait aurait droit à la reconnaissance et à l'exécution en vertu de la Convention.

[98] La question de savoir si l'art. 5(3) *b)* aurait cet effet est examinée ci-dessous.

[99] Voir J. Fawcett, (éd.), *Declining Jurisdiction in Private International Law* (Clarendon Press, Oxford, 1995).

[100] Il est en fait apparu en Écosse, un État de *common law* / droit civil mixte. Il reste applicable à ce jour en Écosse, et a été également adopté dans des ressorts de droit civil tels que le Québec. Pour l'application de ce principe et autres alternatives légales dans le contexte des clauses d'élection de for, voir A. Schulz, « Mécanismes de renvoi des affaires au sein de systèmes fédéraux », Doc. prél. No 23 d'octobre 2003.

[101] Pour la formulation en droit anglais, voir A. Dicey et J. Morris, *The Conflict of Laws* (13e éd., 2000 par L. Collins et rédacteurs spécialistes, Sweet and Maxwell, Londres), Règle 31(2) (p. 385) ; pour la formulation aux États-Unis d'Amérique, voir The American Law Institute, *Second Restatement on Conflict of Laws* (The American Law Institute Publishers, St Paul, Minn., 1971), para. 84. Pour un examen plus approfondi du *forum non conveniens*, avec un accent particulier sur son effet sur les accords d'élection de for, voir R. Brand, « *Forum Selection and Forum Rejection in US Courts : One Rationale for a Global Choice of Court Convention* », in J. Fawcett (éd.), *Reform and Development of Private International Law : Essays in Honour of Sir Peter North* (Oxford University Press, Oxford, 2002), p. 51.

[102] Voir par exemple l'art. 27 du Règlement de Bruxelles.

[103] Pour un examen détaillé de la compétence fédérale et d'état en Australie, au Canada et aux États-Unis d'Amérique, voir A. Schulz, « Mécanismes de renvoi des affaires au sein de systèmes fédéraux », Doc. prél. No 23 d'octobre 2003.

93 The "null and void" provision is intended to refer primarily to generally recognised grounds of invalidity like fraud, mistake, misrepresentation, duress and lack of capacity.[91]

94 **Declining jurisdiction**. Article 5(2) provides that the chosen court must not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State. This provision reinforces the obligation laid down in Article 5(1). However, it applies only with regard to a court in another State, not to a court in the same State.[92]

95 **Meaning of "State"**. What is meant by "State" in this context? In the case of a State containing a single law district, there is no problem. Where the State contains a number of territories subject to different systems of law, such as the United States of America, Canada or the United Kingdom, the question is more difficult. Under Article 22(1) *c)* of the Convention, a reference to "the court or courts of a State" means, where appropriate, the court or courts of the relevant territorial unit.[93] From this it follows, that the reference in Article 5(2) to "a court of another State" must be understood as referring to a court of another territorial unit where this is appropriate.

96 When is it appropriate to refer to a territorial unit within a State? This could depend on the terms of the choice of court agreement. If it referred to "the courts of England", England would be the relevant territorial unit, and Article 5(2) would preclude a transfer to a court in Scotland: Scotland would be another "State" for this purpose. If, on the other hand, the choice of court agreement referred to "the courts of the United Kingdom", "State" would mean the United Kingdom, and a court in England would not be precluded by Article 5(2) from transferring the case to a court in Scotland.[94]

97 In the case of the United States of America, the position could depend on whether the chosen court was a state[95] court or a federal court. If the choice of court agreement referred to "the courts of the state of New York", a transfer to a court in New Jersey would be precluded. Here, "State" would refer to the state of New York, not to the United States of America.[96] However, if the reference was to "the courts of the United States", Article 5(2) would not preclude a transfer to a federal court in a different state of the United States of America, since "State" would mean the United States of America.[97] The same would apply if the reference was to a specific federal court – for example, "the Federal District Court for the Southern District of New York". Here too, "State" would mean the United States of America; consequently, Article 5(2) would not preclude a transfer to a federal court in a different state of the United States of America.[98]

98 ***Forum non conveniens***. There are two legal doctrines on the basis of which a court might consider that the dispute should be decided in a court of another State. The first is *forum non conveniens*.[99] This is a doctrine mainly applied by common law countries.[100] Its precise formulation varies from country to country, but in general one can say that it permits a court having jurisdiction to stay (suspend) or dismiss the proceedings if it considers that another court would be a more appropriate forum.[101] The granting of a stay or dismissal is discretionary and involves weighing up all relevant factors in the particular case. It applies irrespective of whether or not proceedings have been commenced in the other court (though this is a factor that may be taken into account).

99 ***Lis pendens***. The second doctrine is that of *lis pendens*. This is applied mainly by civil law countries. It requires a court to stay (suspend) or dismiss proceedings if another court has been seised first in proceedings involving the same cause of action between the same parties.[102] It is not discretionary, does not involve the weighing up of relevant factors to determine the more appropriate court and applies only when proceedings have already been commenced in the other court.

100 Article 5(2) precludes resort to either of these doctrines if the court in whose favour the proceedings would be stayed or dismissed is in another State, since under either doctrine the court would decline to exercise jurisdiction "on the ground that the dispute should be decided in a court of another State."

101 **Subject matter jurisdiction**. Article 5(3) *a)* provides that Article 5 does not affect internal rules on subject matter jurisdiction or jurisdictional rules based on the value of the claim. The phrase "subject matter jurisdiction" can have a variety of meanings. Here it refers to the division of jurisdiction among different courts in the same State on the basis of the subject matter of the dispute. It is not concerned with determining which State's courts will hear the case but with the question what kind of court *within* a State will hear it. For example, specialised courts may exist for matters such as divorce, tax or patents. Thus, a specialised tax court would lack subject matter jurisdiction to hear an action for breach of contract. So even if the parties concluded an exclusive choice of court agreement designating such a court, it would not be obliged under the Convention to hear the case.

102 In the United States of America, subject matter jurisdiction can also refer to the allocation of jurisdiction between state and federal courts.[103] As a general rule, one can say that state courts have subject matter jurisdiction in all cases unless there is a specific rule depriving them of jurisdiction.

[91] In Arts 7 *b)* and 9(1) *b)*, lack of capacity is dealt with separately because it is determined by a different system of law from other grounds of invalidity – that of the court seised, rather than that of the chosen court. In Art. 5, on the other hand, the court seised *is* the chosen court; so there is no need to deal separately with it.

[92] On the transfer of cases between courts in the same State, see Art. 5(3) *b)*.

[93] For the position with regard to Regional Economic Integration Organisations, such as the European Community, see Art. 26(5).

[94] In this case, the Scottish judgment would be entitled to be recognised and enforced under the Convention, since the Scottish court would be "a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement".

[95] It should be remembered that "state" with a lower-case "s" refers to a territorial unit of a federal State (for example, a state in the United States of America); "State" with an upper-case "S" refers to a State in the international sense.

[96] The same would be true if the agreement referred to "the state courts of New York or the federal courts located in that state".

[97] The resulting judgment would be entitled to recognition and enforcement under the Convention.

[98] Whether Art. 5(3) *b)* would have this effect is considered below.

[99] See J. Fawcett, (ed.), *Declining Jurisdiction in Private International Law* (Clarendon Press, Oxford, 1995).

[100] It actually originated in Scotland, a mixed common and civil law country. It still applies in Scotland today and has also been adopted in civil law jurisdictions such as Quebec. For the application of this doctrine and other statutory substitutes in the context of choice of court clauses, see A. Schulz, "Mechanisms for the Transfer of Cases within Federal Systems", Preliminary Document No 23 of October 2003.

[101] For the formulation in English law, see A. Dicey & J. Morris, *The Conflict of Laws* (13th ed., 2000 by L. Collins & specialist editors, Sweet and Maxwell, London), Rule 31(2) (p. 385); for the formulation in the United States of America, see The American Law Institute, *Second Restatement on Conflict of Laws* (The American Law Institute Publishers, St Paul, Minn., 1971), section 84. For further discussion of *forum non conveniens*, with special reference to its effect on choice of court agreements, see R. Brand, "Forum Selection and Forum Rejection in US Courts: One Rationale for a Global Choice of Court Convention", in J. Fawcett (ed.), *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North* (Oxford University Press, Oxford, 2002), p. 51.

[102] See, for example, Art. 27 of the Brussels Regulation.

[103] For a detailed discussion of federal and state jurisdiction in Australia, Canada and the United States of America, see A. Schulz, "Mechanisms for the Transfer of Cases within Federal Systems", Preliminary Document No 23 of October 2003.

revanche, ne sont compétents que si une règle particulière leur attribue une compétence. Les règles fondamentales sur la compétence fédérale figurent à l'article III, alinéa 2 de la Constitution des États-Unis d'Amérique. Les deux situations les plus importantes dans lesquelles les tribunaux fédéraux sont compétents sont les affaires résultant du droit fédéral[104] et celles dans lesquelles il y a une diversité de citoyenneté. La diversité de citoyenneté se produit lorsque l'une des parties est citoyenne d'un état différent d'une autre partie, ou si l'une des parties est citoyenne d'un état des États-Unis d'Amérique et l'autre est un citoyen étranger[105].

103 Les parties ne peuvent renoncer à l'application de ces règles. S'il n'y a pas de compétence d'attribution, un tribunal fédéral ne peut pas connaître de l'affaire, même si les parties se soumettent à sa compétence. Ainsi, si un citoyen japonais et un citoyen allemand, tous deux résidant dans leur État respectif, concluent un contrat de vente de marchandises, et que le contrat comporte un accord d'élection de for désignant « le Tribunal fédéral de district pour le district sud de New York » comme ayant compétence exclusive pour connaître des litiges résultant du contrat, le tribunal élu ne pourra pas connaître de l'affaire. Il sera dépourvu de compétence d'attribution car l'affaire ne sera pas régie par le droit fédéral[106] et il n'y aura pas de diversité de citoyenneté[107]. La Convention n'affectera pas cette issue. Il s'ensuit que l'accord d'élection de for sera nul : il n'y aurait aucune raison de le considérer comme désignant les tribunaux *d'état* de New York. Si, en revanche, les parties désignaient « les tribunaux de New York » et que le demandeur engageait une procédure devant un tribunal fédéral à New York, il pourrait l'engager à nouveau devant les tribunaux d'état à New York si les tribunaux fédéraux se déclaraient dépourvus de compétence d'attribution.

104 Dans certains États, certaines juridictions ne sont compétentes que si le montant de la demande est supérieur, ou inférieur, à une certaine somme. Puisque cela concerne la répartition interne de compétence au sein d'un même État, il s'agit d'une question de compétence d'attribution ainsi qu'elle est définie ci-dessus. Cependant, certains États n'utilisent pas cette terminologie, et l'article 5(3) *a)* vise donc expressément la compétence fondée sur le montant de la demande. Les observations du paragraphe précédent sur la compétence d'attribution s'appliquent ici aussi.

105 **Règles procédurales internes**. Comme indiqué ci-dessus[108], l'intention n'était pas que la Convention affecte les règles de procédure interne qui n'ont pas trait à la compétence internationale ou à la reconnaissance des jugements étrangers. Certaines de ces règles pourront interdire à un tribunal de connaître d'affaires dans certains cas. Les règles de compétence d'attribution en sont un exemple parmi d'autres. Elles comprennent tels que les règles interdisant à certaines parties (telles que les citoyens de pays ennemis en temps de guerre) d'engager des procédures ; les règles interdisant l'engagement de procédures à l'encontre de certaines personnes (par exemple, règles sur l'immunité d'État / souveraine) ; les règles interdisant aux tribunaux de connaître de certains litiges (par ex. la doctrine des actes de gouvernement (*acts of state*), telle qu'elle est appliquée aux États-Unis d'Amérique) ; celles interdisant l'application du droit étranger dans certains cas (par exemple, celles relevant de l'ordre public) ; celles imposant l'engagement de procédures dans un délai particulier ; et les règles relatives à la capacité à ester en justice (par ex. les règles selon lesquelles une entité dépourvue de personnalité juridique ne peut engager de poursuites). Certaines de ces matières sont expressément visées par la Convention[109] ; d'autres ne le sont pas. Cependant, même si elles ne sont pas mentionnées expressément – il est impossible de tout prévoir –, l'intention n'est pas qu'elles soient affectées par l'article 5.

106 **Répartition interne de compétence**. L'article 5(3) *b)* dispose que les paragraphes 1 et 2 de l'article 5 « n'affectent pas la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant [sauf si les parties ont désigné un tribunal particulier.] ». Les neuf derniers mots sont entre crochets parce qu'il n'en a pas encore été convenu. Si aucun tribunal particulier n'est désigné par les parties – si, par exemple, l'accord d'élection de for vise simplement « les tribunaux des Pays-Bas » ou « les tribunaux de l'état du New Jersey » – il n'y a aucune raison pour que les règles normales relatives à la question de la répartition interne de compétence ne s'appliquent pas.

107 **Un tribunal particulier**. Qu'en est-il si les parties désignent un tribunal particulier – par exemple, le Tribunal fédéral de district pour le district sud de New York[110] ou le Tribunal de district de Tokyo ? Devrait-il rester possible de renvoyer l'affaire à un autre tribunal du même État contractant[111] ? Un certain nombre d'États disposent de règles permettant le renvoi d'affaires entre différents tribunaux du même État, généralement parce qu'un renvoi serait de l'intérêt des parties ou d'une bonne administration de la justice. Par exemple, si cent personnes étaient tuées dans le même accident d'avion, et que quatre-vingt-quinze d'entre elles avaient accepté un accord exclusif d'élection de for désignant le tribunal X de l'État Z, alors que les cinq restantes étaient convenues de la compétence exclusive du tribunal Y, également dans l'État Z, il serait utile que les poursuites engagées par les familles des cinq soient renvoyées vers le tribunal X[112].

108 Si le renvoi ou transfert était autorisé même dans le cas où les parties avaient désigné un tribunal particulier, la question se poserait de savoir si la procédure devant le nouveau tribunal devrait encore relever de la Convention[113]. S'il en était décidé ainsi, il serait nécessaire d'apporter de nouvelles modifications aux articles 7 (obligation des autres tribunaux de ne pas connaître de l'affaire) et 9 (reconnaissance et exécution du jugement qui en résulte)[114]. Elles sont indiquées par les termes entre crochets dans ces dispositions[115].

109 *La Session diplomatique devra décider si les règles locales sur le renvoi devraient ne pas être affectées par la Convention et en ce cas, si les articles 7 et 9 devraient être modifiés afin que la procédure reste comprise dans le champ d'application de la Convention.*

Article 6 – Sursis à statuer du tribunal élu

110 L'article 6 dispose que la Convention n'empêche pas le tribunal élu de surseoir à statuer dans la procédure dont il

[104] Le droit fédéral recouvre la Constitution des États-Unis d'Amérique, les lois fédérales et les traités internationaux conclus par les États-Unis.
[105] Il doit y avoir une diversité complète : aucune partie d'un bord ne peut être citoyen du même état qu'une quelconque partie de l'autre. Afin d'être citoyen d'un état, une personne doit être citoyen des États-Unis d'Amérique (ou étranger admis à résidence permanente) et doit résider dans un état des États-Unis d'Amérique. En outre, le montant de la demande doit être supérieur à un minimum indiqué, actuellement de 75 000 dollars. Voir 28 US Code § 1332. Pour la citoyenneté d'une personne morale, voir note 85 ci-dessus.
[106] En général, le droit d'état régit la plupart des domaines du droit commercial, tels que la vente de marchandises et les contrats.
[107] Pour qu'il y ait diversité, les parties doivent être citoyens de deux états différents des États-Unis d'Amérique ; alternativement, l'une peut être citoyen des États-Unis d'Amérique et l'autre d'un État étranger. Il n'y a pas de diversité lorsque les deux parties sont citoyens d'États étrangers.
[108] Para. 48 à 54.
[109] Voir par exemple l'art. 2(6).
[110] Voir ci-dessus, para. 103.
[111] Dans l'exemple ci-dessus, « État » désignerait les États-Unis d'Amérique dans leur ensemble ; voir para. 97 ci-dessus.
[112] Au sujet de l'effet d'un tel renvoi sur le droit matériel et procédural applicable, voir A. Schulz, « Mécanismes de renvoi des affaires au sein de systèmes fédéraux », Doc. prél. No 23 d'octobre 2003, para. 18 et s.
[113] Art. 5(3) *b)*, note 2.
[114] Il en serait ainsi parce que le tribunal élu aurait « décidé de ne pas connaître du litige » selon les termes de l'art. 7 *e)*, et un jugement rendu par le tribunal auquel la procédure a été renvoyée ne constituerait pas un jugement rendu par un tribunal « désigné par un accord exclusif d'élection de for » selon les termes de l'art. 9(1).
[115] Voir art. 7 *e)* et art. 9(1) *bis)*.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

Federal courts, on the other hand, have jurisdiction only if a specific rule grants them jurisdiction. The basic rules on federal jurisdiction are laid down in Article III, section 2 of the United States Constitution. The two most important cases in which federal courts have jurisdiction are cases arising under federal law[104] and cases in which there is diversity of citizenship. Diversity of citizenship arises if one party is a citizen of a different state from another party, or if one party is a citizen of a State of the United States of America and the other party is a foreign national.[105]

103 The parties cannot waive these rules. If subject matter jurisdiction does not exist, a federal court cannot hear the case, even if the parties submit to its jurisdiction. Thus, if a Japanese citizen and a German citizen, both resident in their respective countries, enter into a contract for the sale of goods, and the contract contains a choice of court agreement designating "the Federal District Court for the Southern District of New York" as having exclusive jurisdiction to hear disputes arising out of the contract, the chosen court will not be able to hear the case. It will lack subject matter jurisdiction because federal law will not govern the case106 and there will be no diversity of citizenship.107 The Convention will not affect this outcome. The result is that the choice of court agreement will be void: there would be no justification for treating it as referring to the *state* courts of New York. If, on the other hand, the parties designated "the courts of New York" and the plaintiff brought proceedings in a federal court in New York, he could recommence them in the state courts of New York if the federal courts held that they had no subject matter jurisdiction.

104 In some countries, certain courts have jurisdiction only if the value of the claim is greater, or less, than a specified amount. Since this concerns the internal allocation of jurisdiction within a single State, it is a question of subject matter jurisdiction as defined above. However, some States do not use this terminology; so Article 5(3) *a)* refers specifically to jurisdiction based on the value of the claim. The comments in the previous paragraph on subject matter jurisdiction apply here as well.

105 **Internal procedural rules**. As was said above,[108] it was not intended that the Convention should affect rules of internal procedure that are not related to international jurisdiction or the recognition of foreign judgments. Some of these rules may preclude a court from hearing cases in certain circumstances. Rules on subject matter jurisdiction are just one example. Other examples are: rules precluding certain parties (such a enemy aliens in time of war) from bringing proceedings; rules precluding proceedings being brought against certain parties (for example, rules on State or sovereign immunity); rules precluding courts from hearing certain disputes (for example, the act of state doctrine, as applied in the United States of America); rules precluding the application of foreign law in certain cases (for example, those based on public policy); rules requiring cases to be brought within a given period of time; and rules on capacity to sue or be sued (for example, rules that an entity lacking legal personality cannot bring legal proceedings). Some of these matters are expressly mentioned in the Convention;[109] others are not. However, even if they are not expressly mentioned – it is impossible to cover everything – it was not intended that they should be affected by Article 5.

106 **Internal allocation of jurisdiction**. Article 5(3) *b)* provides that paragraphs 1 and 2 of Article 5 do not "affect the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State [unless the parties designated a specific court]." The last seven words are in square brackets because they have not been agreed. If no specific court is designated by the parties – if, for example, the choice of court agreement refers merely to "the courts of the Netherlands" or "the courts of the state of New Jersey" – there is no reason why the normal rules on the internal allocation of jurisdiction question should not apply.

107 **A specific court**. What if the parties designate a specific court – for example, the Federal District Court for the Southern District of New York[110] or the Tokyo District Court? Should it still be possible to transfer the case to another court in the same Contracting State?[111] A number of States have rules permitting the transfer of cases between different courts in the same State, usually because a transfer would be in the interests of the parties or the good administration of justice. For example, if a hundred people were killed in the same air crash, and ninety-five of them had agreed to an exclusive choice of court clause specifying court X in State Z, while the remaining five had agreed that court Y, also in State Z, would have exclusive jurisdiction, it would make sense for the cases brought by the families of the five to be transferred to court X.[112]

108 If transfer or removal were permitted even where the parties designated a specific court, the question would arise whether the proceedings in the new court should still be covered by the Convention.[113] If it was decided that they should, further changes would have to be made to Article 7 (obligation of other courts not to hear the case) and Article 9 (recognition and enforcement of the resulting judgment).[114] These are indicated by words in square brackets in those provisions.[115]

109 *The Diplomatic Session will have to decide whether local rules on transfer should remain unaffected by the Convention and, if so, whether Articles 7 and 9 should be altered so that the proceedings remain within the scope of the Convention.*

Article 6 – Stay of proceedings in the chosen court

110 Article 6 states that nothing in the Convention prevents the chosen court from suspending the proceedings before it,

[104] Federal law covers the United States Constitution, federal statutes and international treaties concluded by the United States of America.
[105] There must be complete diversity: no party on one side can be a citizen of the same state as any party on the other side. To be a citizen of a state, a person must be a citizen of the United States of America (or an alien admitted for permanent residence) and must be resident in a state of the United States of America. In addition, the value of the claim must be above a specified minimum, at present $75,000. See 28 US Code section 1332. For the citizenship of a corporation, see note 85 *supra*.
[106] In general, state law governs most areas of commercial law, such as sale of goods and contracts.
[107] For diversity to exist, the parties must be citizens of different States of the United States of America; alternatively, one can be a citizen of a State of the United States of America and one a citizen of a foreign State. If both parties are citizens of foreign States, there is no diversity.
[108] Paragraphs 48-54.
[109] See, for example, Art. 2(6).
[110] See *supra* para. 92.
[111] In the above example, "State" would refer to the United States of America as a whole: see para. 86 *supra*.
[112] On the effect that such a transfer may have on the applicable substantive and procedural law, see A. Schulz, "Mechanisms for the Transfer of Cases within Federal Systems", Prel. Doc. No 23 of October 2003, paras 18 *et seq.*
[113] Art. 5(3) *b)*, footnote 2.
[114] This is because the chosen court would have "decided not to hear the case" in terms of Art. 7 *e)*, and a judgment given by the court to which the proceedings were transferred would not constitute a judgment given by a court "designated in an exclusive choice of court agreement" in terms of Art. 9(1).
[115] See Art. 7 *e)* and Art. 9(1 *bis)*.

est saisi, notamment pour permettre aux tribunaux de l'État de la loi duquel un droit de propriété intellectuelle découle de rendre un jugement sur sa validité. Il permet également un dessaisissement de la procédure, à condition que celui-ci n'interdise pas de recommencer la procédure. (Cette dernière disposition a été ajoutée parce qu'il a été indiqué que, dans certains pays, il est difficile voire impossible de surseoir à statuer.)

111 L'article 6 *ne confère pas* aux tribunaux des États contractants le pouvoir de surseoir ou se dessaisir. Il ne fait que *préserver* les pouvoirs existant déjà selon le droit procédural interne en explicitant qu'ils ne sont pas limités par la Convention. Il n'a pas pour but de limiter les pouvoirs nationaux d'une manière quelconque.

112 Cet article a vocation à s'appliquer à un certain nombre de situations[116], la plus importante étant celle où, dans un contrat de licence de propriété intellectuelle, il existe une clause d'élection de for attribuant une compétence à un tribunal d'un État autre que celui de la loi duquel le droit découle. Si une procédure est engagée en vertu de la clause d'élection de for pour faire exécuter le contrat de licence et que le défendeur conteste la validité du droit de propriété intellectuelle, le tribunal élu pourra souhaiter surseoir à statuer dans l'affaire qui lui est soumise afin de permettre le règlement de la question de validité par le tribunal compétent de l'État de la loi duquel découle le droit de propriété intellectuelle (dans le cas d'un droit déposé, l'État d'enregistrement). Dans certains cas, cela pourra être utile dans l'intérêt de la justice.

113 Il n'est pas facile d'imaginer des circonstances dans lesquelles un sursis serait accordé en dehors du domaine de la propriété intellectuelle[117], mais la situation suivante pourrait en être un exemple. A accepte de vendre à B un terrain situé dans l'État X, et le contrat comporte un accord d'élection de for visant les tribunaux de l'État Y. B ne verse pas le prix et A le poursuit dans l'État Y. B se défend en faisant valoir que A n'est pas propriétaire du terrain et ne peut donc le lui céder. En pareil cas, le tribunal pourra souhaiter surseoir à statuer afin de permettre aux tribunaux de l'État X de régler la question du droit de propriété[118].

114 L'article 6 figure entre crochets parce qu'il n'en a pas encore été convenu. Les opposants à la disposition font valoir qu'elle pourrait encourager les plaideurs malhonnêtes à demander un sursis dans un but purement dilatoire. Elle pourrait également être considérée comme annulant, ou à tout le moins affaiblissant, l'obligation à l'article 5(2). On pourrait même faire valoir que, sous sa forme actuelle, elle pourrait être comprise comme permettant à un tribunal de surseoir à statuer au motif qu'un autre tribunal serait plus approprié pour connaître de toute l'affaire (principe de forum *non conveniens*)[119]. En outre, elle pourrait faire l'objet d'une interprétation erronée selon laquelle les pouvoirs des tribunaux nationaux sont limités dans la mesure où ils ne relèvent pas de l'article 6.

115 Il appartiendra à la Session diplomatique de décider si l'article 6 doit être conservé, et dans ce cas, s'il devrait être modifié.

Article 7 – Obligations d'un tribunal non élu

116 L'article 7 est la deuxième «disposition-clé» de la Convention. À l'instar d'autres dispositions, il ne s'applique que si l'accord d'élection de for est exclusif, et uniquement si le tribunal élu est situé dans un État contractant[120]. Il est adressé aux tribunaux autres que le tribunal élu, et leur impose de s'abstenir de connaître de l'affaire, même s'ils sont compétents selon leur droit interne. Cela est essentiel pour assurer le respect de l'exclusivité de l'accord d'élection de for.

117 L'article 7 ne s'applique que si les parties au litige sont liées par l'accord d'élection de for. Normalement, elles doivent être parties au contrat, bien que, comme indiqué ci-dessus[121], il existe des situations où l'accord liera néanmoins une personne qui n'y est pas partie.

118 Des problèmes peuvent se poser dans les affaires impliquant plusieurs parties. Supposons que A, qui réside dans l'État X, vend des marchandises à B, résident de l'État Y. Le contrat comporte une clause d'élection de for désignant les tribunaux de l'État X. Les marchandises sont livrées dans l'État Y et B les vend à C, également résident de l'État Y. Si C prétend que les marchandises sont défectueuses, il peut poursuivre B dans l'État Y. Il pourrait également engager la responsabilité (délictuelle) de A, car l'accord d'élection de for n'est pas obligatoire entre lui et A. Cependant, s'il ne poursuit que B, et que B souhaite appeler A en intervention, il ne pourra pas le faire : l'accord d'élection de for est obligatoire entre A et B, et le tribunal devra surseoir à statuer sur la procédure à l'encontre de A ou s'en dessaisir[122].

119 L'article 7 impose au tribunal de surseoir à statuer ou se dessaisir. Les procédures visées ne sont pas indiquées expressément. Cependant, le contexte implique clairement qu'il s'agit de toutes les procédures incompatibles avec l'accord d'élection de for. Afin de les définir, le tribunal doit interpréter l'accord. Selon l'article 3 *a)* de la Convention, l'accord s'applique aux litiges «nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé». Pour interpréter l'accord, le tribunal doit définir quel est ce rapport, et à quels litiges s'applique l'accord. Il doit décider, par exemple, si un accord d'élection de for dans un contrat de prêt recouvre une demande délictuelle à l'encontre du bailleur qui aurait fait exécuter le contrat d'une manière prétendument abusive[123].

120 La situation la plus courante dans laquelle s'appliquerait l'article 7 est celle d'une partie engageant une procédure couverte par l'accord d'élection de for devant un tribunal autre que le tribunal élu[124].

121 Les procédures tendant à une injonction anti-poursuites pour empêcher l'autre partie de poursuivre devant le tribunal élu seraient incompatibles avec l'accord d'élection de for. Elles aussi relèveraient de l'article 7.

122 Si la procédure relève de l'article 7, le tribunal doit surseoir à statuer ou se dessaisir, à moins que l'une des exceptions ne soit applicable. Il serait fondé à surseoir à statuer,

[116] Le terme «notamment» indique que la disposition n'est pas limitée aux affaires de propriété intellectuelle.
[117] Les renvois à un autre tribunal ou organe (tel qu'un office des brevets) du *même* État pourront être effectués sans requérir une disposition particulière de la Convention. Il s'agirait de questions de procédure interne (voir para. 53 ci-dessus). Il en serait de même des renvois à une juridiction d'une Organisation régionale d'intégration économique, telle que la Communauté européenne (*ibid.*) : elle serait considérée comme un État à cet égard (voir art. 26(5)).
[118] Un contrat de vente de terrain (par opposition à une mutation de terrain) n'est pas exclu du champ d'application de la Convention par l'art. 2(2) *i)* : voir Rapport Schlosser, para. 169 à 172 (sur la disposition équivalente de la Convention de Bruxelles).
[119] Le terme «notamment» indique que le sursis peut être ordonné dans un but autre que celui mentionné par le texte.
[120] Cela résulte de la définition d'un «accord exclusif d'élection de for» dans l'art. 3 *a)*.
[121] Para. 63.
[122] Cela pourrait donner lieu à une division indésirable de l'affaire. Certains tribunaux refusent donc de donner effet aux accords d'élection de for en pareil cas : voir *Grecon Dimter Inc.* c. *Normand Inc.*, Cour d'appel du Québec, 12 janvier 2004 (disponible à l'adresse <www.jugements.qc.ca>) ; voir *Donohue* c. *Armco Inc.* [2001] UKHL 64 ; [2002] 1 All ER 749 ; [2001] 1 Lloyd's Rep. 425 (Chambre des Lords, Angleterre).
[123] Voir *Continental Bank* c. *Aeakos Compania Naviera* [1994] 1 WLR 588 ; [1994] 2 All ER 540 ; [1994] 1 Lloyd's Rep. 505 (Cour d'appel, Angleterre).
[124] L'art. 11 dispose que l'art. 7 interdit également la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu en contravention à un accord exclusif d'élection de for. Cette question est examinée ci-dessous.

in particular to allow the courts of the State under the law of which an intellectual property right arose to give judgment on its validity. It also permits the proceedings to be dismissed, provided that such dismissal does not prevent the proceedings from being recommenced. (This latter provision was included because it is said that, in some countries, it is difficult, if not impossible, to suspend proceedings.)

111 Article 6 does not *give* the courts of Contracting States the power to stay or dismiss proceedings. It merely *preserves* such powers as already exist under internal procedural law by making clear that they are not restricted by the Convention. It is not intended to restrict national powers in any way.

112 This Article is intended to apply in a number of situations,[116] the most important being where, in an intellectual property licensing agreement, there is a choice of court clause giving jurisdiction to a court of a State other than that under the law of which the right arose. If proceedings were brought under the choice of court clause to enforce the licensing agreement and the defendant challenged the validity of the intellectual property right, the chosen court might want to stay the proceedings before it to allow the question of validity to be decided by the appropriate court of the State under the law of which the intellectual property right arose (in the case of a registered right, the State of registration). In some situations, this might be desirable in the interests of justice.

113 It is not easy to imagine circumstances in which a stay would be granted outside the intellectual property area,[117] but the following might constitute an example. A agrees to sell land in State X to B, and the contract contains a choice of court clause in favour of the courts of State Y. B fails to pay the price and A sues him in State Y. B defends the action by asserting that A does not have title to the land and cannot, therefore, transfer it to him. In this situation, the court might want to stay the proceedings to enable the courts of State X to decide the question of title.[118]

114 Article 6 is in square brackets because it has not yet been agreed. Opponents of the provision argue that it might encourage dishonest parties to ask for proceedings to be suspended simply as a time-wasting tactic. It could also be regarded as negating, or at least weakening, the obligation in Article 5(2). It could even be argued that, in its present form, it might be understood as permitting a court to stay proceedings on the ground that another court would be more appropriate to decide the whole case (doctrine of *forum non conveniens*).[119] Furthermore, it might be misread as implying that the powers of national courts are restricted to the extent that they are not covered by Article 6.

115 The Diplomatic Session will have to decide whether Article 6 should be retained and, if so, whether it should be amended.

[116] The words "in particular" indicate that the provision is not confined to intellectual property cases.
[117] References to another court or body (such as a patent office) in the *same* State could be made without the need for a special provision in the Convention: they would be matters of internal procedure (see para. 42 *supra*). The same would apply to references to a court of a Regional Economic Integration Organisation, such as the European Community (*ibid.*): it would be regarded as a State for this purpose (see Art. 26(5)).
[118] A contract for the sale of land (as distinct from a conveyance (transfer) of land) is not excluded from the scope of the Convention by Art. 2(2) *i)*: *cf.* Schlosser Report, paras 169–172 (on the equivalent provision in the Brussels Convention).
[119] The words "in particular" indicate that proceedings may be suspended for purposes other than that referred to in the text.

Article 7 – Obligations of a court not chosen

116 Article 7 is the second "key provision" of the Convention. Like other provisions, it applies only if the choice of court agreement is exclusive and only if the chosen court is in a Contracting State.[120] It is addressed to courts other than that chosen, and requires them to refrain from hearing the case, even if they have jurisdiction under their national law. This is essential if the exclusive character of the choice of court agreement is to be respected.

117 Article 7 applies only if the parties to the proceedings are bound by the choice of court agreement. Normally they must be parties to the agreement, though, as we saw above,[121] there are circumstances in which someone who is not a party to the agreement will nevertheless be bound by it.

118 Problems can arise in multi-party cases. Assume that A, who is resident in State X, sells goods to B, who is resident in State Y. The contract contains a choice of court clause in favour of the courts of State X. The goods are delivered in State Y and B sells them to C, who is also resident in State Y. If C claims that the goods are defective, he can sue B in State Y. He could also sue A (in tort), since the choice of court agreement would not be binding between A and C. However, if he sues only B, and B wishes to join A as a third party, he will be unable to do so: the choice of court agreement is binding between A and B and the court will have to suspend or dismiss the proceedings against A.[122]

119 Article 7 requires the court to suspend or dismiss the "proceedings". It is not stated expressly what proceedings this refers to. However, it is clear from the context that it covers all proceedings inconsistent with the choice of court agreement. To determine what these are, the court must interpret the agreement. Under Article 3 *a)* of the Convention, the agreement applies to disputes "which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship". In interpreting the agreement, the court must decide what that relationship is, and which disputes the agreement applies to. It must decide, for example, whether a choice of court clause in a loan agreement covers a tort action by the borrower against the lender for enforcing the agreement in an allegedly abusive manner.[123]

120 The most common situation in which Article 7 would apply is where a party brings an action covered by the choice of court agreement in a court other than that designated.[124]

121 Proceedings for an antisuit injunction to prevent one of the parties from suing in the chosen court would be inconsistent with the choice of court agreement. They too would be covered by Article 7.

122 If the proceedings are covered by Article 7, the court must either suspend or dismiss them, unless one of the exceptions applies. It would be appropriate to suspend the proceed-

[120] This follows from the definition of "exclusive choice of court agreement" in Art. 3 *a)*.
[121] Para. 52.
[122] This could result in the proceedings being split in an undesirable way. Some courts, therefore, refuse to enforce choice of court agreements in such cases: see *Grecon Dimter Inc.* v. *Normand Inc.*, Quebec Court of Appeal, 12 January 2004 (available on <www.jugements.qc.ca>); *cf. Donohue* v. *Armco Inc.* [2001] UKHL 64; [2002] 1 All ER 749; [2001] 1 Lloyd's Rep. 425 (House of Lords, England).
[123] See *Continental Bank* v. *Aeakos Compania Naviera* [1994] 1 WLR 588; [1994] 2 All ER 540; [1994] 1 Lloyd's Rep. 505 (Court of Appeal, England).
[124] Art. 11 provides that Art. 7 also precludes recognition or enforcement of a judgment rendered in contravention of an exclusive choice of court agreement. This is discussed below.

si possible[125]; lorsque de nouveaux événements pourraient survenir qui seraient susceptibles de modifier la situation, par exemple, si le tribunal élu n'a pas encore connu de l'affaire et qu'il n'est pas certain qu'il le fera.

123 **Cinq exceptions**. L'article 7 établit cinq exceptions à la règle selon laquelle le tribunal doit surseoir ou se dessaisir. Les deux premières[126] sont assez courantes, mais les troisième et quatrième[127] ont vocation à s'appliquer uniquement dans les situations les plus exceptionnelles. Si elles étaient appliquées trop largement, tout l'objet de la Convention serait affaibli.

124 **La première exception : nullité**. La première exception est la nullité de l'accord selon le droit du tribunal élu[128]. Il s'agit du pendant de la disposition à l'article 5(1)[129]. Cependant, si selon l'article 5(1) le tribunal saisi est le tribunal élu, ce ne sera pas le cas en vertu de l'article 7 *a)*. Dans ce dernier cas, le tribunal saisi n'appliquera donc pas son propre droit[130]. Par conséquent, il devient important de savoir si l'incapacité relève de l'article 7 *a)* ainsi que de l'article 7 *b)*. Cela est examiné ci–dessous.

125 **La deuxième exception : incapacité**. La deuxième exception concerne le cas où une partie n'avait pas la capacité à conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi. Ici encore, le « droit » inclut les règles de conflit de lois de cet État[131]. Pour décider si l'accord d'élection de for est nul, le droit du tribunal élu doit être appliqué par les tribunaux de tous les États contractants. Cependant, en ce qui concerne la capacité, il a été jugé trop ambitieux d'établir une règle uniforme de conflit de lois pour tous les États contractants ; en conséquence, selon l'article 7 *b)*, le tribunal saisi appliquera le droit désigné par ses propres règles de conflit de lois[132]. Comme l'incapacité annulera également l'accord selon les termes de l'article 7 *a)*, cela impliquerait que la capacité est déterminée *à la fois* par le droit du tribunal élu *et* par le droit du tribunal saisi[133]. *Cet avis ne semble pas soulever de contestation ; cependant, il a été suggéré que la situation devrait être clarifiée en ajoutant les termes « pour un motif quelconque, y compris l'incapacité » à l'article 7* a)[134].

126 **La troisième exception (première branche) : injustice**[135]. La troisième exception concerne la situation où l'effet donné à l'accord aboutirait à une « injustice très grave » ou serait « manifestement contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public de l'État du tribunal saisi ». Dans certains systèmes de droit, la première expression serait considérée comme comprise dans la seconde. Les juristes de ces systèmes jugeraient évident qu'un accord aboutissant à une injustice très grave serait nécessairement contraire à l'ordre public. Dans le cas de ces systèmes de droit, la première expression pourrait être redondante[136]. Dans d'autres systèmes de droit, cependant, le concept de l'ordre public vise l'intérêt général – l'intérêt du public en général – plutôt que les intérêts d'un particulier, y compris une partie. C'est pour cette raison que les deux expressions sont nécessaires.

127 L'expression « injustice très grave » recouvrirait la situation où l'une des parties ne bénéficierait pas d'un procès équitable dans l'État étranger, peut-être pour une raison telle que la partialité ou la corruption, ou lorsqu'il existe d'autres motifs particuliers à cette partie l'empêchant d'engager une procédure ou de s'en défendre devant le tribunal élu. Elle pourrait également viser les circonstances de la conclusion de l'accord – par exemple, s'il résulte d'une fraude.

128 **La troisième exception (seconde branche) : ordre public**. L'expression « manifestement contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public de l'État du tribunal saisi » recouvrira des situations où le tribunal élu n'appliquerait pas une règle ou un principe considéré dans l'État du tribunal saisi comme faisant manifestement partie de son ordre public fondamental[137].

129 **La quatrième exception : impossibilité de mise en œuvre**[138]. La quatrième exception vise la situation où, pour un motif exceptionnel, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre. Cela a vocation à s'appliquer aux situations où il ne serait pas possible d'engager une procédure devant le tribunal élu. Il n'est pas nécessaire que cela soit absolument impossible, mais la situation doit être exceptionnelle. On pourrait donner comme exemple une situation de guerre dans l'État concerné avec un arrêt du fonctionnement de ses tribunaux. Un autre exemple serait une situation où le tribunal élu n'existe plus, ou a changé d'une manière tellement fondamentale qu'il ne peut plus être considéré comme étant le même tribunal[139]. Cette exception serait considérée comme une application du principe de l'impossibilité d'exécution (ou autres semblables), selon lequel un contrat est résolu si, du fait d'un changement des circonstances après sa conclusion, il n'est plus possible de le mettre en œuvre[140].

130 **La cinquième exception : le tribunal élu n'a pas connu du litige**. La cinquième exception concerne la situation où le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige. Cela pourrait être considéré comme relevant de la quatrième exception, mais est suffisamment différent pour justifier un traitement distinct[141].

Article 8 – Mesures provisoires et conservatoires

131 L'article 8 dispose que la Convention ne régit pas les mesures provisoires et conservatoires. Elle n'impose ni n'interdit à un tribunal d'un État contractant d'ordonner de telles mesures, pas plus qu'elle n'affecte le droit d'une partie à les demander. Cela concerne principalement les mesures provisoires (temporaires) destinées à protéger la situation de l'une des parties dans l'attente du jugement du tribunal élu[142], bien que cela puisse également recouvrir des mesures ordonnées après le jugement et destinées à faciliter son exécution. Un exemple évident serait une ordonnance immobilisant les biens du défendeur. Un autre exemple serait une ordonnance avant-dire-droit interdisant au défendeur de faire quelque chose qui est prétendu porter atteinte aux droits du demandeur. Un troisième exemple serait une injonction anti-poursuites empêchant une partie d'engager une procédure devant un tribunal

[125] Dans certains États, le tribunal n'a qu'un pouvoir limité de surseoir à statuer. Par exemple, selon le Code de procédure civile japonais, un tribunal ne peut surseoir à statuer que lorsque le tribunal est dans l'incapacité de fonctionner du fait d'une catastrophe naturelle ou autre cas d'urgence semblable (art. 130), ou qu'une partie, pour une durée indéterminée, n'est pas en mesure de poursuivre la procédure (art. 131).
[126] Aux alinéas *a)* et *b)*.
[127] Aux alinéas *c)* et *d)*.
[128] La suppression des termes « en vertu de la loi de l'État du tribunal élu » a été proposée. Les questions de politique concernées sont examinées dans l'annexe I au présent rapport.
[129] Discuté ci-dessus, para. 92 et s.
[130] Voir note 91 ci-dessus.
[131] Voir para. 92 ci-dessus.
[132] Dans une procédure de reconnaissance ou d'exécution, le tribunal requis appliquera également ses propres règles de conflit de lois pour trancher les questions de capacité selon l'art. 9(1) *b)*.
[133] Voir note 91 ci-dessus.
[134] Art. 7 *a)*, note 3.
[135] La politique qui sous-tend l'art. 7 *c)* devra être examinée plus avant ; voir la note 4 à l'art. 7 *c)* à l'avant-projet de Convention.
[136] Pour les juristes de ces systèmes juridiques, il semblerait naturel d'insérer « autrement » avant « serait manifestement contraire » ; voir la note 4 à l'avant-projet de Convention.
[137] « Ordre public » inclut ici l'ordre public international de l'État concerné.
[138] La suppression de cette disposition a été proposée.
[139] Voir *Carvalho* c. *Hull Blyth* [1979] 1 WLR 1228 ; [1979] 3 All ER 280 ; [1980] 1 Lloyd's Rep. 172 (Cour d'appel, Angleterre).
[140] En droit allemand, par exemple, cela pourrait relever du principe de *Wegfall der Geschäftsgrundlage*.
[141] Au sujet de l'exception entre crochets, voir les para. 107 à 109.
[142] La mesure peut être ordonnée avant ou après l'engagement de la procédure devant le tribunal élu.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

ings, if possible,[125] where further developments might occur that would change the situation – for example, if the chosen court has not yet heard the case and it is uncertain whether it will do so.

123 **Five exceptions**. Article 7 lays down five exceptions to the rule that the proceedings must be suspended or dismissed. The first two[126] are fairly standard, but the third and fourth[127] are intended to apply only in the most exceptional circumstances. If they were applied too widely, the whole purpose of the Convention would be undermined.

124 **The first exception: null and void**. The first exception is where the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court.[128] This is the counterpart of the provision in Article 5(1).[129] However, while under Article 5(1) the court seised will be the chosen court, this will not be the case under Article 7 *a)*. In the latter case, therefore, the court seised will not be applying its own law.[130] Consequently, it becomes important to know whether incapacity is covered by Article 7 *a)* as well as by Article 7 *b)*. This is discussed below.

125 **The second exception: incapacity**. The second exception is where a party lacked capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised. Here again "law" includes the choice of law rules of that State.[131] In deciding whether the choice of court agreement is null and void, the law of the chosen court must be applied by courts in all the Contracting States. In the case of capacity, however, it was considered too ambitious to lay down a uniform choice of law rule for all the Contracting States; accordingly, under Article 7 *b)* the court seised will apply the law designated by its own choice of law rules.[132] Since lack of capacity would also make the agreement null and void in terms of Article 7 *a)*, this could mean that capacity is determined *both* by the law of the chosen court *and* by the law of the court seised.[133] *There seems to be no objection to this view; however, it has been proposed that the situation should be clarified by adding the words "on any ground, including incapacity" to Article 7* a).[134]

126 **The third exception (first limb): injustice**.[135] The third exception is where giving effect to the agreement would lead to a "very serious injustice" or would be "manifestly contrary to fundamental principles of public policy of the State of the court seised". In some legal systems, the first phrase would be regarded as covered by the second. Lawyers from those systems would consider it axiomatic that an agreement leading to a very serious injustice would necessarily be contrary to public policy. In the case of such legal systems, the first phrase might be redundant.[136] In other legal systems, however, the concept of public policy refers to general interests – the interests of the public at large – rather than the interests of any particular individual, including a party. It is for this reason that both phrases are necessary.

127 The phrase "very serious injustice" would cover the case where one of the parties would not get a fair trial in the foreign State, perhaps because of bias or corruption, or where there were other reasons specific to that party that would preclude him or her from bringing or defending proceedings in the chosen court. It might also relate to the circumstances in which the agreement was concluded – for example, if it was the result of fraud.

128 **The third exception (second limb): public policy**. The phrase "manifestly contrary to fundamental principles of public policy of the State of the court seised" would cover situations where the chosen court would not apply some rule or principle that was regarded in the State of the court seised as being manifestly part of its fundamental public policy.[137]

129 **The fourth exception: incapable of performance**.[138] The fourth exception is where for exceptional reasons the agreement cannot reasonably be performed. This is intended to apply to cases where it would not be possible to bring proceedings before the chosen court. It need not be absolutely impossible, but the situation must be exceptional. One example would be where there is a war in the State concerned and its courts are not functioning. Another example would be where the chosen court no longer exists, or has changed to such a fundamental degree that it could no longer be regarded as the same court.[139] This exception could be regarded as an application of the doctrine of frustration (or similar doctrines), under which a contract is discharged if, due to a change of circumstances after its conclusion, it is no longer possible to carry it out.[140]

130 **The fifth exception: case not heard**. The fifth exception is where the chosen court has decided not to hear the case. This could be regarded as covered by the fourth exception, but it is sufficiently different to deserve separate treatment.[141]

Article 8 – Interim measures of protection

131 Article 8 states that interim measures of protection are not governed by the Convention. It neither requires nor precludes the grant of such measures by a court of a Contracting State, nor does it affect the right of a party to request such measures. This refers primarily to interim (temporary) measures to protect the position of one of the parties, pending judgment by the chosen court,[142] though it could also cover measures granted after judgment that are intended to facilitate its enforcement. An order freezing the defendant's assets is an obvious example. Another example is an interim injunction preventing the defendant from doing something that is alleged to be an infringement of the plaintiff's rights. A third example is an antisuit injunction precluding a party from bringing proceedings in a court other

[125] In some countries, the court has only limited powers to stay the proceedings. For example, under the Japanese Code of Civil Procedure, a court can stay the proceedings only where the court is unable to function because of a natural disaster or similar emergency (Art. 130), or where a party is, for an indefinite period of time, not in a position to continue the proceedings (Art. 131).
[126] In sub-paras *a)* and *b)*.
[127] In sub-paras *c)* and *d)*.
[128] It has been proposed that the words "under the law of the State of the chosen court" be deleted. The policy issues involved are discussed in Annex I to this Report.
[129] Discussed above at paras 81 *et seq*.
[130] See note 91 *supra*.
[131] See para. 92 *supra*.
[132] In recognition or enforcement proceedings, the court addressed will also apply its own choice of law rules when deciding questions of capacity under Art. 9(1) *b)*.
[133] See note 91 *supra*.
[134] Art. 7 *a)*, footnote 3.
[135] The policy behind Art. 7 *c)* needs further consideration: see footnote 4 to Art. 7 *c)* of the preliminary draft Convention.
[136] For lawyers from these legal systems, it would seem natural to insert the word "otherwise" before "be manifestly contrary": see footnote 4 to the present text of the preliminary draft Convention.
[137] Here "public policy" includes the international public policy of the State concerned.
[138] It has been proposed that this provision should be deleted.
[139] See *Carvalho v. Hull Blyth* [1979] 1 WLR 1228; [1979] 3 All ER 280; [1980] 1 Lloyd's Rep. 172 (Court of Appeal, England).
[140] Under German law, for example, it could be covered by the doctrine of *Wegfall der Geschäftsgrundlage*.
[141] With regard to the exception in square brackets, see paras 107-109.
[142] The measure might be granted either before, or after, proceedings are commenced in the chosen court.

Dogauchi-Hartley Draft Report

autre que le tribunal élu. Un quatrième exemple serait une ordonnance de production d'éléments de preuve en vue de leur utilisation dans le cadre de la procédure devant le tribunal élu. Toutes ces mesures ont pour but d'appuyer l'accord d'élection de for en le rendant plus efficace. Elles contribuent donc à atteindre l'objectif de la Convention.

132 Une fois que le tribunal élu a rendu son jugement, une mesure provisoire incompatible avec ce jugement doit être rapportée. Lui permettre de rester en vigueur serait contraire à l'exigence de reconnaissance du jugement établie par l'article 9. Par exemple, si un tribunal autre que le tribunal élu rend une ordonnance avant-dire-droit en vue de protéger un droit auquel prétend le demandeur, il doit la rapporter si le tribunal élu juge que le demandeur ne dispose pas de ce droit (sauf si ce jugement n'est pas soumis à reconnaissance en vertu de la Convention). De même, une ordonnance immobilisant des biens doit être rapportée si le tribunal élu rend un jugement en faveur du défendeur (sauf si ce jugement n'est pas soumis à reconnaissance en vertu de la Convention).

133 Un tribunal ordonnant une mesure de cet ordre le fait en vertu de son propre droit. La Convention n'exige pas que la mesure soit ordonnée mais n'empêche pas le tribunal de l'ordonner. Les tribunaux des autres États contractants ne sont pas tenus de lui accorder la reconnaissance ou l'exécution; cependant, cela ne leur est pas interdit. Tout dépend du droit interne.

134 Il va sans dire que le tribunal désigné dans l'accord d'élection de for peut ordonner toute mesure provisoire qu'il juge appropriée. Si une mesure provisoire – par exemple, une injonction – ordonnée par ce tribunal est par la suite rendue définitive, elle sera exécutoire en vertu de la Convention dans les autres États contractants[143]. Si elle est seulement temporaire, elle n'est pas un «jugement» tel que défini par l'article 4(1)[144]. En pareil cas, les tribunaux des autres États contractants pourraient l'exécuter en vertu de leur droit interne, mais ne seraient pas tenus de le faire en vertu de la Convention.

Article 9 – Reconnaissance et exécution

135. L'article 9(1) est la troisième «disposition-clé» de la Convention. Il dispose qu'un jugement rendu par un tribunal dans un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for doit recevoir reconnaissance et exécution dans les autres États contractants[145]. La première condition, et la plus importante, pour la reconnaissance et l'exécution est donc l'existence d'un accord exclusif d'élection de for désignant le tribunal d'origine.

136. **Six exceptions**. Outre l'établissement du principe de la reconnaissance, l'article 9(1) expose également six exceptions à celui-ci aux alinéas *a)* à *f)*[146]. Dans les cas où ces exceptions s'appliquent, la Convention ne requiert pas que le tribunal requis reconnaisse ou exécute le jugement. Elle ne l'interdit pas non plus[147].

137 **La première exception : nullité**. Les deux premières exceptions sont identiques à celles de l'article 7. L'alinéa *a)* indique que la reconnaissance ou l'exécution peut être refusée si l'accord était nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu[148]. Cependant, il ajoute «à moins que celui-ci n'ait constaté que l'accord est valable», indiquant ainsi que le tribunal requis ne peut substituer son jugement à celui du tribunal élu[149]. L'objectif est ici d'éviter les décisions contradictoires sur la validité de l'accord entre différents États contractants : ils sont tous tenus d'appliquer la loi de l'État du tribunal élu, et doivent respecter toute décision de ce tribunal à cet égard.

138 **La deuxième exception : capacité**. La deuxième exception, exposée à l'alinéa *b)*, suit la formulation de l'article 7 *b)*. À l'article 9(1) *b)* aussi bien qu'à l'article 7 *b)*, la capacité est déterminée selon le droit du for (y compris ses règles de droit international privé). Cependant, le for est différent dans les deux situations : à l'article 7 *b)* il s'agit d'un tribunal devant lequel une procédure incompatible avec l'accord est engagée ; à l'article 9(1) *b)* il s'agit du tribunal auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution du jugement du tribunal élu. Comme indiqué précédemment, il a été jugé trop ambitieux de chercher à unifier les règles de droit international privé en matière de capacité. L'observation figurant au paragraphe 125 ci-dessus s'applique ici aussi : comme l'incapacité rendrait l'accord nul aux termes de l'article 9(1) *a)*, il semble ne pas y avoir d'objection à l'avis selon lequel la capacité est déterminée à la fois par la loi du tribunal élu et par la loi du tribunal saisi. Il a été proposé de clarifier cette question en ajoutant les termes «pour un motif quelconque, y compris l'incapacité» à l'article 9(1) *a)*.

139 **La troisième exception : notification**. La troisième exception, exposée à l'alinéa *c)*, permet de refuser la reconnaissance si le défendeur n'a pas été notifié régulièrement. Deux règles sont concernées : la première, établie par l'alinéa *c)* (i), traite des intérêts du défendeur ; la seconde, établie par l'alinéa *c)*(ii), traite des intérêts de l'État de notification[150].

140 **Protection du défendeur**. L'alinéa *c)*(i) fixe un critère purement matériel pour assurer que le défendeur a bien été notifié. Il dispose que le tribunal requis pourra refuser la reconnaissance ou l'exécution si l'acte introductif d'instance, ou acte équivalent comportant les éléments essentiels de la demande, n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et d'une manière lui permettant d'organiser sa défense. Cette règle n'est cependant pas applicable si le défendeur a comparu et présenté sa défense sans contester la notification. Cela est destiné à empêcher le défendeur de soulever au stade de l'exécution des questions qu'il aurait pu soulever dans le cadre de la procédure d'origine. Elle ne s'appliquerait que lorsque le défendeur avait connaissance de la procédure et a comparu, bien qu'il puisse ne pas avoir disposé d'un délai suffisant pour préparer sa défense. En pareil cas, le recours évident serait de demander un renvoi. S'il ne le fait pas, il ne devrait pas être autorisé à faire valoir un défaut de notification régulière comme motif de non-reconnaissance du jugement[151].

141 **Protection de l'État de notification**. De nombreux États, y compris les principaux pays de *common law*, n'ont

[143] Art. 9(1).
[144] Voir para. 83 ci-dessus.
[145] Cependant, il était entendu par la Conférence qu'un État contractant n'est pas tenu d'exécuter un jugement donnant lieu à une mesure non monétaire si elle n'est pas disponible en vertu de son système juridique. Néanmoins, il devrait donner au jugement étranger l'effet le plus ample possible en vertu de son droit interne. Voir para. 50 ci-dessus.
[146] La note 7 du texte de l'avant-projet de Convention indique qu'il conviendra de considérer plus avant la question de savoir si les matières relevant de l'art. 7 *c)* et *d)* sont suffisamment traduites par l'art. 9(1).
[147] Cela résulte de l'utilisation de «peut être» au lieu de «sera» dans la seconde phrase du chapeau de l'art. 9(1). Il résulte de cette rédaction que chaque État peut fixer la législation qui lui convient, ainsi que les circonstances dans lesquelles de tels jugements doivent être reconnus et exécutés. En l'absence de telles règles (ou lorsque les règles en disposent ainsi), le tribunal requis peut décider de lui-même. Lors de la discussion de l'art. 9, il devrait être rappelé que le présent rapport ne traite que de la reconnaissance et l'exécution en vertu de la Convention, et non de la reconnaissance et l'exécution selon le droit interne.
[148] Le droit de l'État du tribunal élu inclut les règles de droit international privé de cet État ; voir para. 92 ci-dessus.
[149] Le fait que le tribunal d'origine a rendu un jugement n'implique pas nécessairement qu'il a considéré l'accord d'élection de for comme valable : il peut s'être déclaré compétent pour un autre motif autorisé par son droit interne.
[150] L'art. 9 est adressé au tribunal auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution du jugement, et non au tribunal qui le rend. Ce dernier tribunal doit appliquer son propre droit procédural. Ce droit peut prévoir l'application des règles de signification de l'État où la notification a lieu.
[151] Cette règle ne s'applique pas s'il n'était pas possible de contester la notification devant le tribunal d'origine.

than that chosen. A fourth example would be an order for the production of evidence for use in proceedings before the chosen court. All these measures are intended to support the choice of court agreement by making it more effective. They thus help to achieve the objective of the Convention.

132 Once the chosen court has given judgment, an interim measure that is inconsistent with the judgment must be rescinded. To allow it to continue in force would conflict with the requirement to recognise the judgment laid down in Article 9. For example, if a court other than that chosen grants an interim injunction to protect a right claimed by the plaintiff, it must lift the injunction if the chosen court rules that the plaintiff has no such right (unless that judgment is not subject to recognition under the Convention). Likewise, an asset-freezing order should be lifted if the chosen court gives judgment for the defendant (unless that judgment is not subject to recognition under the Convention).

133 A court that grants a measure of this kind does so under its own law. The Convention does not require the measure to be granted but it does not preclude the court from granting it. Courts in other Contracting States are not required to recognise or enforce it; however, they are not precluded from doing so. It all depends on national law.

134 It goes without saying that the court designated in the choice of court agreement can grant any interim measure it thinks appropriate. If an interim measure – for example, an injunction – granted by that court is subsequently made permanent, it will be enforceable under the Convention in other Contracting States.[143] If it is merely temporary, it will not constitute a "judgment" as defined by Article 4(1).[144] In such a case, courts in other Contracting States could enforce it under their national law, but would not be obliged to do so under the Convention.

Article 9 – Recognition and enforcement

135 Article 9(1) is the third "key provision" in the Convention. It states that a judgment given by a court in a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement must be recognised and enforced in other Contracting States.[145] The first and most important condition for recognition and enforcement is, therefore, the existence of an exclusive choice of court agreement designating the court of origin.

136 **Six exceptions**. In addition to laying down the principle of recognition, Article 9(1) also sets out six exceptions to it in sub-paragraphs *a)* to *f)*.[146] Where these exceptions apply, the Convention does not require the court addressed to recognise or enforce the judgment, though it does not preclude it from doing so.[147]

137 **The first exception: null and void**. The first two exceptions mirror those in Article 7. Sub-paragraph *a)* states that recognition or enforcement may be refused if the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court.[148] However, it adds, "unless the chosen court has determined that the agreement is valid", thus indicating that the court addressed may not substitute its judgment for that of the chosen court.[149] The purpose of this is to avoid conflicting rulings on the validity of the agreement among different Contracting States: they are all required to apply the law of the State of the chosen court, and they must respect any ruling on the point by that court.

138 **The second exception: capacity**. The second exception, set out in sub-paragraph *b)*, follows the wording of Article 7 *b)*. In both Article 9(1) *b)* and Article 7 *b)*, capacity is determined by the law of the forum (including its choice of law rules). However, the forum is different in the two cases: in Article 7 *b)* it is a court before which proceedings inconsistent with the agreement are brought; in Article 9(1) *b)* it is the court asked to recognise or enforce the judgment of the chosen court. As mentioned previously, it was thought too ambitious to attempt to unify choice of law rules on capacity. The point made in paragraph 125, above, applies here too: since lack of capacity would also make the agreement null and void in terms of Article 9(1) *a)*, there seems to be no objection to the view that capacity is determined both by the law of the chosen court and by the law of the court seised. It has been proposed that the matter should be clarified by adding the words "on any ground, including incapacity" to Article 9(1) *a)*.

139 **The third exception: notification**. The third exception, set out in sub-paragraph *c)*, permits non-recognition if the defendant was not properly notified. Two rules are involved: the first, laid down in sub-paragraph *c)*(i), is concerned with the interests of the defendant; the second, laid down in sub-paragraph *c)*(ii), is concerned with the interests of the State of notification.[150]

140 **Protection of the defendant**. Sub-paragraph *c)*(i) lays down a purely factual test to ensure that the defendant was properly notified. It states that the court addressed may refuse to recognise or enforce the judgment if the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence. This rule does not apply, however, if the defendant entered an appearance and presented his or her case without contesting notification. This is to stop the defendant raising issues at the enforcement stage that he or she could have raised in the original proceedings. It would apply only where the defendant knew about the proceedings and entered an appearance, even though he or she might have had insufficient time to prepare his case properly. In such a situation, the obvious remedy would be for him or her to seek an adjournment. If he or she fails to do this, he or she should not be entitled to put forward the lack of proper notification as a ground for non-recognition of the judgment.[151]

141 **Protection of the State of notification**. Many States, including the major common law countries, have no objec-

[143] Art. 9(1).
[144] See para. 72 *supra*.
[145] However, it was understood by the Conference that a Contracting State is not obliged to enforce a judgment for a non-monetary remedy if this is not possible under its legal system. Nevertheless, it should give the foreign judgment the maximum effect that is possible under its internal law. See para. 39 *supra*.
[146] Footnote 7 to the text of the preliminary draft Convention states that further consideration needs to be given to whether the matters covered in Art. 7 *c)* and *d)* are adequately reflected in Art. 9(1).
[147] This is indicated by the use of "may", rather than "shall", in the second sentence of the "*chapeau*" to Art. 9(1). The result is that each Contracting State may adopt legislation laying down rules as to whether and, if so, in what circumstances such judgments are to be recognised and enforced. In the absence of such rules (or if the rules themselves so provide) the court addressed may decide this matter for itself. In the discussion on Art. 9, it should be remembered that this Report is concerned only with recognition and enforcement under the Convention, not with recognition or enforcement under internal law.

[148] The law of the State of the chosen court includes the choice of law rules of that State: see para. 81 *supra*.
[149] The fact that the court of origin gave judgment does not necessarily mean that it considered the choice of court agreement to be valid: it may have taken jurisdiction on some other ground permitted by its internal law.
[150] Art. 9 is addressed to the court called upon to recognise or enforce the judgment, not the court which gives it. The latter court has to apply its own procedural law. This law may provide for the application of the rules on service of the State in which notification takes place.
[151] This rule does not apply if it was not possible to contest notification in the court of origin.

aucune objection à la signification d'une assignation étrangère sur leur territoire sans aucune intervention de leur administration. Ils y voient une simple question de transmission d'information. Ainsi, si un juriste japonais souhaite signifier une assignation japonaise en Angleterre, il peut aller à Londres par avion, prendre un taxi jusqu'au domicile du défendeur, frapper à la porte et la lui remettre. Il n'aura commis aucune faute. D'autres pays (et notamment ceux de droit civil) sont d'un avis différent. Ils considèrent la signification d'une assignation comme un acte souverain (acte officiel) et jugent que la signification d'une assignation étrangère sur leur territoire sans leur autorisation porte atteinte à leur souveraineté. L'autorisation sera normalement accordée au moyen d'un accord international fixant la procédure à suivre[152]. De tels États ne seront pas disposés à reconnaître un jugement étranger si l'assignation a été signifiée d'une manière qu'ils considèrent comme une atteinte à leur souveraineté[153]. L'alinéa *c)*(ii) tient compte de ce point de vue en disposant que le tribunal requis pourra refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement si l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur dans l'État requis en violation de l'ordre public de cet État. Contrairement aux autres motifs de non-reconnaissance, l'alinéa *c)*(ii) ne s'applique qu'à la reconnaissance et l'exécution dans l'État où la signification a eu lieu.

142 **La quatrième exception : fraude**. La quatrième exception, exposée à l'alinéa *d)*, est que le jugement résulte d'une fraude relative à la procédure. La fraude est constituée de la malhonnêteté intentionnelle ou de la faute intentionnelle. On pourrait citer comme exemples les situations où le demandeur a intentionnellement signifié ou fait signifier l'assignation à une mauvaise adresse ; où le demandeur fournit intentionnellement des renseignements erronés au défendeur quant au lieu et à la date de l'audience ; ou lorsque l'une des parties cherche à corrompre un juge, juré ou témoin, ou dissimule des éléments de preuve. La fraude peut aussi concerner l'accord d'élection de for lui-même – par exemple, si le demandeur a imité la signature du défendeur sur un faux document. Aux fins de l'alinéa *d)*, la fraude peut être du fait de l'une ou l'autre des parties ou du tribunal.

143 **La cinquième exception : ordre public**. La cinquième exception, exposée à l'alinéa *e)*, consiste en ce que la reconnaissance ou l'exécution serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, en particulier si la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État. La première partie de cette disposition ne fait que reprendre l'exception d'ordre public qu'on trouve couramment dans les conventions de ce type. La seconde a pour objet de diriger l'attention sur les défauts graves de procédure dans un cas d'espèce, décourageant ainsi une atteinte aux normes procédurales générales de l'État ayant rendu le jugement[154].

144 On constatera que ces trois dernières exceptions se recoupent largement, puisqu'elles concernent toutes, en tout ou partie, l'équité procédurale. Ainsi par exemple si, du fait de la fraude du demandeur, l'assignation n'a pas été signifiée au défendeur et il n'avait pas connaissance de la procédure, les exceptions figurant aux alinéas *c)*, *d)* et *e)* pourraient toutes être invoquées. Le motif de cet accent mis sur l'équité procédurale est que dans certains États, l'équité procédurale (dite également droits de la défense, justice naturelle, ou droit à un procès équitable) est exigée par la constitution. Dans ces États, il pourrait être contraire à la constitution de reconnaître un jugement étranger résultant d'une procédure dans le cadre de laquelle une infraction fondamentale à ces principes s'est produite.

145 En Europe, quelque 46 États sont parties à la Convention européenne des Droits de l'Homme[155] (CEDH), dont l'article 6 accorde le droit à un procès équitable. La Cour européenne des Droits de l'Homme a jugé que cela interdit à un tribunal d'un État contractant de la CEDH de reconnaître un jugement provenant d'un État non contractant si la procédure ayant donné lieu au jugement a enfreint la norme résultant de l'article 6[156]. Cela signifie qu'aucun de ces 46 États ne pourrait reconnaître un jugement lorsque le tribunal qui l'a rendu a enfreint le droit à un procès équitable. Le Cinquième et le Quatorzième Amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique et la constitution de nombreux autres États établissent des droits semblables. Pour ces motifs, la Convention devra être rédigée de manière à ne pas contraindre les États contractants à faire des choses que leur constitution ne leur permet pas.

146 **Sixième exception : jugements incompatibles**. L'alinéa *f)* traite de la situation où il existe un conflit entre le jugement dont la reconnaissance et l'exécution sont demandées en vertu de la Convention et un autre jugement rendu entre les mêmes parties. Il s'applique lorsque les deux jugements sont « incompatibles ». Le sens de cette expression soulève deux avis. L'un, l'alinéa *f)* ne s'applique que s'il existe un conflit entre le dispositif des deux jugements : il ne traite pas d'un conflit entre les raisonnements qui les fondent, ni de décisions sur les questions incidentes, qui relèvent de l'article 10. L'autre, cependant, conçoit qu'un conflit de ce dernier type pourrait également être couvert. Si la seconde opinion est exacte, l'article 10(2) serait inutile. La seconde opinion élargirait considérablement le champ d'application de l'alinéa *f)* et étendrait la gamme des jugements dont la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées à ce titre.

147 L'alinéa *f)* fixe deux règles. La première traite des situations où le jugement incompatible est rendu par un tribunal de l'État requis. En pareil cas, ce jugement prime, qu'il ait ou non été rendu en premier : le tribunal requis a le droit d'accorder la primauté au jugement provenant de son propre État, même s'il a été rendu après le jugement en vertu de l'accord d'élection de for. Il n'est pas nécessaire que le fondement de l'action soit le même.

148 Un conflit de jugements dans lequel la première règle s'applique ne se produira normalement que si le tribunal ayant rendu le jugement en conflit avec le jugement en vertu de l'accord d'élection de for pensait que l'une des exceptions prévues par l'article 7 s'appliquait. Dans le cas contraire, il

[152] 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* en est le principal exemple. Voir également le Règlement du Conseil (CE) No 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, JO L 160, p. 37.

[153] Dans l'arrêt de la Cour suprême du Japon du 28 avril 1998, *Minshu*, Vol. 52, No 3, p. 853 (traduction anglaise dans le *Japanese Annual of International Law*, No 42, p. 155), il a été jugé que la remise directe d'un acte de procédure par un juriste japonais, à qui elle avait été demandée par un juriste de Hong Kong, n'était pas conforme aux règles de la Convention de La Haye sur la notification, et ne remplissait pas les conditions de l'art. 118(ii) du Code de procédure civile japonais. L'art. 118(ii) dispose qu'« un jugement définitif d'un tribunal étranger produira ses effets dans la mesure où il remplit les conditions suivantes : [...] (ii) le défendeur malheureux a reçu la signification d'une convocation ou ordonnance nécessaire à l'engagement de la procédure autrement que par voie de publication, ou a comparu volontairement sans avoir reçu cette signification [...] ».

[154] La seconde partie n'est cependant pas destinée à limiter la première : l'ordre public peut également être invoqué lorsque le jugement étranger est contraire au droit matériel de l'État requis.

[155] Une liste mise à jour des États parties est disponible à l'adresse <http.conventions.coe.int>.

[156] *Pellegrini* c. *Italie*, arrêt du 20 juillet 2001 (disponible à l'adresse <www.echr.coe.int>) ; mais voir les affaires plus anciennes *Drozd et Janousek* c. *France et Espagne*, arrêt du 26 juin 1992, Série A, No 240 ; (1992) 14 EHRR 745 (para. 110) ; et *Soering* c. *Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, Série A, No 161 ; (1989) 11 EHRR 439 (para. 113), où la Cour européenne des Droits de l'Homme, en session plénière, a jugé que la reconnaissance ne devait être refusée qu'en cas de violation flagrante des normes établies par l'art. 6. Voir également *Lindberg* c. *Suède*, décision sur la recevabilité du 15 janvier 2004 (disponible à l'adresse <www.echr.coe.int>) qui concerne néanmoins une question légèrement différente ; et l'arrêt de la Chambre des Lords (Royaume-Uni) dans *United States Government* c. *Montgomery* (No 2), [2004] UKHL 37 ; [2004] 1 WLR 2241, dans lequel la Chambre des Lords a jugé que l'arrêt *Pellegrini* ne s'appliquait que lorsqu'une procédure est engagée en Italie pour la reconnaissance d'un jugement par un tribunal du Vatican.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

tion to the service of a foreign writ on their territory without any participation of their authorities. They see it simply as a matter of conveying information. Thus if a Japanese lawyer wants to serve a Japanese writ in England, he can fly to London, take a taxi to the defendant's home, knock on the door and give it to him. He will have done nothing wrong. Other countries (in particular, those in which the civil law applies) take a different view. They consider the service of a writ to be a sovereign act (official act) and they consider that it infringes their sovereignty for a foreign writ to be served on their territory without their permission. Permission would normally be given through an international agreement laying down the procedure to be followed.[152] Such States would be unwilling to recognise a foreign judgment if the writ was served in a way that they regarded as an infringement of their sovereignty.[153] Sub-paragraph *c)*(ii) takes account of this point of view by providing that the court addressed may refuse to recognise or enforce the judgment if the writ was notified to the defendant in the requested State in a manner that violated the public policy of that State. Unlike the other grounds of non-recognition, sub-paragraph *c)*(ii) applies only to recognition or enforcement in the State in which service took place.

142 **The fourth exception: fraud**. The fourth exception, set out in sub-paragraph *d)*, is that the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure. Fraud is deliberate dishonesty or deliberate wrongdoing. Examples would be where the plaintiff deliberately serves the writ, or causes it to be served, on the wrong address; where the plaintiff deliberately gives the defendant wrong information as to the time and place of the hearing; or where either party seeks to corrupt a judge, juror or witness, or conceals evidence. The fraud might also relate to the choice of court agreement itself – for example, if the plaintiff forged the defendant's signature on a false document. For the purpose of sub-paragraph *d)*, fraud may be committed by either party or by the court.

143 **The fifth exception: public policy**. The fifth exception, set out in sub-paragraph *e)*, is that recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State. The first part of this provision simply repeats the public-policy exception normally found in conventions of this kind. The second part is intended to focus attention on serious procedural failings in the particular case at hand, thus discouraging an attack on the general procedural standards of the State that granted the judgment.[154]

144 It will be seen that there is considerable overlap among the last three exceptions, since they all relate, partly or wholly, to procedural fairness. Thus, for example, if, owing to the plaintiff's fraud, the writ was not served on the defendant and (s)he was unaware of the proceedings, the exceptions set out in sub-paragraphs *c)*, *d)* and *e)* could all be invoked. The reason for this emphasis on procedural fairness is that in some countries procedural fairness (also known as due process of law, natural justice or the right to a fair trial) is constitutionally mandated. In such countries, it might be unconstitutional to recognise a foreign judgment obtained in proceedings in which a fundamental breach of this principle occurred.

145 In Europe, some 46 States are parties to the European Convention on Human Rights,[155] Article 6 of which grants the right to a fair trial. The European Court of Human Rights has held that this precludes a court in a Contracting State to the ECHR from recognising a judgment from a non-Contracting State if the proceedings that resulted in the judgment infringed the standard laid down in Article 6.[156] This means that none of these 46 States could recognise a judgment where the court that granted it infringed the right to a fair trial. Similar rights are laid down by the Fifth and Fourteenth Amendments to the United States Constitution and by the constitutions of many other countries. For these reasons, the Convention should be drafted in such a way that it does not oblige Contracting States to do something that they are not constitutionally able to do.

146 **The sixth exception: inconsistent judgments**. Sub-paragraph *f)* deals with the situation in which there is a conflict between the judgment for which recognition and enforcement are sought under the Convention and another judgment given between the same parties. It applies where the two judgments are "inconsistent". There are two views as to what this means. According to one view, sub-paragraph *f)* applies only if there is a conflict between the order (*dispositif*) in the two judgments: it is not concerned with a conflict between the reasoning on which they are based, nor is it concerned with rulings on incidental questions, a matter which is dealt with by Article 10. According to the other view, however, a conflict of this latter kind might also be covered. If the second view is correct, Article 10(2) would be unnecessary. The second view would considerably enlarge the scope of sub-paragraph *f)* and would widen the range of judgments that could be refused recognition or enforcement under it.

147 Sub-paragraph *f)* lays down two rules. The first is concerned with the case where the inconsistent judgment was granted by a court in the requested State. In such a situation, that judgment prevails, irrespective of whether it was given first: the court addressed is permitted to give preference to a judgment from its own State, even if that judgment was given after the judgment under the choice of court agreement. It is not necessary for the cause of action to be the same.

148 A conflict of judgments to which the first rule applies would normally arise only if the court that gave the judgment conflicting with the judgment under the choice of court agreement thought that one of the exceptions laid down in Article 7 applied. If this was not the case, it would have infringed the

[152] The *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* is the most important example. See also Council Regulation (EC) No 1348/2000 of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, *O.J.* L 160, p. 37.

[153] In the judgment of the Japanese Supreme Court of 28 April 1998, *Minshu*, Vol. 52, No 3, p. 853 (English translation in the *Japanese Annual of International Law*, No 42, p. 155), it was held that the direct delivery of process by a Japanese lawyer, who was asked to do so by a Hong Kong lawyer, did not comply with the rules provided for in the Hague Service Convention, and did not satisfy the requirement of Art. 118(ii) of the Japanese Code of Civil Procedure. Art. 118(ii) provides as follows: "A final and conclusive judgment rendered by a foreign court shall have effect insofar as it satisfies the following conditions: ... (ii) The unsuccessful defendant was served with a summons or an order necessary for the commencement of the procedure other than by service by publication, or has voluntarily appeared without being so served. ..."

[154] The second part is not, however, intended to limit the first part: public policy can also be invoked where the foreign judgment conflicts with a provision of the substantive law of the requested State.

[155] An up-to-date list of States Parties is available at <http.conventions.coe.int>.

[156] *Pellegrini* v. *Italy*, judgment of 20 July 2001, (2001) 35 EHRR 44 (available at <www.echr.coe.int>); but see the earlier cases of *Drozd and Janousek* v. *France and Spain*, judgment of 26 June 1992, Series A, No 240; (1992) 14 EHRR 745 (para. 110); and *Soering* v. *United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A, No 161; (1989) 11 EHRR 439 (para. 113), in which the (old) European Court of Human Rights, sitting in plenary session, held that recognition had to be refused only if there was a flagrant breach of the standards laid down in Art. 6. See also *Lindberg* v. *Sweden*, admissibility decision of 15 January 2004 (available at <www.echr.coe.int>), which, however, concerned a slightly different question; and the judgment of the House of Lords (United Kingdom) in *United States Government* v. *Montgomery (No 2)*, [2004] UKHL 37; [2004] 1 WLR 2241, where the House of Lords held that the *Pellegrini* case applies only where proceedings are brought in Italy to recognise a judgment by a Vatican court.

Dogauchi-Hartley Draft Report

aurait contrevenu à la Convention en connaissant de l'affaire. Cependant, si l'une des exceptions s'appliquait bien, le tribunal requis pourrait refuser de reconnaître le jugement en vertu de l'accord d'élection de for sur le fondement de l'article 9, paragraphe premier, alinéas *a)*, *b)* ou *e)*, car toutes les exceptions de l'article 7 sont reflétées à l'identique dans ces alinéas. La situation la plus probable nécessitant l'application de l'alinéa *f)* sera donc celle où le tribunal ayant rendu le jugement en conflit a considéré à tort avoir le droit de connaître de l'affaire en vertu de l'article 7[157]. En pareil cas, le tribunal requis a le droit de refuser la reconnaissance du jugement en vertu de l'accord d'élection de for afin d'éviter une incohérence entre différents jugements dans le même État.

149 La seconde règle traite de la situation où les deux jugements ont été rendus par des tribunaux étrangers. En ce cas, le jugement rendu en vertu de l'accord d'élection de for ne se verra refuser la reconnaissance et l'exécution que si les conditions suivantes sont remplies : premièrement, le jugement en vertu de l'accord d'élection de for doit avoir été rendu après le jugement en conflit ; deuxièmement, les parties doivent être les mêmes[158] ; troisièmement, l'objet et la cause doivent être les mêmes ; quatrièmement, le jugement en conflit doit remplir les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis [en vertu d'un accord international] ; et cinquièmement, le jugement en conflit ne doit pas avoir été rendu en violation de la Convention.

150 Ces conditions soulèvent deux questions. La première concerne les termes « en vertu d'un accord international »[159] dans la quatrième condition. Les termes sont entre crochets parce qu'il n'en a pas encore été convenu. Le problème est que les conséquences de leur inclusion différeraient selon les États. Certains États[160] ne reconnaissent et n'exécutent les jugements étrangers qu'en vertu d'un accord international. Pour de tels États, l'inclusion ou l'exclusion de ces termes ne ferait aucune différence. D'autres États[161] reconnaissent et exécutent les jugements étrangers en vertu de leur propre droit, mais sont également parties à des accords internationaux. Dans le cas de ces États, l'inclusion des termes entre crochets limiterait les situations d'application de la règle, mais elle serait néanmoins appliquée dans certains cas. D'autres États encore[162] ne sont parties à aucun accord international sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Dans de tels États, les jugements étrangers ne sont reconnus et exécutés que sur le fondement de leur propre droit. Si les termes entre crochets étaient inclus, la règle ne serait jamais appliquée par ces États. Eu égard à ces différences, certains délégués ont jugé qu'il serait inéquitable d'inclure dans la Convention les termes entre crochets ; d'autres étaient d'avis que les termes étaient justifiés parce que le principal objectif de la disposition est d'éviter les obligations internationales incompatibles de la part de l'État requis, et non de protéger son droit interne.

151 Le second point concerne l'exigence que le jugement n'ait pas été rendu en violation de la Convention. Cette exigence est tout à fait raisonnable : il serait mauvais que la reconnaissance et l'exécution soient refusées à un jugement rendu en vertu de la Convention parce qu'il est incompatible avec un jugement rendu en violation de celle-ci[163]. Cependant, la formulation actuelle accorde un avantage injustifiable aux États non contractants, car leurs jugements ne peuvent jamais être en violation de la Convention : s'ils ne sont pas parties à la Convention, ils ne peuvent rien faire qui y contrevienne. Il n'y a aucune raison que les États non contractants se voient accorder un tel avantage. En son état actuel, l'alinéa *f)* incite les États à ne pas devenir parties à la Convention.

152 Afin de l'éviter, la seconde partie de l'alinéa f) pourrait être modifiée pour mettre les États non contractants dans la même situation que les États contractants. La meilleure manière de le faire serait de lier l'alinéa f) à l'article 11. Ce dernier article interdit la reconnaissance ou l'exécution de jugements rendus en violation d'un accord exclusif d'élection de for, sauf dans le cas où un tribunal de l'État requis aurait pu lui-même connaître de l'affaire en vertu de l'une des exceptions résultant de l'article 7. Si ce lien était créé, l'alinéa f) serait rédigé comme suit :

La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée aux seuls motifs que :

[...]

f) le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans un litige entre les mêmes parties dans l'État requis, ou est incompatible avec un jugement rendu antérieurement dans un autre État entre les mêmes parties dans un litige ayant (le même objet et) la même cause, lorsque le jugement rendu antérieurement remplit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis, ***et que sa reconnaissance n'est pas contraire à l'article 11****.*

153 **Renvoi ou transfert**. S'il est décidé qu'un jugement rendu après le renvoi ou déplacement de l'affaire du tribunal élu vers un autre tribunal du même État contractant doit recevoir la reconnaissance ou l'exécution en vertu de la Convention même si les parties ont choisi un tribunal particulier[164], des ajustements devront être apportés à l'article 9. L'article 9(1) *bis)* indique quels devront être ces ajustements[165].

154 **Révision au fond**. L'article 9(2) interdit une révision au fond du jugement (bien qu'il autorise ce qui est nécessaire pour appliquer les dispositions du chapitre III de la Convention). C'est une disposition courante dans les conventions de ce type. En son absence, les jugements étrangers pourraient, dans certains pays, être révisés par le tribunal requis comme s'il s'agissait d'une juridiction d'appel connaissant d'un appel depuis le tribunal d'origine.

155 **Constatations de fait**. La seconde phrase de l'article 9(2) dispose que le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut. Dans cette disposition, « compétence » désigne la compétence en vertu de la Convention. Puisque celle-ci sera fondée sur l'accord d'élection de for, la disposition s'applique aux constatations de fait relatives à la validité formelle ou matérielle de l'accord, y compris la capacité des parties à le conclure. Elle s'applique également à toutes constatations de faits pertinentes pour délimiter le champ d'application de l'accord. Ainsi, lorsque le tribunal requis applique l'article 9(1) *a)* ou 9(1) *b)*, il devra accepter les constatations de fait effectuées par le tribunal d'origine. Cependant, le tribunal requis ne sera pas lié par l'évaluation en droit effectuée par le tribunal d'origine des faits qu'il a constatés. Par exemple, si le tribunal d'origine a constaté que l'accord d'élection de for a été conclu par

[157] Il pourrait y avoir des situations où l'application de l'art. 7 par le tribunal A diffère de l'application de l'art. 9 par le tribunal B, ou dans lesquelles la situation au moment de l'application de l'art. 7 diffère de celle au moment de l'application de l'art. 9.
[158] Cela concerne également la première règle.
[159] Contrairement à « instrument international » à l'art. 23(1), « accord international » ne comprend pas les règles édictées par une organisation internationale.
[160] Par exemple, Autriche, Chine et Suède (sous certaines réserves).
[161] Par exemple, Allemagne et Royaume-Uni.
[162] Par exemple, États-Unis d'Amérique et Japon (sous certaines réserves).
[163] Certes, la première règle résultant de l'alinéa *f)* pourrait être considérée comme ayant précisément cet effet. Cependant, un conflit entre deux tribunaux du même État quant à la bonne interprétation d'une disposition juridique donne lieu à des questions assez épineuses.

[164] Voir para. 107 et s. ci-dessus.
[165] Si les parties ont désigné un tribunal particulier et que l'affaire a néanmoins été renvoyée à un autre tribunal du même État, le jugement qui en résulte n'aura pas été rendu par le tribunal « désigné » dans l'accord d'élection de for, comme l'exigent les termes liminaires de l'art. 9(1).

Convention by hearing the proceedings. However, if one of the exceptions did apply, the court addressed could refuse to recognise the judgment under the choice of court agreement on the basis of Article 9, paragraph 1, sub-paragraph *a)*, sub-paragraph *b)* or sub-paragraph *e)*, since all the exceptions under Article 7 are mirrored in these sub-paragraphs. Consequently, the most likely situation in which the application of sub-paragraph *f)* will be necessary is where the court which granted the conflicting judgment was mistaken in thinking that it was entitled to hear the case under Article 7.[157] In such a case, the court addressed is permitted to refuse recognition to the judgment under the choice of court agreement in order to avoid inconsistency between different judgments in the same State.

149 The second rule is concerned with the situation in which both judgments were given by foreign courts. Here, the judgment given under the choice of court agreement may be refused recognition and enforcement only if the following requirements are satisfied: first, the judgment under the choice of court agreement must have been given after the conflicting judgment; secondly, the parties must be the same;[158] thirdly, the cause of action must be the same; fourthly, the conflicting judgment must fulfil the conditions necessary for its recognition in the requested State [under an international agreement]; and fifthly, the conflicting judgment must not have been given in contravention of the Convention.

150 These requirements raise two issues. The first concerns the words "under an international agreement"[159] in the fourth requirement. The words are in square brackets because they have not been agreed. The problem is that the consequences of their inclusion would be different for different States. Some States[160] recognise and enforce foreign judgments only under an international agreement. For such States, it would make no difference at all whether the words were included or excluded. Other States[161] recognise and enforce foreign judgments under their own law, but they are also parties to international agreements. In the case of such States, the inclusion of the words in square brackets would limit the situations in which the rule would be applied, but it would still be applied in some cases. Yet other States[162] are parties to no international agreements on recognition and enforcement of foreign judgments. In such States, foreign judgments are recognised and enforced only on the basis of their own law. If the words in square brackets were included, the rule would never be applied by such States. In view of these differences, some delegates felt that it would be unfair to include in the Convention the words in square brackets; others felt that the words were justified because the main purpose of the provision is to avoid conflicting international obligations on the part of the requested State, not to protect its internal law.

151 The second point concerns the requirement that the judgment must not have been given in contravention of the Convention. This is an entirely reasonable requirement: it would be wrong if recognition and enforcement were refused to a judgment given under the Convention because it conflicted with a judgment that was given in contravention of the Convention.[163] However, the present wording gives an unjustifiable advantage to non-Contracting States, since their judgments can never be in contravention of the Convention: if they are not parties to the Convention, nothing they do will be a contravention of it. There is no reason why non-Contracting States should be given such an advantage. As it stands at present, sub-paragraph *f)* gives States an incentive not to become parties to the Convention.

152 To avoid this, the second part of sub-paragraph f) could be modified to put non-Contracting States in the same position as Contracting States. The best way to do this would be to link sub-paragraph f) to Article 11. This latter Article precludes recognition or enforcement of judgments given in contravention of an exclusive choice of court agreement, unless a court in the requested State could itself have heard the case under one of the exceptions laid down in Article 7. If this link were made, sub-paragraph f) would read as follows:

Recognition or enforcement may be refused only on the following grounds –

...

f) the judgment is inconsistent with a judgment given in a dispute between the same parties in the requested State, or it is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties and involving the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State ***and its recognition is not contrary to Article 11****.*

153 **Transfer or removal**. If it is decided that a judgment given after the case has been transferred or removed from the chosen court to another court in the same Contracting State is to be recognised and enforced under the Convention even if the parties chose a specific court,[164] adjustments will have to be made to Article 9. Article 9(1 *bis*) indicates what those adjustments will have to be.[165]

154 ***Révision au fond***. Article 9(2) prohibits review as to the merits of the judgment (though it permits such review as is necessary to apply the provisions of Chapter III of the Convention). This is a standard provision in conventions of this kind. Without it, foreign judgments might in some countries be reviewed by the court addressed as if it were an appellate court hearing an appeal from the court of origin.

155 **Findings of fact**. The second sentence of Article 9(2) provides that the court addressed is bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default. In this provision, "jurisdiction" means jurisdiction under the Convention. Since this will be based on the choice of court agreement, the provision applies to findings of fact that relate to the formal or substantive validity of the agreement, including the capacity of the parties to conclude it. It also applies to any findings of fact relevant to determining the scope of the agreement. Thus, when the court addressed is applying Article 9(1) *a)* or 9(1) *b)*, it will have to accept findings of fact made by the court of origin. However, the court addressed will not be bound by the legal evaluation made by the court of origin of the facts it has found. For example, if the court of origin found that the choice of court agreement was entered into by

[157] There might be cases in which the application of Art. 7 by court A is different from the application of Art. 9 by court B, or in which the situation at the time of the application of Art. 7 is different from that at the time of the application of Art. 9.
[158] This also applies under the first rule.
[159] Unlike "international instrument" in Art. 23(1), "international agreement" does not include rules made by an international organisation.
[160] For example, Austria, China and Sweden (subject to certain exceptions).
[161] For example, Germany and the United Kingdom.
[162] For example, Japan and the United States (subject to certain exceptions).
[163] Admittedly, the first rule laid down by sub-para. *f)* could be regarded as doing just that. However, a conflict between two courts in the same State as to the correct interpretation of a legal provision raises rather delicate issues.

[164] See paras 107 *et seq. supra*.
[165] If the parties designated a specific court and the case was nevertheless transferred to another court in the same State, the resulting judgment would not have been given by the court "designated" in the choice of agreement, as required by the opening words of Art. 9(1).

un moyen électronique satisfaisant aux exigences de l'article 3 *c)*(ii), le tribunal requis pourra néanmoins juger que les conditions de l'article 3 *c)*(ii) n'étaient pas remplies parce que le texte n'était pas suffisamment accessible pour y satisfaire.

156 La position est différente à l'égard des motifs de refus de reconnaissance établis par les alinéas *c)*, *d)* et *e)* de l'article 9(1). Ceux-ci ne traitent pas de la compétence en vertu de la Convention, mais de l'ordre public et de l'équité procédurale. Ainsi, le tribunal requis doit pouvoir décider par lui-même si le défendeur a reçu la notification ; s'il y a eu fraude ; ou s'il y a eu un procès équitable : une constatation du juge d'origine selon laquelle il n'a pas accepté un pot-de-vin, par exemple, ne saurait lier le tribunal requis[166].

157 Il en est de même à l'égard de l'équité procédurale selon l'alinéa *e)*. Supposons que le défendeur conteste la reconnaissance et l'exécution au motif que l'instance était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de l'État requis. Il prétend ne pas avoir pu se rendre dans l'État d'origine pour se défendre parce qu'il aurait risqué un emprisonnement pour motif politique. Une constatation par le tribunal d'origine de ce que cela est faux ne saurait lier le tribunal requis. Lorsque des questions d'équité procédurale sont en cause, le tribunal requis doit pouvoir décider par lui-même[167].

158 Le résultat est le suivant : les décisions du tribunal d'origine sur le fond de l'affaire ne peuvent être révisées par le tribunal requis, qu'elles concernent des questions de fait ou de droit ; les décisions du tribunal d'origine relatives à la validité et au champ d'application de l'accord d'élection de for ne peuvent être révisées dans la mesure où elles concernent des questions de fait ; les décisions du tribunal d'origine relatives aux motifs de refus de reconnaissance aux alinéas *c)*, *d)* et *e)* ne lient pas le tribunal requis, qu'elles concernent le fait ou le droit.

159 **« Reconnaissance » et « exécution »**. L'article 9(3) dispose qu'un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine, et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine. Cela soulève la distinction entre la reconnaissance et l'exécution. La reconnaissance signifie que le tribunal requis accepte la décision relative aux droits et obligations juridiques prise par le tribunal d'origine. Si le tribunal d'origine a jugé que le demandeur a, ou n'a pas, un droit particulier, le tribunal requis accepte qu'il en soit ainsi. L'exécution signifie l'application des procédures juridiques du tribunal requis afin d'assurer que le défendeur se plie au jugement rendu par le tribunal d'origine. Ainsi, si le tribunal d'origine juge que le défendeur doit verser une somme de 1000 euros au demandeur, le tribunal requis s'assurera de la remise des fonds au demandeur. Puisque cela serait indéfendable en droit si le défendeur n'était pas redevable de 1000 euros envers le demandeur, une décision d'exécuter le jugement doit logiquement être précédée ou accompagnée de la reconnaissance du jugement. Cependant, la reconnaissance n'est pas nécessairement accompagnée ou suivie d'une exécution. Par exemple, si le tribunal d'origine a jugé que le défendeur n'était redevable d'aucune somme envers le demandeur, le tribunal requis pourra simplement reconnaître cette constatation. Si le demandeur poursuit le défendeur de nouveau au titre de la même demande devant le tribunal requis, la reconnaissance du jugement étranger suffira donc à traiter l'affaire.

160 À la lumière de cette distinction, il est aisé de voir pourquoi l'article 9(3) dispose qu'un jugement ne sera reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine. Produire ses effets signifie qu'il est valable ou opérant en droit. S'il ne produit pas d'effets, il ne constitue pas une détermination valable des droits et obligations des parties. Ainsi, s'il ne produit pas ses effets dans l'État d'origine, il ne doit pas être reconnu en vertu de la Convention dans un quelconque autre État contractant. En outre, s'il cesse de produire ses effets dans l'État d'origine, le jugement ne doit pas par la suite être reconnu en vertu de la Convention dans les autres États contractants[168].

161 De même, si le jugement n'est pas exécutoire dans l'État d'origine, il ne devrait pas être exécuté ailleurs en vertu de la Convention. Bien entendu, il est possible que le jugement produise ses effets dans l'État d'origine sans y être exécutoire. Le caractère exécutoire peut être suspendu pendant une procédure d'appel (soit de plein droit soit parce que le tribunal l'a ordonné). En pareil cas, l'exécution sera suspendue dans les autres États contractants jusqu'à ce que la question soit réglée dans l'État d'origine. En outre, si le jugement cesse d'être exécutoire dans l'État d'origine, il ne devrait pas par la suite être exécuté dans un autre État contractant en vertu de la Convention[169].

162 **Jugements faisant l'objet d'un recours**. L'article 9(4) dispose que la reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer un recours ordinaire n'est pas expiré[170]. Cela signifie que le tribunal requis peut différer la reconnaissance ou l'exécution si le jugement est susceptible d'être annulé ou réformé par une autre juridiction de l'État d'origine. Il n'est cependant pas tenu de le faire[171]. Certains tribunaux pourront préférer exécuter le jugement. S'il est par la suite infirmé dans l'État d'origine, le tribunal requis rapportera l'exécution. Il peut être demandé au créancier du jugement de fournir un cautionnement pour assurer que le débiteur du jugement ne subira pas de préjudice.

163 Si le tribunal requis ne souhaite pas exécuter le jugement tout de suite, l'article 9(4) lui ouvre la faculté de suspendre le processus d'exécution ou de refuser l'exécution du jugement[172]. Il poursuit en indiquant toutefois que si le tribunal requis choisit cette dernière option, cela n'empêchera pas une nouvelle demande d'exécution une fois clarifiée la situation dans l'État d'origine. Dans cette situation, le refus signifie donc un rejet sous réserves.

Article 10 – Questions incidentes

164 **Irrecevabilité et jugements étrangers**. Un tribunal doit fréquemment trancher diverses questions de droit ou de fait à titre liminaire avant de pouvoir rendre une décision sur la demande du demandeur. Par exemple, dans une affaire de contrefaçon de brevet, il pourra devoir décider si le brevet est valable. Il s'agit d'une décision sur une question préalable. Elle ouvre la voie au jugement définitif, qui disposera que le

[166] Il en est de même d'une constatation d'une juridiction d'appel selon laquelle le juge en première instance n'est pas coupable de corruption.

[167] Les dispositions internationales et constitutionnelles relatives au droit à un procès équitable mentionnées *supra* l'exigent probablement. Dans l'arrêt *Pellegrini* (note 156 ci-dessus), la Cour européenne des Droits de l'Homme a jugé, au para. 40, que le tribunal requis doit avoir « dûment vérifié que la procédure y relative remplissait les garanties de l'article 6 [de la Convention européenne des Droits de l'Homme] ». Cela semble interdire de se fier à une constatation du tribunal d'origine, du moins lorsque le tribunal d'origine se situe dans un État non partie à la Convention européenne des Droits de l'Homme.

[168] Lors de la Session diplomatique de juin 2001, le texte suivant a été inséré, entre crochets, à l'art. 25 de l'avant-projet de Convention 1999 : « Le jugement visé au paragraphe premier est reconnu dès que et aussi longtemps qu'il produit ses effets dans l'État d'origine. » La Session a entendu conférer la même signification au texte actuel.

[169] Lors de la Session diplomatique de juin 2001, le texte suivant a été inséré, entre crochets, à l'art. 25 de l'avant-projet de Convention 1999 : « Le jugement visé aux paragraphes précédents est exécutoire dès que et aussi longtemps qu'il est exécutoire dans l'État d'origine. » La Session a entendu conférer la même signification au texte actuel.

[170] En matière d'exécution, cette règle ne sera appliquée que si l'exécution du jugement n'a pas été suspendue dans l'État d'origine en raison de l'appel. Si elle a été suspendue, c'est la règle de l'art. 9(3) qui sera applicable ; voir para. 161 ci-dessus. Au sujet de la reconnaissance, voir para. 160 ci-dessus.

[171] Cela suppose que le jugement reste exécutoire dans l'État d'origine.

[172] Comme indiqué à la note 125 ci-dessus, dans certains États de droit civil, le juge ne dispose que de pouvoirs limités de surseoir à statuer.

electronic means that satisfy the requirements of Article 3 *c)*(ii), the court addressed may, nevertheless, decide that Article 3 *c)*(ii) was not satisfied because the degree of accessibility was not sufficient to meet the requirements of Article 3 *c)*(ii).

156 The position is different with regard to the grounds of non-recognition laid down in sub-paragraphs *c)*, *d)* and *e)* of Article 9(1). These are not concerned with jurisdiction under the Convention, but with public policy and procedural fairness. Thus, the court addressed must be able to decide for itself whether the defendant was notified; whether there was fraud; or whether there was a fair trial: a finding by the judge of origin that he did not take a bribe, for example, cannot be binding on the court addressed.[166]

157 The same is true with regard to procedural fairness under sub-paragraph *e)*. Assume that the defendant resists recognition and enforcement on the ground that the proceedings were incompatible with the fundamental principles of procedural fairness of the requested State. He claims that he was not able to go to the State of origin to defend the case because he would have been in danger of imprisonment on political grounds. A finding by the court of origin that this was not true cannot be binding on the court addressed. Where matters of procedural fairness are concerned, the court addressed must be able to decide for itself.[167]

158 The result is as follows: rulings by the court of origin on the merits of the case cannot be reviewed by the court addressed, irrespective of whether they relate to questions of fact or law; rulings by the court of origin on the validity and scope of the choice of court agreement cannot be reviewed in so far as they relate to questions of fact; rulings by the court of origin on the grounds of non-recognition under sub-paragraphs *c)*, *d)* and *e)* are not binding on the court addressed, irrespective of whether they relate to fact or law.

159 **"Recognition" and "enforcement"**. Article 9(3) provides that a judgment will be recognised only if it has effect in the State of origin, and will be enforced only if it is enforceable in the State of origin. This raises the distinction between recognition and enforcement. Recognition means that the court addressed accepts the determination of the legal rights and obligations made by the court of origin. If the court of origin held that the plaintiff had, or did not have, a given right, the court addressed accepts that this is the case. Enforcement means the application of the legal procedures of the court addressed to ensure that the defendant obeys the judgment given by the court of origin. Thus, if the court of origin rules that the defendant must pay the plaintiff €1000, the court addressed will ensure that the money is handed over to the plaintiff. Since this would be legally indefensible if the defendant did not owe €1000 to the plaintiff, a decision to enforce the judgment must logically be preceded or accompanied by the recognition of the judgment. However, recognition need not be accompanied or followed by enforcement. For example, if the court of origin held that the defendant did not owe any money to the plaintiff, the court addressed may simply recognise this finding. Therefore, if the plaintiff sues the defendant again on the same claim before the court addressed, the recognition of the foreign judgment will be enough to dispose of the case.

160 In the light of this distinction, it is easy to see why Article 9(3) says that a judgment will be recognised only if it has effect in the State of origin. Having effect means that it is legally valid or operative. If it does not have effect, it will not constitute a valid determination of the parties' rights and obligations. Thus, if it does not have effect in the State of origin, it should not be recognised under the Convention in any other Contracting State. Moreover, if it ceases to have effect in the State of origin, the judgment should not thereafter be recognised under the Convention in other Contracting States.[168]

161 Likewise, if the judgment is not enforceable in the State of origin, it should not be enforced elsewhere under the Convention. It is of course possible that the judgment will be effective in the State of origin without being enforceable there. Enforceability may be suspended pending an appeal (either automatically or because the court so ordered). In such a case, enforcement will not be possible in other Contracting States until the matter is resolved in the State of origin. Moreover, if the judgment ceases to be enforceable in the State of origin, it should not thereafter be enforced in another Contracting State under the Convention.[169]

162 **Judgments subject to review**. Article 9(4) provides that recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired.[170] This means that the court addressed may delay recognition or enforcement if the judgment might be set aside or amended by another court in the State of origin. It is not, however, obliged to do this.[171] Some courts might prefer to enforce the judgment. If it is subsequently set aside in the State of origin, the court addressed will rescind the enforcement. The judgment creditor may be required to provide security to ensure that the judgment debtor is not prejudiced.

163 If the court addressed does not want to enforce the judgment straight away, Article 9(4) gives it the option of either suspending the enforcement process or refusing to enforce the judgment.[172] It goes on to provide, however, that if the court addressed chooses the latter option, that will not prevent a new application for enforcement once the situation in the State of origin is clarified. Here, therefore, refusal means dismissal without prejudice.

Article 10 – Incidental questions

164 **Estoppel and foreign judgments**. Often a court has to rule on various questions of fact or law as preliminary matters before it can rule on the plaintiff's claim. For example, in a patent infringement case, it might have to rule on whether the patent is valid. This is a preliminary ruling on an incidental question. It paves the way for the final judgment, which will

[166] The same applies to a finding by an appeal court that the first instance judge was not guilty of corruption.

[167] The international and constitutional provisions on the right to a fair trial mentioned above probably require this. In para. 40 of its judgment in the *Pellegrini* case (note 156 *supra*), the European Court of Human Rights held that the court addressed must "duly satisf[y] [itself] that the relevant proceedings fulfilled the guarantees of Article 6 [of the European Convention on Human Rights]." This would seem to preclude reliance on a finding by the court of origin, at least where the court of origin is in a State that is not a party to the European Convention on Human Rights.

[168] At the Diplomatic Session held in June 2001, the following text was inserted, in square brackets, into Art. 25 of the preliminary draft Convention 1999: "A judgment referred to in para. 1 shall be recognised from the time, and for as long as, it produces its effects in the State of origin." The current text was intended by the Conference to have the same meaning.

[169] At the Diplomatic Session held in June 2001, the following text was inserted, in square brackets, into Art. 25 of the preliminary draft Convention 1999: "A judgment referred to in the preceding paragraphs shall be enforceable from the time, and for as long as, it is enforceable in the State of origin." The current text was intended by the Conference to have the same meaning.

[170] In enforcement cases, this rule will be applied only if enforcement of the judgment has not been suspended in the State of origin by reason of the appeal. If it has been suspended, the rule in Art. 9(3) will be applicable: see para. 161 *supra*. On recognition see para. 160 *supra*.

[171] This assumes that the judgment is still enforceable in the State of origin.

[172] As stated in note 125 *supra*, in some civil law countries the judge has only limited powers to stay the proceedings.

défendeur est ou n'est pas condamné à verser des dommages et intérêts au demandeur. Il est clair que le tribunal requis doit reconnaître ce jugement définitif et, si des dommages et intérêts sont accordés, l'exécuter (dans la mesure où il a été rendu en vertu d'un accord d'élection de for relevant de la Convention); mais est-il tenu par la Convention de reconnaître la décision sur la question incidente?

165 Dans les États de droit civil, un jugement ne produit normalement ses effets qu'en ce qui concerne la décision définitive, par exemple le *Tenor* ou *Spruch* en Allemagne et en Autriche, et le dispositif en France. Dans le monde de la *common law*, en revanche, le principe désigné diversement sous les noms de «*issue estoppel*»[173], «*collateral estoppel*» ou «*issue preclusion*»[174] impose dans certains cas à un tribunal dans une affaire ultérieure de reconnaître des décisions rendues sur des questions incidentes dans un jugement antérieur[175]. Cela peut s'appliquer à la fois lorsque le jugement initial a été rendu par un tribunal dans le même État et lorsqu'il procède d'un tribunal d'un autre État[176]. Il est suggéré que la Convention n'exige jamais la reconnaissance et l'exécution de telles décisions[177], bien qu'elle n'interdise pas aux États contractants de les reconnaître et de les exécuter en vertu de leur propre loi[178].

166 **Décisions sur les questions incidentes**. L'article 10 traite de questions tranchées à titre incident[179]. Le premier paragraphe indique que lorsqu'une matière visée à l'article 2(2) est évoquée à titre incident, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la Convention. Si la suggestion au paragraphe précédent est exacte, cette disposition est peut-être inutile. Cependant, dans le cas de décisions sur des questions échappant au champ d'application de la Convention – notamment, la validité de certains droits de la propriété intellectuelle – la question est d'une telle importance qu'il a été jugé souhaitable d'avoir une disposition expresse. C'est pourquoi l'article 10(1) a été inclus dans la Convention. Il complète l'article 2(3), qui dispose qu'un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif que le tribunal rend un jugement sur une matière exclue évoquée à titre incident.

167 *Si, comme il est suggéré au paragraphe 45 ci-dessus, l'article 2(2) k) est supprimé et remplacé par l'article 2(2* bis*), il sera nécessaire de reformuler l'article 10(1) comme suit: «Lorsqu'une matière visée à l'article 2, paragraphes 2* ***et 2 bis****, est évoquée à titre incident, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.»*

168 **Jugements fondés sur une question incidente**. L'article 10(2) ne traite pas de la non-reconnaissance des décisions sur les questions incidentes, mais de la non-reconnaissance des jugements fondés sur de telles décisions. Son effet est de créer un nouveau motif de non-reconnaissance, outre ceux figurant à l'article 9(1). À l'instar de l'article 9(1)*f)*, il concerne les jugements incompatibles. Cependant, il traite d'un type d'incompatibilité différent, tout au moins si le premier avis sur le sens de l'incompatibilité est exact[180]. L'article 9(1)*f)* traite de l'incompatibilité entre deux jugements, l'un en vertu de la Convention et l'autre rendu dans l'État requis ou soumis à reconnaissance dans cet État. L'article 10(2), en revanche, traite de la situation où ce dernier jugement est incompatible non avec le jugement en vertu de la Convention mais avec une décision sur une question incidente fondant ce jugement.

169 Un exemple facilitera la compréhension. Supposons que A poursuit B dans l'État X, réclamant des redevances en vertu d'un contrat de licence de brevet comportant un accord d'élection de for attribuant la compétence aux tribunaux de l'État X. B répond en prétendant que le brevet n'est pas valable. Si nous supposons que A n'a le droit de réclamer les redevances que si le brevet est valable, l'affirmation de B est une défense efficace s'il peut l'étayer; le tribunal doit donc trancher la validité du brevet à titre incident. Supposons qu'il le fasse, et le juge valable. Il rend son jugement en faveur de A pour 1 million de dollars américains. A engage alors une procédure en vertu de la Convention pour faire exécuter ce jugement dans l'État Y, un autre État contractant. S'il y avait un jugement de l'État d'enregistrement du brevet (qui peut être soit l'État Y soit un État tiers, Z), le jugeant non valable, ce jugement serait en conflit non avec le jugement principal dans l'affaire en vertu de la Convention – celui-ci indique seulement que B doit 1 million de dollars américains à A – mais avec la décision incidente selon laquelle le brevet est valable. Cependant, cette décision incidente apportant le fondement logique du jugement, il y aurait une incompatibilité entre les deux jugements, bien que de nature secondaire. L'article 10(2) a pour objet d'autoriser (mais non de contraindre) les tribunaux de l'État Y à refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement en vertu de la Convention en pareil cas.

170 L'article 10(2) traite uniquement de la situation où la décision incidente concerne la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin. La raison de sa proposition – il est entre crochets pour indiquer qu'il n'est pas encore accepté – est que certaines délégations attachent une importance particulière à l'idée que les tribunaux[181] de l'État de la loi duquel le droit de propriété intellectuelle découle doivent avoir une compétence exclusive pour rendre des décisions obligatoires sur sa validité[182].

171 **Sursis aux procédures d'exécution**. L'article 10(3) pousse la démarche de l'article 10(2) plus avant en disposant que si, au moment de l'engagement de la procédure

[173] Terminologie britannique.
[174] Ces deux dernières expressions relèvent de la terminologie américaine.
[175] Ces paragraphes visent à expliquer la *common law* en termes facilement compréhensibles pour un praticien du droit civil. En fait, cela entraîne cependant certaines distorsions, car la *common law* utilise une terminologie et un cadre conceptuel différents. Par exemple, les praticiens de *common law* parlent de «*issues*» et non de questions incidentes.
[176] Sur ce dernier point, voir P. Barnett, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments* (Oxford University Press, Oxford, Angleterre, 2001).
[177] Si un tribunal est tenu d'appliquer des principes tels que *issue estoppel*, etc., en vertu de la Convention, il sera confronté à une question délicate: quelle loi décide si, dans un cas particulier, une décision incidente d'un tribunal étranger doit être reconnue? S'agit-il de la loi de l'État d'origine ou de l'État requis? Les États-Unis d'Amérique, où les deux avis peuvent être étayés, sont probablement le seul pays disposant d'une jurisprudence significative à cet égard: voir R. Casad, «*Issue Preclusion and Foreign Country Judgments: Whose Law?*» (1984) 70 *Iowa Law Rev.* 53; voir également la décision canadienne *Jacobs* c. *Beaver* (1908) 17 OLR (Cour d'appel, Ontario), dans laquelle un avis de J. A. Garrow appuie l'application de la loi de l'État requis. Comme la Convention n'édicte aucune règle sur cette question, il est raisonnable de supposer que la Convention n'avait pas vocation à s'appliquer à ces diverses formes d'*estoppel* ou de préclusion.
[178] On pourrait penser que ces formes d'*estoppel* ou de préclusion s'appliquent parce que le tribunal d'origine voulait que son jugement ait cet effet. Les praticiens de la *common law* n'envisagent pas la question ainsi. Ces formes d'*estoppel* sont un petit ajout (récent) à un large éventail de situations dans lesquelles l'*estoppel* peut s'appliquer. L'*estoppel* est un principe tiré de l'*equity* et n'a pas d'équivalent en droit civil. C'était à l'origine une règle d'administration de la preuve. Si une personne fait une affirmation (expresse ou implicite), il lui est interdit de la nier dans une procédure ultérieure (*estoppel by representation*). L'idée est qu'une personne ne devrait pas pouvoir dire des choses différentes à des moments différents selon sa convenance, surtout si une autre personne se fonde sur sa déclaration pour agir. Par ex., si X dit à Y que Z est son mandataire, et que Y traite avec Z, X ne peut par la suite exclure sa responsabilité au motif que Z n'était pas son mandataire. Il est empêché (*estopped*) de le faire. L'*estoppel* résultant d'une décision de justice est une extension de cette forme ancienne. L'*issue / collateral estoppel* ne s'applique pas de plein droit, mais dépend de ce que le tribunal suivant juge équitable. Par exemple, il peut ne pas s'appliquer si de nouvelles preuves apparaissent, que la partie n'aurait pas pu découvrir en déployant des diligences raisonnables au moment de l'affaire initiale. L'importance de ces principes en droit international privé ne doit pas être exagérée. Ils ne surviennent que si les deux mêmes parties participent à un contentieux ultérieur dans l'État requis, et qu'une question survient qui a été tranchée dans l'affaire antérieure. Cela ne se produira pas souvent. Aux États-Unis d'Amérique, le *collateral estoppel* peut également opérer en faveur d'un tiers, mais même ce cas ne se produira pas très souvent.
[179] Sur la définition d'une question incidente, voir para. 164 et 165 *supra*: voir également note 22 ci-dessus.

[180] Voir para. 146 ci-dessus.
[181] Il faut rappeler que «tribunal» inclut un office des brevets. La définition de «jugement» à l'art. 4(1) comprend la décision rendue par un office des brevets ou une autre autorité exerçant les fonctions d'un tribunal; voir note 11 à l'art. 10(2) de l'avant-projet de Convention.
[182] Il a cependant été proposé de l'étendre aux décisions incidentes sur toutes les matières exclues du champ d'application de la Convention selon l'art. 2(2), à condition que le jugement avec lequel la décision incidente est incompatible produise des effets non seulement entre les parties, mais également à l'égard de tous autres (*erga omnes*). Sur cette question, voir l'exemple donné au para. 113 ci-dessus.

be that the defendant is, or is not, liable to pay damages to the plaintiff. Clearly, the court addressed has to recognise this final judgment and, if damages are awarded, to enforce it (in so far as it was rendered under a choice of court agreement covered by the Convention); but is it required by the Convention to recognise the ruling on the incidental question?

165 In civil law States, a judgment normally has effect only as regards the final ruling – for example, the *Tenor* or *Spruch* in Germany and Austria, and the *dispositif* in France. In the common law world, however, the doctrine known variously as issue estoppel,[173] collateral estoppel or issue preclusion[174] requires a court in certain circumstances to recognise rulings on incidental questions given in an earlier judgment.[175] This can apply both where the original judgment was given by a court in the same State and where it was given by a court in another State.[176] It is suggested that the Convention never requires the recognition or enforcement of such rulings,[177] though it does not preclude Contracting States from recognising or enforcing them under their own law.[178]

166 **Rulings on incidental questions**. Article 10 is concerned with matters decided as incidental questions.[179] The first paragraph states that where a matter referred to in Article 2(2) arose as an incidental question, the ruling on that question will not be recognised or enforced under the Convention. If the suggestion in the previous paragraph is correct, this provision may be unnecessary. However, in the case of rulings on matters outside the scope of the Convention – in particular, the validity of certain intellectual property rights – the question is so important that it was thought desirable to have an express provision. This is why Article 10(1) is included in the Convention. It complements Article 2(3), which provides that proceedings are not excluded from the Convention just because the court gives a ruling on an excluded matter which arose as an incidental question.

[173] British terminology.
[174] These latter two expressions are both United States terminology.
[175] These paragraphs are an attempt to explain the common law in terms that are easily understandable by a civil lawyer. In fact, however, this results in some distortion, since the common law uses different terminology and a different conceptual framework. For example, common lawyers do not talk in terms of "incidental questions", but rather of "issues".
[176] On the latter, see P. Barnett, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments* (Oxford University Press, Oxford, England, 2001).
[177] If a court was required to apply such doctrines as issue estoppel, etc., under the Convention, it would be faced with a difficult question: what law decides whether, in a given case, an incidental ruling by a foreign court is to be recognised? Should it be the law of the State of origin or that of the requested State? The only country where significant case law exists on this point is probably the United States, where there is authority for both views: see R. Casad, "Issue Preclusion and Foreign Country Judgments: Whose Law?" (1984) 70 *Iowa Law Rev.* 53; see also the Canadian decision of *Jacobs* v. *Beaver* (1908) 17 OLR 496 (Court of Appeal, Ontario), where there is a *dictum* by Garrow J.A. that supports the application of the law of the requested State. Since the Convention lays down no rule on this question, it is fair to assume that the Convention was not intended to apply to these various forms of estoppel or preclusion.
[178] It might be thought that these forms of estoppel or preclusion apply because the court of origin intended that its judgment should have this effect. This is not the way common lawyers look at it. These forms of estoppel are a small (and recent) addition to a large array of situations in which estoppel can apply. Estoppel is a doctrine originating in Equity and has no analogue in the civil law. Originally it was a rule of evidence. If a person made an assertion (either expressly or by implication), he was precluded (estopped) from denying it in subsequent legal proceedings (estoppel by representation). The idea is that a person should not be able to say different things at different times as it suits him, especially if another person acts in reliance on his representation. For example, if X tells Y that Z is his agent, and Y deals with Z, X cannot later deny liability on the ground that Z was not his agent. He is estopped from doing so. Estoppel resulting from a decision by a court is a development from this early form. Issue or collateral estoppel does not apply automatically, but depends on what the later court thinks just. For example, it may not apply if further evidence becomes available which the party could not have discovered with reasonable diligence at the time of the original case. The importance of these doctrines in private international law should not be exaggerated. They arise only if the same two parties engage in subsequent litigation in the requested State, and an issue arises that was decided in the previous case. This will not happen often. In the United States of America, collateral estoppel can also operate in favour of a third party, but even this will not arise very often.
[179] On what is meant by an incidental question, see paras 153–154 *supra*; see also note 22 *supra*.

167 *If, as was suggested in paragraph 45 above, Article 2(2)*(k) *is deleted and replaced by Article 2(2* bis*), Article 10(1) would have to be redrafted to read: "Where a matter referred to in Article 2, paragraphs 2* ***and 2*** **bis**, *arose as an incidental question, the ruling on that question shall not be recognised and enforced under this Convention."*

168 **Judgments based on an incidental question**. Article 10(2) is not concerned with the non-recognition of rulings on incidental questions, but with the non-recognition of judgments based on such rulings. What it does is to lay down another ground of non-recognition, in addition to those set out in Article 9(1). Like Article 9(1)*f)*, it deals with inconsistent judgments. However, it is concerned with a different kind of inconsistency – at least, if the first view as to the meaning of "inconsistency" is correct.[180] Article 9(1)*f)* is concerned with inconsistency between two judgments, one under the Convention and one that was rendered in the requested State or is subject to recognition in that State. Article 10(2), on the other hand, is concerned with the case where the latter judgment is inconsistent, not with the judgment under the Convention, but with a ruling on an incidental question on which that judgment was based.

169 This is easier to understand if we take an example. Assume that A sues B in State X, claiming royalties under a patent-licensing agreement that contains an exclusive choice of court clause granting jurisdiction to the courts of State X. B responds by arguing that the patent is invalid. If we assume that A is entitled to claim the royalties only if the patent is valid, B's assertion would be a good defence if he could substantiate it; so the court must decide the validity of the patent as an incidental question. Let us assume it does so, and holds it valid. It gives judgment in favour of A for $1 million. A then brings proceedings under the Convention to enforce this judgment in State Y, another Contracting State. Now, if there was a judgment from the State of registration of the patent (which may be either State Y or a third State, State Z), holding it invalid, this judgment would conflict not with the actual judgment in the case under the Convention – this merely says that B must pay A $1 million – but with the incidental ruling that the patent was valid. However, since this incidental ruling provides the logical premise on which the judgment was based, there would be an inconsistency between the two judgments, though an inconsistency of a secondary nature. The purpose of Article 10(2) is to permit (but not oblige) the courts of State Y to refuse to recognise or enforce the judgment under the Convention in these circumstances.

170 Article 10(2) is concerned only with the case where the incidental ruling is on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights. The reason why it was proposed – it is in square brackets to show that it has not yet been accepted – is that some delegations attach special importance to the idea that the courts[181] of the State under the law of which the intellectual property right arose must have exclusive jurisdiction to give binding rulings on its validity.[182]

171 **Staying enforcement proceedings**. Article 10(3) takes the approach of Article 10(2) one step further by providing that if, when the enforcement proceedings are commenced,

[180] See para. 135 *supra*.
[181] It must be remembered that "court" includes a patent office. The definition of "judgment" in Art. 4(1) includes a decision of a patent office or other authority exercising the functions of a court: see footnote 11 to Art. 10(2) of the preliminary draft Convention.
[182] It has, however, been proposed to extend it to cover incidental rulings on all the matters excluded from the scope of the Convention under Art. 2(2), provided that the judgment with which the incidental ruling conflicts has effect not only as between the parties, but also as regards all other parties (*erga omnes*). On this, see the example given in para. 102 *supra*.

d'exécution, une procédure est pendante devant le tribunal compétent (dans l'État de la loi duquel découle le droit de propriété intellectuelle) susceptible de donner lieu à une décision d'invalidité du droit de propriété intellectuelle, le tribunal connaissant de la procédure d'exécution est autorisé (mais non contraint) à surseoir à statuer dans la procédure qui l'occupe jusqu'au prononcé d'un jugement sur la question de la validité[183]. Cette disposition est entre crochets pour indiquer qu'il n'en a pas encore été convenu. Ses opposants font valoir qu'elle pourrait encourager les défendeurs à engager des procédures fantaisistes dans le seul but de retarder l'exécution.

Article 11 – Jugements rendus en violation d'un accord exclusif d'élection de for

172 L'article 11 a pour objet de compléter (ou d'étendre) l'article 7. Il a déjà été expliqué que les objectifs de la Convention seraient mis en péril si un tribunal autre que le tribunal élu pouvait connaître de procédures auxquelles l'accord exclusif d'élection de for s'appliquait[184]. Pour ce motif, l'article 7 impose à tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu de surseoir ou se dessaisir en pareil cas, sauf si les exceptions figurant à l'article 7 s'appliquent. Les objectifs de la Convention seraient cependant en péril également si ce tribunal accordait la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu en violation de l'accord exclusif d'élection de for, qu'il soit rendu dans un État contractant ou non. Toute autre considération mise à part, une telle reconnaissance ou exécution pourrait interdire la reconnaissance et l'exécution du jugement du tribunal élu. Pour ce motif, l'article 11 prévoit que les dispositions de l'article 7 s'appliquent également aux procédures portant sur la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu en violation d'un accord exclusif d'élection de for. Il est entre crochets parce qu'il n'en a pas encore été convenu.

173 Bien que l'article 11 ait un objectif éminemment raisonnable, la rédaction actuelle soulève deux difficultés. La première est que l'article 7 ne s'applique qu'à un tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu. Par conséquent, l'article 11 dans sa rédaction actuelle s'applique également dans le seul cas où le tribunal auquel la reconnaissance du jugement est demandée n'est pas situé dans l'État du tribunal élu. Il ne couvre donc pas la situation où la procédure pour la reconnaissance du jugement est engagée devant un tel tribunal.

174 La seconde est que l'État requis peut être soumis à une obligation conventionnelle de reconnaître le jugement. Si le traité en cause a été conclu avant la Convention et que l'autre partie n'est pas un État contractant de la Convention, il serait déraisonnable d'interdire la reconnaissance ou l'exécution du jugement. Ce point est couvert par l'article 23(5). Cependant, ce dernier va plus loin en accordant la priorité aux traités antérieurs de reconnaissance de jugements même entre deux États contractants de la Convention[185]. Cela implique que les parties à la Convention sont autorisées à maintenir en vigueur entre elles une disposition conventionnelle exigeant la reconnaissance et l'exécution de jugements rendus en violation de la Convention[186].

175 Une manière possible de résoudre ces problèmes, et de clarifier la disposition, serait de modifier le texte de la manière suivante :

Article 11 – Jugements rendus en violation d'un accord exclusif d'élection de for

Variante 1

1 Si les parties ont conclu un accord exclusif d'élection de for, un tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu n'accordera pas la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu en violation de cet accord à moins que le jugement n'ait été rendu en conformité avec l'article 7, ou, si l'État d'origine était un État non contractant, dans le cas où il aurait été ainsi rendu si cet État avait été un État contractant.

2 Le paragraphe premier ne s'applique pas si le tribunal requis est tenu d'accorder la reconnaissance ou l'exécution du jugement en vertu d'un accord international conclu avant la présente Convention et que l'État d'origine n'est pas partie à la présente Convention.

Variante 2

1 Si les parties ont conclu un accord exclusif d'élection de for, un tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu n'accordera pas la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu en violation de cet accord sauf dans le cas où il aurait pu lui-même connaître du litige en conformité avec l'article 7.

2 Si les parties ont conclu un accord exclusif d'élection de for, un tribunal de l'État du tribunal élu n'accordera pas la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu en violation de cet accord à moins que [le tribunal élu n'ait refusé ou eu la possibilité de refuser de connaître du litige en conformité avec l'article 5] [l'accord soit nul selon son droit ou que le tribunal élu soit dépourvu de compétence d'attribution].

3 Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas si le tribunal requis est tenu d'accorder la reconnaissance ou l'exécution du jugement en vertu d'un accord international conclu avant la présente Convention et que l'État d'origine n'est pas partie à la présente Convention.

176 La variante 1 pourrait sembler plus logique ; cependant, elle impose au tribunal requis de décider si l'accord d'élection de for était contraire à l'ordre public de l'État d'origine, ce pour quoi il est mal équipé[187]. La variante 2 est fondée sur l'idée que la reconnaissance d'un jugement contraire à un accord exclusif d'élection de for a le même effet que le prononcé d'un tel jugement.

177 Il serait nécessaire de modifier l'article 23(5) pour qu'il n'affecte pas cette disposition[188].

Article 12 – Transactions

178 L'article 12 dispose que les transactions qui, dans le cadre d'un litige, sont homologuées par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for, ou passées devant celui-ci, et qui sont exécutoires au même titre qu'un jugement dans cet État, doivent être exécutées dans les autres États contractants aux mêmes conditions que les jugements[189].

[183] Cette disposition a des points communs avec l'art. 6. Les observations à l'égard de cette disposition au para. 114 ci-dessus sont pertinentes ici aussi.
[184] Para. 116.
[185] Voir para. 232 à 238 ci-dessous.
[186] Sur la situation en vertu du droit international, voir A. Schulz, « La relation entre le projet sur les jugements et d'autres instruments internationaux », Doc. prél. No 24 de décembre 2003, ci-dessus p. 148 du présent tome.
[187] La différence entre les deux variantes réside en ce que selon la variante 1, le tribunal doit appliquer la loi de l'État d'origine en vertu de l'art. 7 *b)* et l'ordre public de cet État en vertu de l'art. 7 *c)* ; selon la variante 2, il applique sa propre loi et son propre ordre public.
[188] Voir para. 232 à 238 ci-dessous.
[189] La disposition équivalente de l'avant-projet de Convention 1999 est l'art. 36. Le commentaire correspondant dans le Rapport Nygh / Pocar figure aux para. 389 et 390.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

there are proceedings pending before the appropriate court (in the State under the law of which the intellectual property right arose) which could result in a ruling that the intellectual property right was invalid, the court hearing the enforcement proceedings is permitted (but not obliged) to suspend the proceedings before it until a judgment has been given on the question of validity.[183] This provision is in square brackets to indicate that it has not yet been agreed. Its opponents argue that it might encourage defendants to bring spurious revocation proceedings simply to delay enforcement.

Article 11 – Judgments in contravention of exclusive choice of court agreements

172 Article 11 is intended to complement (or extend) Article 7. It was explained above that the objectives of the Convention would be prejudiced if a court other than the chosen court could hear proceedings to which the exclusive choice of court agreement applied.[184] For this reason, Article 7 requires any court in a Contracting State other than that of the chosen court to suspend or dismiss the proceedings in such a situation, unless the exceptions set out in Article 7 apply. However, the objectives of the Convention would also be prejudiced if that court recognised or enforced a judgment given in contravention of the exclusive choice of court agreement, irrespective of whether it was rendered in a Contracting or non-Contracting State. Apart from any other considerations, such recognition or enforcement might bar the recognition and enforcement of the judgment of the chosen court. For these reasons, Article 11 provides that the provisions of Article 7 also apply to proceedings for recognition or enforcement of a judgment rendered in contravention of an exclusive choice of court agreement. It is in square brackets because it has not yet been agreed.

173 Although the objective of Article 11 is eminently reasonable, the present drafting raises two problems. The first is that Article 7 applies only to a court in a Contracting State other than that of the chosen court. Consequently, Article 11, as at present drafted, also applies only when the court asked to recognise the judgment is not in the State of the chosen court. It does not, therefore, cover the case where proceedings are brought to recognise the judgment in such a court.

174 The second problem is that the requested State may be under a treaty obligation to recognise the judgment. If that treaty was concluded prior to the Convention and if the other party was not a Contracting State to the Convention, it would be unreasonable to prohibit the recognition or enforcement of the judgment. Article 23(5) covers this point; however, it goes further by giving priority to prior judgment recognition treaties even between two Contracting States to the Convention.[185] This means that parties to the Convention are permitted to maintain in force between themselves a treaty provision that requires the recognition and enforcement of judgments that were given in contravention of the Convention.[186]

175 One way of solving these problems, and making the provision clearer, would be to revise the text as follows:

Article 11 – Judgments in contravention of exclusive choice of court agreements

Variant 1

1 If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement, a court in a Contracting State other than that of the chosen court shall not recognise or enforce a judgment rendered in contravention of that agreement unless the judgment was granted consistently with Article 7 or, if the State of origin was a non-Contracting State, if it would have been so granted if that State had been a Contracting State.

2 Paragraph 1 shall not apply if the court addressed is obliged to recognise or enforce the judgment under an international agreement concluded prior to this Convention and the State of origin is not a party to this Convention.

Variant 2

1 If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement, a court in a Contracting State other than that of the chosen court shall not recognise or enforce a judgment rendered in contravention of that agreement unless it could itself have heard the case consistently with Article 7.

2 If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement, a court of the State of the chosen court shall not recognise or enforce a judgment rendered in contravention of that agreement unless [the chosen court refused, or could refuse, to hear the case consistently with Article 5] [the agreement is null and void under its law or the chosen court lacks subject matter jurisdiction].

3 Paragraphs 1 and 2 shall not apply if the court addressed is obliged to recognise or enforce the judgment under an international agreement concluded prior to this Convention and the State of origin is not a party to this Convention.

176 Variant 1 might seem more logical; however, it requires the court addressed to decide whether the choice of court agreement was contrary to the public policy of the State of origin, something that it would be ill-equipped to do.[187] Variant 2 is based on the idea that recognising a judgment contrary to an exclusive choice of court clause has the same effect as granting such a judgment.

177 Article 23(5) would have to be amended so that it did not affect this provision.[188]

Article 12 – Settlements

178 Article 12 provides that settlements which, in the course of proceedings, are approved by, or concluded before, a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement, and which are enforceable in the same manner as a judgment in that State, must be enforced in other Contracting States in the same manner as a judgment.[189]

[183] This provision has something in common with Art. 6. The comments made in connection with that provision in para. 114 *supra*, are also relevant here.
[184] Para. 116.
[185] See paras 232-238 *infra*.
[186] On the position under international law, see A. Schulz, "The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments", Prel. Doc. No 24 of December 2003, see *supra* p. 149 in this tome.
[187] The difference between the two Variants is that under Variant 1 the court has to apply the law of the State of origin under Art. 7 *b)* and the public policy of that State under Art. 7 *c)*; under Variant 2, it applies its own law and public policy.
[188] See paras 232-238 *infra*.
[189] The equivalent provision in the preliminary draft Convention 1999 is Art. 36. The commentary in the Nygh-Pocar Report is at paras 389 and 390.

179 Une telle transaction est parfois dite «*judicial settlement*», traduction littérale du terme français de «transaction judiciaire»[190]. Dans le sens où ce terme est utilisé ici, les transactions judiciaires sont inconnues des États de *common law*. En France et dans les autres États de droit civil, ce sont des contrats passés devant un juge par lequel les parties mettent fin à un contentieux, généralement au moyen de concessions réciproques. Une transaction judiciaire diffère d'un *consent order* au sens de la *common law* (une ordonnance rendue avec le consentement des deux parties), parce qu'un *consent order* est un jugement et peut bénéficier de la reconnaissance et de l'exécution en tant que tel en vertu de l'article 9 de la Convention. En revanche, la transaction judiciaire diffère d'une transaction simple parce qu'elle est conclue devant un juge et met fin au litige. Pour ces motifs, une disposition spéciale lui est consacrée dans la Convention.

180 L'article 12 ne prévoit pas la reconnaissance des transactions judiciaires, mais uniquement leur exécution[191]. Un exemple est le meilleur moyen d'illustrer l'importance de ce point.

Supposons que A et B concluent un contrat comportant une clause exclusive d'élection de for en faveur des tribunaux de l'État X. Par la suite, A poursuit B devant un tribunal de cet État en réclamant 1000 euros, une somme qu'il prétend être due en vertu du contrat. Les parties concluent alors une transaction judiciaire selon laquelle B accepte de payer 800 euros à A, l'État X étant un État qui le permet.

181 Si B manque au paiement, A pourra engager une procédure pour faire exécuter la transaction dans l'État Y, un autre État contractant. Cette procédure relèvera de l'article 12 de la Convention. Supposons, cependant, que B verse la somme conformément à la transaction sans qu'il ne soit nécessaire d'engager une procédure tendant à l'exécution. Si A engage néanmoins une nouvelle procédure portant sur les 200 euros qui restent, devant les tribunaux de l'État Y, B ne peut demander au tribunal de reconnaître la transaction en vertu de la Convention à titre de moyen de défense contre la réclamation. La Convention ne le prévoit pas, principalement parce que les effets des transactions sont si différents entre différents systèmes de droit. Cependant, la Convention n'interdit pas à un tribunal de traiter la transaction comme un moyen contractuel de défense contre la réclamation, et c'est ce que feraient la plupart des tribunaux.

Article 13 – Pièces à produire

182 L'article 13(1) énumère les documents devant être produits par la partie poursuivant la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement en vertu de la Convention[192]. Le fait que la reconnaissance soit mentionnée au chapeau de l'article 13 ne signifie pas qu'une procédure particulière doit être respectée[193]. Cependant, si l'autre partie la conteste, la partie poursuivant la reconnaissance doit produire les pièces exigées par l'article 13.

183 L'article 13(1) *a)* requiert la production d'une copie complète et certifiée conforme du jugement, à savoir le jugement complet (incluant le raisonnement du tribunal lorsque cela est applicable) et pas seulement le dispositif. Les termes «ou une preuve de son existence» à l'article 13(1) *b)* ont été ajoutés pour les accords conclus par voie électronique. Dans le cas de tels accords, il n'est pas possible de produire «l'accord» lui-même. L'article 13(1) *c)* exige une preuve écrite de la notification au défendeur, mais il ne s'applique que dans le cas d'un jugement par défaut. Dans les autres cas, on suppose que le défendeur a reçu la notification à moins qu'il ne produise une preuve du contraire. La loi de l'État requis détermine les conséquences du défaut de production des pièces requises. Il convient cependant d'éviter un formalisme excessif: si cela ne porte pas préjudice au débiteur du jugement, il faut permettre au créancier du jugement de corriger les omissions.

184 L'article 13(2) dispose que le tribunal requis peut exiger la production d'autres pièces dans la mesure où elle est nécessaire pour vérifier que les conditions du chapitre III de la Convention ont été remplies. Cela explicite le fait que la liste au paragraphe premier n'est pas exhaustive. Il conviendrait cependant d'éviter des obligations inutiles à la charge des parties.

185 L'article 13(3) permet à la Conférence de La Haye de droit international privé de recommander et publier une formule pouvant être utilisée par une personne poursuivant la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement en vertu de la Convention. L'utilisation d'une telle formule ne sera pas obligatoire. Le tribunal requis pourra se fier aux renseignements qui y figurent en l'absence de contestation. Toutefois, même en l'absence de contestation, ces renseignements ne sont pas probants: le tribunal requis peut décider de la question à la lumière de tous les éléments dont il dispose. La Commission spéciale a émis le souhait que la formule soit publiée dans le *Recueil des Conventions*, bien qu'elle ait également souhaité qu'il soit possible de la modifier sans difficulté inutile, afin de répondre à de nouveaux besoins ou de surmonter des difficultés initialement imprévues. Pour ce motif, il a été décidé que la formule ne devrait pas constituer une annexe à la Convention.

186 Cependant, une autre option serait de suivre l'exemple de la Convention de La Haye de 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice, dont l'article 30 dispose que «les formules modèles annexées à la présente Convention pourront être amendées par décision d'une Commission spéciale à laquelle sont invités tous les États contractants et tous les États membres de la Conférence de La Haye et qui sera convoquée par le Secrétaire général de la Conférence de La Haye. La proposition d'amender les formules devra être portée à l'ordre du jour qui sera joint à la convocation».

187 L'article 13(4) dispose que le tribunal requis peut exiger une traduction de tout document visé à l'article 13. Cela dépend des règles de procédure de l'État requis.

Article 14 – Procédure[194]

188 L'article 14 dispose que la procédure tendant à la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement est régie par le droit de l'État requis sauf si la Convention en dispose autrement[195]. Lorsque le droit de l'État requis ne prend aucune disposition relative à une procédure particulière pour la reconnaissance (à la différence de l'exécution) d'un jugement étranger, un jugement sera automatiquement reconnu de plein droit, basé uniquement sur l'article 9 de la Convention. Lorsque la loi requiert une procédure obligatoire pour la reconnaissance de jugements étrangers, une telle procédure devra être suivie dans le cadre des jugements étrangers couverts par la Convention. *Les délégués voudront peut-être considérer que la Conven-*

[190] Au sujet d'une disposition analogue de la Convention de Bruxelles, voir H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe* (3e éd., 2002, LGDJ, Paris), chapitre 4 (p. 387 et s.).
[191] Au sujet de la distinction entre la reconnaissance et l'exécution, voir para. 159 ci-dessus.
[192] Cette disposition est semblable aux alinéas *a)* à *c)* de l'art. 29(1) de l'avant-projet de Convention de 1999. Le commentaire correspondant dans le Rapport Nygh / Pocar figure aux para. 362 et s.
[193] Voir para. 188 ci-dessous.
[194] À l'égard des autres questions tenant à la procédure, voir les para. 48 à 54 et 105.
[195] Sous réserve de modifications de pure formulation, cela est identique à l'art. 30 de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire de cet article figure au para. 355 du Rapport Nygh / Pocar.

179 Such a settlement is sometimes called a "judicial settlement", a translation of the French "*transaction judiciaire*".[190] In the sense in which the term is used here, judicial settlements are unknown in the common law world. In France and other civil law countries, they are contracts concluded before a judge by which the parties put an end to litigation, usually by making mutual concessions. A judicial settlement is different from a consent order in the common law sense (an order made by the court with the consent of both parties), since a consent order is a judgment and may be recognised and enforced as such under Article 9 of the Convention. On the other hand, a judicial settlement is different from an out of court settlement, since it is made before a judge and puts an end to the proceedings. For these reasons, a special provision is devoted to it in the Convention.

180 Article 12 does not provide for the recognition of judicial settlements, but only for their enforcement.[191] The significance of this is best explained by an example.

Assume that A and B conclude a contract with an exclusive choice of court clause in favour of the courts of State X. Subsequently, A sues B before a court in that State for €1000, a sum which he claims is due under the contract. The parties then enter into a judicial settlement under which B agrees to pay A €800, State X being a State where this may be done.

181 If B fails to pay, A may bring proceedings to enforce the settlement in State Y, another Contracting State. Such proceedings will be covered by Article 12 of the Convention. Assume, however, that B pays the money in compliance with the settlement without any need for enforcement proceedings. If A nevertheless brings a new action for the remaining €200 before the courts of State Y, B cannot ask the court to recognise the settlement under the Convention as a defence to the claim. The Convention does not provide for this, mainly because the effects of settlements are so different in different legal systems. However, the Convention does not preclude a court from treating the settlement as a contractual defence to the claim, and this is what most courts would do.

Article 13 – Documents to be produced

182 Article 13(1) lists the documents to be produced by the party seeking recognition or enforcement of a judgment under the Convention.[192] The fact that recognition is mentioned in the "*chapeau*" to Article 13 does not mean that there has to be any special procedure.[193] However, if the other party disputes it, the party requesting recognition must produce the documents required by Article 13.

183 Article 13(1) *a)* requires the production of a complete and certified copy of the judgment. This refers to the whole judgment (including, where applicable, the court's reasoning) and not just to the final order (*dispositif*). The words "or evidence of its existence" in Article 13(1) *b)* were inserted to provide for agreements concluded electronically. In the case of such agreements, it is not possible to produce "the agreement" itself. Article 13(1) *c)* requires documentary evidence that the defendant was notified, but this applies only in the case of a default judgment. In other cases, it is assumed that the defendant was notified unless he or she produces evidence to the contrary. The law of the requested State determines the consequences of failure to produce the required documents. Excessive formalism should, however, be avoided: if the judgment debtor was not prejudiced, the judgment creditor should be allowed to rectify omissions.

184 Article 13(2) provides that the court addressed may require the production of further documents to the extent that it is necessary to verify that the requirements of Chapter III of the Convention have been satisfied. This makes clear that the list in paragraph 1 is not exhaustive. Unnecessary burdens on the parties should, however, be avoided.

185 Article 13(3) provides for the Hague Conference on Private International Law to recommend and publish a form which may be used by a person seeking recognition or enforcement of a judgment under the Convention. The use of such a form will not be obligatory. Information contained in it may be relied on by the court addressed in the absence of challenge. Even if there is no challenge, however, the information is not conclusive: the court addressed can decide the matter in the light of all the evidence before it. The Special Commission expressed the desire that the form should be published in the *Collection of Conventions*, though it also wanted to make it possible to amend it without undue difficulty, to meet new needs or to overcome problems that were not originally foreseen. For this reason, it was decided that the form should not constitute an Annex to the Convention.

186 *However, another option might be to follow the example of the Hague Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice, which provides in Article 30, "The model forms annexed to this Convention may be amended by a decision of a Special Commission convoked by the Secretary General of the Hague Conference to which all Contracting States and all Member States shall be invited. Notice of the proposal to amend the forms shall be included in the agenda for the meeting."*

187 Article 13(4) provides that the court addressed may require a translation of any document referred to in Article 13. This depends on the rules of procedure of the requested State.

Article 14 – Procedure[194]

188 Article 14 provides that the procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment are governed by the law of the requested State unless the Convention provides otherwise.[195] Where the law of the requested State makes no provision for any special procedure for the recognition (as distinct from enforcement) of a foreign judgment, a judgment will be recognised automatically by operation of law, based solely on Article 9 of the Convention. Where, on the other hand, the law requires a mandatory procedure for the recognition of foreign judgments, such procedure will have to be followed in the case of foreign judgments covered by the Convention. *Delegates may want to consider whether the Convention*

[190] On an analogous provision in the Brussels Regulation, see H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe* (3rd ed., 2002, LGDJ, Paris), Chapter 4 (pp. 387 *et seq.*).
[191] On the distinction between recognition and enforcement, see para. 159 *supra*.
[192] This provision is similar to sub-paras *a)* to *c)* of Art. 29(1) in the preliminary draft Convention 1999. The commentary on the latter in the Nygh-Pocar Report is at paras 362 *et seq.*
[193] See para. 188 *infra*.
[194] With regard to other procedural matters, see paras 48-54 and 105.
[195] Except for purely verbal alterations, this is the same as Art. 30 of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on this Article is at para. 355of the Nygh-Pocar Report.

tion devrait aller au-delà et interdise expressément aux États contractants de rendre de telles procédures obligatoires. Cela ne les empêcherait cependant pas, pour des raisons de sécurité juridique, de proposer une procédure spéciale sur une base volontaire.

S'il était décidé que la Convention aille dans ce sens, le texte pourrait être amendé de la manière suivante :

Aucune procédure spéciale ne sera requise pour la reconnaissance d'un jugement en application de cette Convention. La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, est régie par le droit de l'État requis sauf si la présente Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité.

189 Dans toute instance relevant de l'article 14, le tribunal requis doit agir avec célérité, bien qu'aucune sanction expresse ne soit prévue pour les retards. Cela signifie que le tribunal doit utiliser la procédure la plus expéditive dont il dispose. Les États contractants devraient envisager les moyens d'assurer que les retards inutiles sont évités.

Article 15 – Dommages et intérêts

190 L'article 15 traite de deux questions : les dommages et intérêts non compensatoires et les dommages et intérêts excessifs. Ces derniers peuvent être compensatoires ou non. Le premier paragraphe ne s'applique qu'aux dommages et intérêts non compensatoires. Le deuxième (qui traite des dommages et intérêts excessifs) semble recouvrir les deux catégories, bien que le Rapport Nygh / Pocar indique qu'il ne s'applique qu'aux dommages et intérêts compensatoires[196]. Le troisième s'applique aux deux.

191 Les dommages et intérêts compensatoires ont pour objet d'indemniser le demandeur de la perte supportée du fait de la faute du défendeur. Les dommages et intérêts non compensatoires ont un but différent, généralement celui de punir le défendeur pour sa faute, ou de dissuader d'autres personnes d'un acte semblable. Ils sont parfois dits « exemplaires » ou « punitifs ». Cependant l'article 15(1) n'est pas limité aux dommages et intérêts désignés ainsi : il s'applique à tous les dommages et intérêts qui ne sont pas compensatoires.

192 **Dommages et intérêts non compensatoires**. La première phrase de l'article 15(1) exige qu'un tribunal d'un État contractant reconnaisse et exécute les jugements accordant des dommages et intérêts non compensatoires si, et dans la mesure où, il avait lui-même pu accorder des dommages et intérêts similaires ou comparables[197]. Le critère est de savoir s'il avait pu le faire si l'instance avait été initialement engagée devant ce tribunal. Les dommages et intérêts « similaires » sont des dommages et intérêts de même type ; des dommages et intérêts « comparables » sont des dommages et intérêts non compensatoires de type différent mais remplissant néanmoins une fonction semblable. L'article 15 ne précise pas expressément que le tribunal n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter une condamnation en dommages et intérêts non compensatoires dans un cas où il n'aurait pas pu lui-même avoir accordé des dommages et intérêts semblables ou comparables, mais c'est là le but.

193 Si les dommages et intérêts non compensatoires ne peuvent être accordés en aucun cas dans l'État requis[198], la partie du jugement étranger qui accorde des dommages et intérêts non compensatoires ne sera jamais reconnue ou exécutée[199]. S'il ne peut les accorder que dans des cas particuliers – par exemple, lorsqu'un défendeur commet une faute intentionnelle en croyant que le bénéfice qu'il en tirera dépassera tous dommages et intérêts compensatoires qui pourraient être accordés –, le tribunal ne sera pas tenu de reconnaître ou d'exécuter le jugement si ces conditions ne sont pas réunies. En outre, dans la situation où il aurait pu accorder des dommages et intérêts non compensatoires dans le cas d'espèce, mais uniquement d'un faible montant, le tribunal n'est pas tenu de reconnaître et d'exécuter le jugement pour un montant nettement plus important. Dans tous les cas, cependant, il est autorisé à le reconnaître et l'exécuter pour l'intégralité de son montant.

194 **Dommages et intérêts excessifs**. L'article 15(2) traite des dommages et intérêts excessifs. Même s'il s'applique également aux dommages et intérêts non compensatoires, son intérêt principal résulte de son application aux dommages et intérêts compensatoires. L'article 15(2) *a)* a pour objet de permettre au tribunal requis de rabattre une condamnation en dommages et intérêts – même purement compensatoires – s'il les juge manifestement excessifs. Il ne peut le faire, toutefois, qu'après qu'une procédure a eu lieu dans le cadre de laquelle le créancier du jugement a eu la possibilité d'être entendu et uniquement lorsque le débiteur du jugement convainc le tribunal – la charge de la preuve lui incombant – de ce que dans toutes les circonstances, y compris celles existant dans l'État d'origine, les dommages et intérêts sont manifestement excessifs. Cependant, comme le prévoit l'article 15(2) *b)*, le tribunal ne doit en aucun cas reconnaître ou exécuter le jugement pour un montant inférieur à celui qui aurait pu être accordé dans l'État requis dans les mêmes circonstances, y compris celles existant dans l'État d'origine. Cela est destiné à éviter l'abus de l'article 15(2) *a)*.

195 Pour appliquer l'article 15(2), le tribunal requis ne peut réduire le montant du seul fait que le coût de la vie est plus élevé dans l'État d'origine. Le coût des soins médicaux est bien plus élevé dans certains États que dans d'autres. Dans la mesure où la condamnation traduit cette situation, elle ne peut être jugée excessive. Il en est de même des salaires. Si la condamnation est fondée sur une perte de revenus, elle traduira naturellement ce que la victime aurait gagné si le délit n'avait pas été commis. À l'aune des solutions de l'État requis, cela pourra apparaître comme une forte somme ; néanmoins, la condamnation ne peut normalement être réduite pour ce motif.

196 L'article 15(2) s'appliquera le plus souvent à l'égard de dommages et intérêts pour des causes qui ne peuvent être évaluées objectivement, par exemple, le *pretium doloris ;* la perte d'un bras, d'une jambe ou d'un œil ; l'atteinte à la réputation ; le préjudice moral ; ou des questions semblables. Dans ce cas, le tribunal d'origine déterminera une condamnation en tenant compte uniquement du niveau des condamnations passées. Si ce niveau est manifestement excessif aux yeux du tribunal requis, il réduira son montant.

197 Le Rapport Nygh / Pocar indique qu'à titre de principe général, « manifestement excessifs » signifiera probablement « manifestement excessifs à l'aune des solutions généralement

[196] Voir para. 358 et s. En pratique tout au moins, il ne sera appliqué qu'aux dommages et intérêts compensatoires, les dommages et intérêts non compensatoires étant suffisamment traités par le premier paragraphe.
[197] Il ne peut donc invoquer l'exception d'ordre public à l'art. 9(1) *e)* à titre de refus de reconnaissance d'une condamnation pour la seule raison que les dommages et intérêts sont non compensatoires.

[198] En général, c'est la situation dans les États de droit civil, où la sanction est considérée comme ne relevant que du droit pénal.
[199] Pour des décisions à cet effet, voir BGH 4 juin 1992, BGHZ 118, 312 (*Bundesgerichtshof*, Allemagne) ; Cour suprême du Japon, arrêt du 11 juillet 1997, *Minshu*, vol. 51, No 6, p. 2578 (traduction anglaise dans le *Japanese Annual of International Law*, No 41, p. 104). Dans les deux cas, l'exception d'ordre public a été invoquée pour refuser l'exécution de la partie de la condamnation représentant des dommages et intérêts punitifs dans un jugement américain.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

should go further and expressly prohibit Contracting States from making any such procedure mandatory. This would not prevent them, for the purposes of legal certainty, from offering such a special procedure on a voluntary basis.

If it were decided that the Convention should go this way, the text could be amended as follows:

No special procedure may be required for the recognition of a judgment under this Convention. The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

189 In all proceedings covered by Article 14, the court addressed must act expeditiously, though there is no explicit sanction against delay. This means that the court must use the most expeditious procedure available to it. Contracting States should consider ways in which provision can be made to ensure that unnecessary delays are avoided.

Article 15 – Damages

190 Article 15 deals with two issues: non-compensatory damages and excessive damages. The latter may be either compensatory or non-compensatory. The first paragraph applies only to non-compensatory damages. The second (which is concerned with excessive damages) appears to cover both, though the Nygh-Pocar Report states that it applies only to compensatory damages.[196] The third applies to both.

191 Compensatory damages are intended to compensate the plaintiff for loss suffered as a result of the wrongful act of the defendant. Non-compensatory damages are intended to serve a different purpose, usually to punish the defendant for his wrongdoing, or to deter others from doing something similar. They are sometimes called "exemplary" or "punitive" damages. However, Article 15(1) is not limited to damages so called: it applies to all damages that are not compensatory.

192 **Non-compensatory damages**. The first sentence of Article 15(1) requires a court in a Contracting State to recognise and enforce a judgment awarding non-compensatory damages if, and to the extent that, it could have awarded similar or comparable damages itself.[197] The test is whether it could have done so if the action had originally been brought before it. "Similar" damages are damages of the same kind; "comparable" damages are non-compensatory damages of a different kind that nevertheless fulfil a comparable function. Article 15 does not expressly say that a court is not obliged to recognise or enforce a judgment for non-compensatory damages if it could not itself have awarded similar or comparable damages, but this is what was intended.

193 If non-compensatory damages cannot be awarded in any circumstances in the State addressed,[198] the part of the foreign judgment awarding non-compensatory damages will never be recognised or enforced.[199] If non-compensatory damages could have been awarded only in special circumstances – for example, if the defendant deliberately commits the tort in the belief that the profit he or she will derive will outweigh any compensatory damages that could be awarded – the court would not be obliged to recognise or enforce the judgment if those circumstances did not pertain. Moreover, if it could have awarded non-compensatory damages in the circumstances of the case, but only for a small sum, it would not be obliged to recognise or enforce a judgment for a significantly greater sum. In all cases, however, it is permitted to recognise and enforce the judgment to the full amount.

194 **Excessive damages**. Article 15(2) deals with excessive damages. Even if it also applies to non-compensatory damages, its main importance derives from its application to compensatory damages. The purpose of Article 15(2) *a)* is to allow the court addressed to cut down an award of damages – even if they are purely compensatory – if it considers them to be grossly excessive. It may do this, however, only after proceedings have taken place in which the judgment creditor has had the opportunity to be heard and only if the judgment debtor satisfies the court – the onus is on him – that in all the circumstances, including those existing in the State of origin, the damages are grossly excessive. However, as is provided by Article 15(2) *b)*, the court must in no event recognise or enforce the judgment in an amount less than that which could have been awarded in the requested State in the same circumstances, including those existing in the State of origin. This is to prevent the abuse of Article 15(2) *a)*.

195 In applying Article 15(2), the court addressed cannot reduce the amount simply because things cost more in the State of origin. The cost of medical treatment is much greater in some States than in others. To the extent that the award reflects this, it cannot be deemed excessive. The same is true with regard to salaries. If the award is based on lost earnings, it will naturally reflect what the victim would have earned if the tort had not occurred. By the standards of the requested State, this might seem a great deal of money; nevertheless, the award cannot normally be reduced for this reason.

196 Article 15(2) will apply most often with regard to damages for matters that cannot be objectively assessed – for example, pain and suffering; loss of an arm, a leg or an eye; loss of reputation; hurt feelings; or similar matters. Here the court of origin will normally make an award guided solely by the level of past awards. If this level is grossly excessive, the court addressed will reduce the award.

197 The Nygh-Pocar Report states that, as a general principle, "grossly excessive" is likely to mean "grossly excessive according to the standards usually applied by the courts of the

[196] See paras 358 *et seq.* In practice, at least, it will be applied only to compensatory damages, since non-compensatory damages are adequately dealt with by the first paragraph.

[197] It cannot, therefore, invoke the public policy exception in Art. 9(1) *e)* as a ground for refusing to recognise an award solely because the damages are non-compensatory.

[198] Generally speaking, this is the position in civil law countries, where punishment is regarded as the business only of the criminal law.

[199] For judgments to this effect, see BGH 4 June 1992, BGHZ 118, 312 (*Bundesgerichtshof*, Germany); Supreme Court of Japan, judgment of 11 July 1997, *Minshu*, Vol. 51, No 6, p. 2578 (English translation in the *Japanese Annual of International Law*, No 41, p. 104). In both cases, the public policy exception was invoked to deny enforcement to the part of the award in an American judgment that represented punitive damages.

mises en œuvre dans l'État d'origine »[200]. Cependant, cet avis a été vivement critiqué par plusieurs délégations. Si le tribunal requis était tenu d'appliquer les solutions de l'État d'origine, l'article 15(2) serait presque entièrement privé d'effet : si une condamnation était « manifestement excessive » selon les solutions de l'État dans lequel elle était prononcée, elle serait presque certainement infirmée en appel, et dans ce cas la question de l'exécution ne se poserait pas.

198 Il serait peut-être préférable d'éviter l'usage du terme de « solutions » (« *standards* »), car il pourrait suggérer l'application de règles, bien que si des « solutions » doivent être appliquées, elles doivent être celles de l'État requis. Cela ne signifie pas toutefois que le tribunal requis peut refuser d'exécuter une condamnation au seul motif qu'il en aurait lui-même prononcé une plus faible, voire aucune. Le critère n'est pas fondé sur des règles mais sur une appréciation.

199 Le critère à l'article 15(2) est semblable à celui d'ordre public. La question des dommages et intérêts aurait pu être laissée aux soins de l'exception d'ordre public à l'article 9(1) *e)*, mais il a été décidé de lui consacrer une disposition spéciale, en partie pour introduire une plus grande certitude, et en partie pour rassurer les États qui auraient pu ne pas être disposés à signer la Convention s'ils avaient dû exécuter des condamnations qu'ils jugent excessives[201]. Ainsi, bien que l'ordre public ne soit expressément mentionné qu'à l'article 9(1) *e)* comme motif de refus de reconnaissance d'un jugement, la question essentielle qu'un tribunal doit se poser lorsqu'il applique l'article 15(2) est celle de savoir si la condamnation est manifestement excessive au point que sa reconnaissance et son exécution seraient contraires à l'ordre public.

200 Ce critère doit être appliqué à la totalité de la condamnation : il ne doit pas être appliqué séparément à chaque chef de dommages et intérêts. Il est tout à fait possible que le tribunal d'origine ait prononcé une condamnation à des dommages et intérêts très importants d'un chef, mais cela aurait pu être destiné à compenser le fait qu'il ne pouvait pas accorder de dommages et intérêts d'un autre chef, ou ne l'a pas fait. Par exemple, prenons le cas d'une instance pour homicide engagée par la veuve de la victime. Un certain système de droit pourrait l'indemniser sur la base du soutien financier qu'elle a perdu du fait du décès de son mari. Un autre pourrait la compenser du dommage moral qu'elle a subi. La condamnation définitive pourrait être sensiblement la même dans les deux cas. Il serait donc injuste que le tribunal requis applique le critère de caractère « manifestement excessif » à chaque élément de l'indemnisation pris individuellement, car cela pourrait lui accorder bien moins que ce qu'elle aurait eu si l'instance avait été engagée initialement devant le tribunal requis.

201 Le critère concerne les dommages et intérêts, et non la responsabilité. Le tribunal requis ne peut donc refuser l'exécution du jugement au seul motif qu'il n'aurait pas jugé le défendeur responsable, ou parce qu'il n'aurait pas accordé de dommages et intérêts au titre de ses actes. Par exemple, dans certains systèmes de droit, la diffamation est un délit pénal et non civil ; dans d'autres, un délit civil et non pénal. Si un tribunal d'un État appliquant ce dernier système prononce une condamnation en dommages et intérêts pour diffamation par écrit, un tribunal d'un État appliquant le premier ne peut refuser de l'exécuter sur la base de l'article 15(2) *a)* au seul motif qu'il n'aurait pas pu accorder de dommages et intérêts dans des circonstances semblables. Cependant, s'il est d'avis qu'en tenant compte de toutes les circonstances (y compris celles dans l'État d'origine), la somme est manifestement disproportionnée au tort occasionné, il aura le droit de réduire la condamnation[202].

202 Il en serait de même des demandes délictuelles pour l'incitation à une faute contractuelle. Supposons que A et B concluent un contrat, et que C incite B à l'enfreindre. Dans ces circonstances, la plupart des systèmes de *common law* permettraient à A de rechercher la responsabilité délictuelle de C. Dans certains autres systèmes de droit, cela pourra ne pas être possible. Cependant, si un tribunal de *common law* accorde des dommages et intérêts dans le cadre d'une telle instance, un autre tribunal ne devrait pas refuser d'exécuter le jugement sur le fondement de l'article 15(2) *a)* au seul motif qu'il n'aurait accordé aucuns dommages et intérêts si l'instance avait été engagée devant lui initialement. Cependant, il pourra réduire le montant de la condamnation s'il le juge manifestement totalement disproportionné au préjudice occasionné à A.

203 **Frais juridiques et dépens**. Le troisième paragraphe de l'article 15 s'applique aux procédures relevant aussi bien du premier paragraphe que du deuxième paragraphe. Il dispose que le tribunal requis prend en considération si, et dans quelle mesure, le montant accordé – qu'il soit qualifié de compensatoire ou non – a pour objet de couvrir les frais et dépens du procès. Cette disposition a été introduite parce que les règles relatives aux frais juridiques diffèrent entre systèmes de droit. Dans la plupart des États, le demandeur ayant gain de cause a droit aux « dépens ». Il s'agit d'une somme d'argent ajoutée aux dommages et intérêts afin de couvrir les frais et débours du procès. Cependant, les règles d'évaluation des frais peuvent diverger largement. Dans de nombreux États, ils comprennent les honoraires d'avocats[203]. Aux États-Unis d'Amérique, ce n'est pas le cas[204]. À titre de compensation, les jurys des États-Unis d'Amérique accordent souvent des dommages et intérêts plus élevés, parfois désignés dommages et intérêts punitifs. L'article 15(3) impose au tribunal requis d'en tenir compte pour décider si la condamnation est manifestement excessive : il doit prendre le montant du jugement et le comparer avec le montant total qu'il aurait accordé, y compris les dépens. Ce faisant, il doit également tenir compte du niveau courant des honoraires des avocats dans l'État d'origine.

204 **Assurance**. L'effet de l'article 15 sur les contrats d'assurance (ou de réassurance) nécessite une explication. L'article 15 traite uniquement de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires ou excessifs. Le fait qu'une condamnation en dommages et intérêts ne serait pas reconnue (en tout ou partie) parce que les dommages et intérêts sont non compensatoires ou excessifs ne signifie pas qu'un contrat d'assurance (ou de réassurance) ne serait pas reconnu ou exécuté du seul fait que la police indemnisait l'assuré contre le versement de tels dommages et intérêts à un tiers.

205 Un exemple explicitera cette distinction. Supposons qu'une personne conclut un contrat d'assurances en vertu duquel l'assureur s'engage à l'indemniser d'une condamnation en dommages et intérêts, y compris les dommages et intérêts punitifs ou excessifs[205]. Un jugement accordant des dommages et intérêts punitifs est ensuite rendu à son encontre. L'article 15 s'appliquera dans une procédure tendant à l'exécution

[200] Para. 368.

[201] Elle a également pour objet d'assurer que les États n'utiliseraient pas l'exception d'ordre public de la Convention afin de refuser d'exécuter une condamnation à des dommages et intérêts punitifs dans le cas où ils auraient pu eux-mêmes accorder des dommages et intérêts similaires ou comparables.

[202] Si le tribunal requis considère, pour un motif autre que le montant de la condamnation ou le fait qu'elle est non compensatoire, qu'il serait manifestement contraire à son ordre public de reconnaître ou d'exécuter le jugement, il peut invoquer l'exception d'ordre public à l'art. 9(1) *e)*. Cela pourrait se produire, par exemple, s'il considère qu'un jugement en diffamation constitue une atteinte à la liberté d'expression.

[203] Il peut cependant y avoir des différences considérables dans le mode de leur évaluation : ils peuvent couvrir plus ou moins la totalité de ce que la partie ayant gain de cause a dû verser à son avocat ; ou représenter nettement moins.

[204] Il existe quelques exceptions.

[205] Que la police couvre de tels dommages et intérêts ou non dépendra de ses stipulations, interprétées selon le droit qui la régit.

State of origin";[200] however, this view was strongly criticised by several delegations. If the court addressed had to apply the standards of the State of origin, Article 15(2) would be almost totally deprived of effect: if an award was "grossly excessive" by the standards of the State in which it was made, it would almost certainly be set aside on appeal, in which case the question of its enforcement would not arise.

198 It might be best not to use the word "standard", since it could suggest the application of rules, though if "standards" are to be applied, they must be those of the requested State. This does not, however, mean that the court addressed can refuse to enforce an award simply because it would itself have made a smaller one, or even none at all. The test is not one of rules but of judgment.

199 The test under Article 15(2) is similar to that of public policy. The question of damages could have been left to the public policy exception in Article 9(1) *e)*, but it was decided to devote a special provision to it, partly to introduce greater certainty, and partly to reassure those States that might have been unwilling to sign the Convention if they had had to enforce awards they regarded as excessive.[201] Thus, though public policy is expressly mentioned only in Article 9(1) *e)* as a ground for non-recognition of a judgment, the essential question that the court must ask when applying Article 15(2) is whether the award is so grossly excessive that its recognition or enforcement would be contrary to public policy.

200 This test must be applied to the total award: it should not be applied separately to each head of damages. It may well be that the court of origin awarded very large damages under one head, but this might have been to compensate for the fact that it could not, or did not, award damages under another head. For example, take the case of a wrongful death action brought by the widow of the victim. One legal system might compensate her on the basis of the financial support she lost as a result of her husband's death. Another might compensate her for the emotional devastation she suffered. The final award might be much the same in both cases. It would be wrong, therefore, for the court addressed to apply the "grossly excessive" test individually to each item of compensation, since this might result in her receiving far less than she would have if the action had originally been brought before the court addressed.

201 The test is one of damages, not liability; therefore, the court addressed cannot refuse to enforce the judgment simply because it would not have regarded the defendant as liable, or because it could not have awarded damages for what he did. For example, in some legal systems defamation is a criminal offence but not a tort; in others, it is a tort but not a crime. If a court in a State where the latter system prevails grants an award of damages for libel, a court in a State that applies the former system cannot refuse to enforce it on the basis of Article 15(2) *a)* simply because it could not have awarded damages in similar circumstances. However, if it feels that, in all the circumstances (including those in the State of origin), the sum awarded is grossly excessive in proportion to the wrong done, it will be entitled to reduce the award.[202]

202 The same would apply to actions in tort for inducing a breach of contract. Assume that A and B enter into a contract, and C induces B to break the contract. In these circumstances, most common law systems would consider that A can sue C in tort. In some other legal systems, this may not be possible. However, if a common law court were to award damages in such an action, another court ought not to refuse to enforce the judgment on the basis of Article 15(2) *a)* simply because it would not have granted any damages if the action had originally been brought before it. However, it may cut the award down if it thinks that the amount of the award is so grossly excessive as to be out of all proportion to the harm inflicted on A.

203 **Legal costs and expenses**. The third paragraph of Article 15 applies to proceedings under both the first paragraph and the second paragraph. It provides that the court addressed must take into account whether, and to what extent, the award – whether stated to be compensatory or non-compensatory – is intended to cover costs and expenses relating to the proceedings. This provision was included because the rules regarding legal costs differ in different legal systems. In most countries, the successful plaintiff is entitled to "costs". This is a sum of money added to the damages to cover the costs and expenses of the legal proceedings. However, the rules for assessing costs can differ widely. In many countries, they cover lawyers' fees.[203] In the United States of America, they do not.[204] To compensate for this, juries in the United States often grant higher damages, sometimes designated as punitive damages. The court addressed is obliged by Article 15(3) to take this into account in deciding whether the award is grossly excessive: it must take the amount of the judgment and compare it with the total amount it would have awarded, including costs. In doing this, it must also take into account the prevailing level of lawyers' fees in the State of origin.

204 **Insurance**. The effect of Article 15 on contracts of insurance (or reinsurance) needs explanation. Article 15 is concerned solely with the recognition or enforcement of a judgment for non-compensatory damages or excessive compensatory damages. The fact that an award of damages would not be recognised (in whole or in part) because the damages are non-compensatory or excessive does not mean that a judgment under a contract of insurance (or reinsurance) would not be recognised or enforced merely because the policy indemnified the insured against payment to a third party of such damages.

205 This distinction is made clearer by an example. Assume that a person enters into a contract of insurance under which the insurer agrees to indemnify him against an award of damages, including punitive or excessive damages.[205] Then a judgment awarding punitive damages is made against him. Article 15 would apply in proceedings to enforce that judgment in other

[200] At para. 368.
[201] It was also intended to ensure that States would not use the public policy exception of the Convention to refuse to enforce an award of punitive damages if they could have awarded similar or comparable damages themselves.
[202] If the court addressed considers, on grounds other than the size of the award or the fact that it is non-compensatory, that it would be manifestly contrary to its public policy to recognise or enforce the judgment, it can invoke the public policy exception in Art. 9(1) *e)*. This might occur, for example, if it considered that a judgment for libel constituted an infringement of the right of free speech.
[203] There may, however, be considerable differences in the way in which these are assessed: they may cover more or less all that the successful party has had to pay his lawyer; or they may fall far short of this.
[204] There are a small number of exceptions.
[205] Whether the policy covers such damages would depend on its terms, as interpreted by the law governing it.

Dogauchi-Hartley Draft Report

de ce jugement dans d'autres États contractants dans la mesure où il a été rendu en vertu d'un accord d'élection de for relevant de la Convention (ce qui se produit rarement). Dans certains États contractants, il pourra ne pas être exécuté. Cependant, cela n'affectera pas l'exécution d'un jugement à l'encontre de l'assureur en vertu de cette police. L'article 15 ne permet pas à un État contractant de refuser l'exécution d'un jugement en vertu d'un contrat d'assurance au seul motif que le risque assuré est le versement de dommages et intérêts punitifs. La condamnation d'un assureur à indemniser un assuré d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs n'est pas en soi une condamnation à des dommages et intérêts punitifs. Ce ne serait pas non plus le cas d'une condamnation à des dommages et intérêts excessifs, du seul fait que la perte pour laquelle l'assureur s'est engagé à indemniser l'assuré est une condamnation à des dommages et intérêts excessifs. L'article 15 ne s'applique donc pas à la reconnaissance et à l'exécution de la condamnation de l'assureur, si elle a été prononcée en vertu d'un accord d'élection de for relevant de la Convention.

206 Bien que cela puisse déjà être clair, il pourrait être souhaitable, dans un but de certitude, d'ajouter un nouveau paragraphe à l'article 15. Il pourrait être formulé comme suit : « Le présent article n'autorise pas un tribunal d'un État contractant à limiter la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement en vertu d'un contrat d'assurance (ou de réassurance) au seul motif que le jugement impose à l'assureur d'indemniser l'assuré du versement de dommages et intérêts non compensatoires ou de dommages et intérêts compensatoires excessifs ».

207 **Indemnités légales et forfaitaires (contractuelles).** Une loi ou un contrat fixe parfois un mode de calcul des dommages et intérêts, ou fixe le montant devant être versé. Cela peut avoir pour but d'éviter des contestations prolongées quant au montant approprié. S'il s'agit d'une tentative réelle d'estimation par avance d'un niveau équitable d'indemnisation, les dommages et intérêts attribués à ce titre seront des dommages et intérêts compensatoires même si, dans un cas particulier, la somme qui en résulte ne traduit pas exactement le montant de la perte du demandeur. Si, en revanche, il n'y a pas de réelle intention d'estimer un niveau équitable d'indemnisation, mais que l'intention est plutôt de sanctionner le défendeur, les dommages et intérêts seront non compensatoires[206].

Article 16 – Divisibilité

208 L'article 16 prévoit la reconnaissance et l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement lorsqu'elle est demandée, ou lorsque seule une partie du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu de la Convention[207]. Par exemple, si une condamnation en dommages et intérêts punitifs n'est pas exécutée au motif de l'article 15(1), le reste de la condamnation doit être exécuté s'il remplit les conditions de l'article 9[208]. Afin d'être dissociable, la partie en question doit pouvoir exister de manière autonome, et il doit être raisonnable et approprié de la reconnaître ou de l'exécuter indépendamment du reste du jugement[209]. Dans la mesure où cela dépend d'une règle de droit, le droit du tribunal requis doit être appliqué.

[206] Voir Texte provisoire 2001, note 176.
[207] La disposition équivalente de l'avant-projet de Convention 1999 est l'art. 34. Le commentaire correspondant à cette disposition figure aux para. 372 et s. du Rapport Nygh / Pocar.
[208] Voir note 199 pour des affaires où cela s'est produit en Allemagne et au Japon.
[209] Cela dépendra normalement de la question de savoir si l'exécution d'une partie seulement du jugement modifierait de manière significative les obligations des parties. Voir Rapport Nygh / Pocar, para. 372 et s. Si des questions de droit se posaient, il faudrait les trancher selon le droit de l'État requis, *ibid.*

Article 17 – Dispense de la légalisation

209 L'article 17 dispose que les documents transmis ou délivrés en application de la Convention doivent être dispensés de la légalisation ou toute autre formalité analogue[210]. Cela comprendrait, par exemple, une apostille.

Article 18 – Limitation de compétence

210 Il a été indiqué ci-dessus que la Convention a pour politique d'exclure de son champ d'application les situations purement internes[211]. Cette politique reçoit application par l'article premier. L'article 18 a l'objet inverse : il permet à un État de déclarer que ses tribunaux n'appliqueront pas l'article 5 de la Convention aux affaires qui sont entièrement *étrangères*. Il indique que lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de connaître des litiges couverts par un accord exclusif d'élection de for s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu de situation du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige[212].

211 En pratique, des parties désignent parfois les tribunaux d'un État avec lequel ni eux ni les faits de la cause n'ont de lien. La raison en est qu'aucune des parties ne souhaite s'adresser aux tribunaux de l'État de l'autre partie ; elles conviennent donc des tribunaux d'un État neutre. Certains États l'encouragent[213]. D'autres considèrent que cela impose une charge injustifiée à leur système judiciaire. L'article 18 a pour objet de satisfaire les États de cette dernière catégorie.

Article 19 – Limitation à la reconnaissance et à l'exécution

212 L'article 19 dispose que lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État peut déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque les parties ont leur résidence dans l'État requis, et lorsque la relation des parties ainsi que tous les éléments pertinents au litige, autres que le lieu de situation du tribunal élu, sont au moment de la conclusion de l'accord[214] liés au seul État requis[215]. Cette disposition poursuit la politique, examinée ci-dessus, consistant à exclure les situations purement internes du champ d'application de la Convention.

213 Afin de comprendre l'objet de l'article 19, il faut se rappeler que la Convention ne s'applique que dans les situations internationales[216]. Cependant, la définition d'« international » à cet effet varie, selon que l'on considère la compétence[217], ou la reconnaissance et l'exécution d'un jugement[218]. À l'effet de la compétence, une affaire n'est pas internationale si

[210] Cela est équivalent à l'art. 29(2) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant à cette disposition dans le Rapport Nygh / Pocar figure au para. 353, où il est indiqué que c'est une pratique bien établie dans le cadre des Conventions de La Haye.
[211] Para. 10.
[212] La Convention utilisant les termes « auront la faculté de refuser », les tribunaux d'un État faisant une telle déclaration auront un pouvoir discrétionnaire d'exercer ou non leur compétence. Une réglementation d'application pourra introduire une obligation de ne pas exercer de compétence en pareil cas.
[213] Par ex., les tribunaux anglais acceptent depuis de nombreuses années de connaître de telles affaires, et en 1984, New York a adopté des dispositions spéciales en vue de les faciliter : voir *New York Civil Practice Law and Rules*, Règle 327 *b)* et *New York General Obligations Law*, § 5-1402.
[214] L'expression « au moment de la conclusion de l'accord » semble viser la résidence des parties, leurs relations et les autres éléments pertinents au litige. Une discussion plus approfondie sera cependant peut-être nécessaire afin d'établir si cette interprétation est correcte.
[215] La Convention utilisant les termes « auront la faculté de refuser », les tribunaux d'un État faisant une telle déclaration auront un pouvoir discrétionnaire de décider ou non de reconnaître et d'exécuter de tels jugements en vertu de la Convention. Une réglementation de la mise en œuvre pourra cependant introduire une obligation de ne pas reconnaître ou exécuter des jugements étrangers en pareil cas.
[216] Art. 1(1).
[217] Art. 1(2).
[218] Art. 1(3).

Contracting States in so far as it was rendered under a choice of court agreement covered by the Convention (which rarely occurs). In some Contracting States, it might not be enforced. However, this would not affect the enforcement of a judgment against the insurer under the policy. Article 15 does not permit a Contracting State to refuse to enforce a judgment under an insurance contract just because the risk insured against is the payment of punitive damages. A judgment against an insurer requiring him to indemnify an insured against an award of punitive damages is not itself an award of punitive damages. Nor would it be an award of excessive damages, just because the loss against which the insurer agreed to indemnify the insured was an award of excessive damages. Therefore, Article 15 does not apply to the recognition and enforcement of the judgment against the insurer, if it was rendered under a choice of court agreement covered by the Convention.

206 Although this may already be clear, it might be desirable, for the sake of certainty, to add a new paragraph to Article 15. This might read, "This Article does not permit a court of a Contracting State to limit recognition or enforcement of a judgment under a contract of insurance (or reinsurance) merely because the judgment requires the insurer to indemnify the insured against payment of non-compensatory damages or excessive compensatory damages."

207 **Statutory and contractual (liquidated) damages.** Sometimes a statute lays down a formula for calculating damages, or specifies the sum to be paid. Sometimes a contract does so. This may be done to avoid lengthy disputes as to the correct amount. If this is a genuine attempt to estimate a fair level of compensation in advance, damages awarded on this basis would constitute compensatory damages, even if, in a given case, the resulting sum did not exactly reflect the amount of the plaintiff's loss. If, on the other hand, there was no genuine intention to estimate a fair level of compensation, but the intention was rather to punish the defendant, the damages would be non-compensatory.[206]

Article 16 – Severability

208 Article 16 provides for the recognition and enforcement of a severable part of a judgment where this is applied for, or where only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under the Convention.[207] For example, if an award of punitive damages is not enforced by reason of Article 15(1), the remainder of the award must be enforced if it satisfies the requirements of Article 9.[208] In order to be severable, the part in question must be capable of standing alone, and it must be reasonable and appropriate to recognise or enforce it independently of the rest of the judgment.[209] In so far as this depends on a rule of law, the law of the court addressed must be applied.

[206] See Interim Text 2001, footnote 176.
[207] The equivalent provision in the preliminary draft Convention 1999 is Art. 34. The commentary on this provision is at paras 372 *et seq.* of the Nygh-Pocar Report.
[208] See note 199 *supra* for cases in Germany and Japan where this occurred.
[209] This would normally depend on whether enforcing only one part of the judgment would significantly change the obligations of the parties: see the Nygh-Pocar Report, paras 372 *et seq.* If any questions of law arose, they would have to be decided by the law of the requested State: *ibid.*

Article 17 – No legalisation

209 Article 17 provides that all documents forwarded or delivered under the Convention must be exempt from legalisation or any analogous formality.[210] The latter would include, for example, an *apostille*.

Article 18 – Limitation of jurisdiction

210 It was said above that it is the policy of the Convention to exclude wholly domestic situations from its scope.[211] Effect is given to this policy by Article 1. Article 18 pursues the opposite policy: it permits a State to make a declaration that its courts will not apply Article 5 of the Convention to cases that are wholly *foreign*. It states that upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to determine disputes covered by an exclusive choice of court agreement if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.[212]

211 In practice, parties sometimes choose the courts of a State with which neither they nor the facts of the case have any connection. The reason is that neither party wants to go before the courts of the other party's State; so they agree to choose the courts of a neutral State. Some countries welcome this.[213] Others feel that it imposes an undue burden on their judicial systems. The purpose of Article 18 is to accommodate States in the latter category.

Article 19 – Limitation of recognition and enforcement

212 Article 19 provides that upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment of a court in another Contracting State if the parties are resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, are, at the time the agreement is concluded,[214] connected only with the requested State.[215] This provision pursues the policy, discussed above, of excluding wholly domestic situations from the scope of the Convention.

213 To understand the purpose of Article 19, one must remember that the Convention applies only in international cases.[216] However, the definition of "international" for this purpose varies, depending on whether one is considering jurisdiction,[217] or the recognition and enforcement of a judgment.[218] For the purpose of jurisdiction, a case is not interna-

[210] This is equivalent to Art. 29(2) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on that provision in the Nygh-Pocar Report is at para. 353, where it is stated that this is a practice that is well established in the context of the Hague Conventions.
[211] Para. 10.
[212] Since the Convention uses the words "may refuse", the courts of a State that made such a declaration would have a discretion whether or not to exercise jurisdiction. Implementing legislation could introduce an obligation not to exercise jurisdiction in such cases.
[213] For example, English courts have for many years been willing to hear such cases, and in 1984 New York adopted special provisions to facilitate them: see New York Civil Practice Law and Rules, Rule 327(b) and New York General Obligations Law section 5-1402.
[214] The phrase "at the time the agreement is concluded" seems to apply to the residence of the parties, as well as to their relationship and to the other elements relevant to the dispute. However, further discussion may be necessary to clarify whether this is correct.
[215] Since the Convention uses the words "may refuse", the courts of a State that made such a declaration would have a discretion whether or not to recognise and enforce such judgments under the Convention. However, implementing legislation could introduce an obligation not to recognise or enforce foreign judgments in such circumstances.
[216] Art. 1(1).
[217] Art. 1(2).
[218] Art. 1(3).

les parties résident dans l'État du tribunal saisi, et si tous les autres faits pertinents au litige (quel que soit le lieu de situation du tribunal élu) ne sont liés qu'à ce seul État. Cependant, à l'effet de la reconnaissance et de l'exécution, une affaire est toujours internationale si le jugement a été rendu par un tribunal d'un État autre que celui où la reconnaissance ou l'exécution est recherchée. Il en résulte qu'une affaire qui est interne lorsqu'elle est jugée devient internationale si une procédure d'exécution est engagée dans un autre État. L'article 19 a pour objet de permettre à un État contractant de déclarer qu'il ne reconnaîtra ou n'exécutera pas un tel jugement dans un cas où l'affaire lui aurait été purement interne si la procédure initiale avait été engagée devant ses tribunaux. Par exemple, supposons que les parties résident dans l'État A et tous les autres faits pertinents ne sont liés qu'à cet État. Elles conviennent de la compétence exclusive d'un tribunal de l'État B. Si l'une d'entre elles engage une procédure devant un tribunal de l'État A, ce tribunal n'est pas tenu de se dessaisir en vertu de l'article 7 : la Convention ne sera pas applicable parce que l'affaire ne sera pas internationale au sens de l'article 1(2). Cependant, si la procédure est engagée dans l'État B, l'État A sera tenu par l'article 9 de reconnaître le jugement qui en résulte : l'affaire sera devenue internationale aux termes de l'article 1(3). L'effet de l'article 19 est de permettre aux États de modifier ce résultat en faisant une déclaration appropriée. S'il prend cette mesure, l'État A ne sera pas tenu de reconnaître le jugement.

Article 20 – Limitation relative aux matières liées à l'amiante

214 L'article 20 dispose qu'au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État peut déclarer qu'il n'applique pas les dispositions de la Convention aux accords exclusifs d'élection de for dans les matières liées à l'amiante[219]. Cela découle des graves difficultés que les réclamations relatives aux dommages corporels et décès résultant de l'asbestose ont occasionnées dans un État particulier. Cette disposition est destinée à permettre à cet État de déroger à la Convention. Elle s'applique aux demandes en responsabilité au titre de dommages corporels ou maladies causés par l'exposition à l'amiante.

Article 21 – Interprétation uniforme

215 L'article 21 indique que pour l'interprétation de la Convention, il doit être tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Cette disposition est adressée aux tribunaux appliquant la Convention. Elle leur impose de l'interpréter dans un esprit international afin de promouvoir l'uniformité de l'application. Là où cela est raisonnablement possible, les décisions et doctrines étrangères devraient donc être prises en compte. Il conviendrait de garder également à l'esprit que des concepts et principes qui sont considérés comme des axiomes dans un système juridique peuvent être inconnus ou rejetés dans un autre. Les objectifs de la Convention ne seront atteints que si tous les tribunaux font preuve d'ouverture d'esprit dans son application[220].

Article 22 – Système juridique non unifié

216 L'article 22 traite des problèmes résultant du fait que certains États sont composés de deux ou plusieurs unités territoriales, disposant chacune de sa propre organisation judiciaire. Cela se produit le plus couramment dans le cas de fédérations – telles que le Canada ou les États-Unis d'Amérique – mais peut également exister dans d'autres États, tels que la Chine ou le Royaume-Uni. Cela peut donner lieu à une difficulté car il faut décider dans toute affaire si l'unité appropriée est l'État dans son ensemble («État» au sens international) ou s'il s'agit d'une unité territoriale particulière au sein de cet État.

217 L'article 22(1) résout cette difficulté en disposant que, lorsque des systèmes juridiques différents s'appliquent dans les unités territoriales à l'égard de questions régies par la Convention[221], la Convention doit être interprétée comme s'appliquant soit à l'État au sens international soit à l'unité territoriale considérée, le cas échéant[222]. Cette démarche peut sembler peu satisfaisante, mais en fait la réponse est généralement évidente.

218 La situation la plus importante dans laquelle la question se pose a trait à la définition d'un accord exclusif d'élection de for à l'article 3. La manière dont l'article 22 s'applique dans cette situation a déjà été examinée[223]. Une autre situation concerne la détermination de la résidence d'une personne physique ou société.

219 L'article 22(2) donne effet plus avant à la politique de non-application de la Convention aux situations purement internes. Il indique que nonobstant les dispositions de l'article 22(1), un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu d'appliquer la Convention à des situations impliquant uniquement ces différentes unités territoriales. Pour que cette disposition soit applicable, le tribunal élu doit également être situé dans l'État en question ; s'il est situé dans un autre État contractant, l'article 19 sera applicable.

220 L'article 22(2) signifie que, par exemple, si le tribunal élu est en Angleterre et que la situation est strictement interne au Royaume-Uni, le Royaume-Uni n'est pas tenu d'appliquer la Convention en vertu du fait que l'une des parties a sa résidence en Écosse. En revanche, si le tribunal élu était situé au Canada, les tribunaux du Royaume-Uni devraient reconnaître et exécuter tout jugement rendu par ce tribunal, à moins que le Royaume-Uni n'ait fait une déclaration en vertu de l'article 19.

221 L'article 22(3) dispose qu'un tribunal d'une unité territoriale d'un État contractant n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter un jugement en provenance d'un autre État contractant du seul fait que le jugement a été reconnu ou exécuté en vertu de la Convention par un tribunal d'une autre unité territoriale du premier État contractant. Cela signifie par exemple qu'un tribunal à New York n'est pas tenu de reconnaître un jugement provenant du Japon au seul motif qu'un tribunal du New Jersey l'a fait. Le tribunal de New York devra décider par lui-même si les conditions de reconnaissance ou d'exécution en vertu de la Convention sont réunies.

[219] Certaines délégations ont proposé que d'autres matières particulières soient mentionnées dans cette disposition, telles que les matières premières et les coentreprises. Ces propositions sont liées aux questions qui se posent par rapport aux art. 7 et 9.
[220] La disposition équivalente de l'avant-projet de Convention 1999 est l'art. 38(1). Le commentaire correspondant dans le Rapport Nygh / Pocar figure aux para. 387 et s.

[221] Le fait que tout ou partie des unités territoriales pertinentes d'un État contractant appliquent la *common law* ne signifie pas nécessairement qu'elles n'appliquent pas des systèmes juridiques différents. Il en est ainsi si elles ont des législations différentes, par exemple, dans le cas des états australiens ou des provinces canadiennes.
[222] Il a été convenu que chaque État contractant peut prévoir dans la législation mettant la Convention en œuvre la façon dont il faut comprendre l'expression «le cas échéant».
[223] Para. 73.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

tional if the parties are resident in the State of the court seised, and if all other elements relevant to the dispute (regardless of the location of the chosen court) are connected only with that State. However, for the purpose of recognition and enforcement, a case is always international if the judgment was given by a court in a State other than that in which recognition or enforcement is sought. That means that a case that is domestic when it is heard becomes international if proceedings are brought to enforce the judgment in another State. The purpose of Article 19 is to permit a Contracting State to declare that it will not recognise or enforce such a judgment if the case would have been wholly domestic to it, if the original proceedings had been brought in its courts. For example, assume that the parties are resident in State A and all other relevant elements are connected only with that State. They agree that a court in State B will have exclusive jurisdiction. If one of them brings proceedings before a court in State A, that court would not be obliged to decline jurisdiction under Article 7: the Convention would not be applicable because the case would not be international under Article 1(2). However, if proceedings were brought in State B, State A would be required by Article 9 to recognise the resulting judgment: the case would have become international in terms of Article 1(3). What Article 19 does is to make it possible for States to change this by entering an appropriate declaration. If it did that, State A would not be required to recognise the judgment.

Article 20 – Limitation with respect to asbestos related matters

214 Article 20 provides that upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that it will not apply the provisions of the Convention to exclusive choice of court agreements in asbestos related matters.[219] This is because personal injury and wrongful death claims for asbestosis have caused serious problems in one particular State. This provision is intended to allow that State to opt out. It applies to actions concerning liability for injury, illness or death caused by exposure to asbestos.

Article 21 – Uniform interpretation

215 Article 21 states that in the interpretation of the Convention regard must be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application. This provision is addressed to courts applying the Convention. It requires them to interpret it in an international spirit so as to promote uniformity of application. Where reasonably possible, therefore, foreign decisions and writings should be taken into account. It should also be kept in mind that concepts and principles that are regarded as axiomatic in one legal system may be unknown or rejected in another. The objectives of the Convention can be attained only if all courts apply it in an open-minded way.[220]

Article 22 – Non-unified legal system

216 Article 22 is concerned with the problems that result from the fact that some States are composed of two or more territorial units, each with its own judicial system. It occurs most often in the case of federations – for example, Canada or the United States of America – but can also occur in other States as well – for example, China or the United Kingdom. This can create a problem because one has to decide in any particular case whether the appropriate unit is the State as a whole ("State" in the international sense) or whether it is a particular territorial unit within that State.

217 Article 22(1) solves this problem by providing that, where different systems of law apply in the territorial units with regard to any matter dealt with in the Convention,[221] the Convention is to be construed as applying either to the State in the international sense or to the relevant territorial unit, whichever is appropriate.[222] This might seem unsatisfactory, but in fact it is usually obvious what the answer is.

218 The most important situation in which the question arises is in connection with the definition of an exclusive choice of court agreement in Article 3. The way in which Article 22 applies in this situation has already been discussed.[223] Another situation is the determination of the residence of an individual or company.

219 Article 22(2) gives further effect to the policy of not applying the Convention to wholly domestic situations. It states that, notwithstanding the provisions of Article 22(1), a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law are applied is not bound to apply the Convention to situations involving solely such different territorial units. For this provision to apply, the chosen court must also be located in the State in question; if it is located in another Contracting State, Article 19 would apply.

220 Article 22(2) means that if, for example, the chosen court is in England and the situation is entirely internal to the United Kingdom, the United Kingdom is not required to apply the Convention by virtue of the fact that one of the parties is resident in Scotland. If, however, the chosen court were in Canada, United Kingdom courts would have to recognise and enforce any judgment given by that court, unless the United Kingdom had made a declaration under Article 19.

221 Article 22(3) provides that a court in a territorial unit of a Contracting State is not bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced under the Convention by a court in another territorial unit of the first Contracting State. This means, for example, that a court in New York is not bound to recognise a judgment from Japan solely because a court in New Jersey has done so. The New York court must decide for itself whether the conditions for recognition or enforcement under the Convention are fulfilled.

[219] Some delegations have proposed that further specific subject matters should be referred to in this provision, such as natural resources and joint ventures. These proposals are linked to issues that arise in relation to Arts 7 and 9.
[220] The equivalent provision in the preliminary draft Convention 1999 is Art. 38(1). The commentary on this in the Nygh-Pocar Report is at paras 387 *et seq.*

[221] The fact that some or all of the relevant territorial units in a Contracting State apply the common law does not necessarily mean that they do not apply different systems of law. They will do so if they have different legislation – for example, in the case of Australian states or the common law Canadian provinces.
[222] It was agreed that each Contracting State can provide in the legislation putting the Convention into effect how "appropriate" is to be understood.
[223] Para. 73.

Article 23 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

222 L'article 23 traite du rapport entre la Convention et d'autres instruments internationaux portant sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution. Les plus importants de ces instruments sont les Conventions de Bruxelles et de Lugano, et le Règlement de Bruxelles. La discussion ci-dessous est fondée principalement sur ceux-ci, mais l'article 23 ne s'y limite pas : il est d'application générale[224].

223 Le premier paragraphe de l'article 23 définit un « instrument international ». Il s'agit d'un traité international ou de règles établies par une organisation internationale en vertu d'un traité international. Sont donc inclus le Règlement de Bruxelles (réglementation communautaire), ainsi que les Conventions de Bruxelles et de Lugano.

224 Les deuxième et troisième paragraphes établissent deux règles assez peu controversées. L'article 23(2) dispose que la Convention n'affecte pas les instruments internationaux *existants* auxquels les États contractants sont parties, sauf déclaration contraire par les États liés par un tel instrument. Cette règle est cependant soumise aux dispositions des paragraphes 4 et 5 (examinées ci-dessous).

225 L'article 23(3) dispose que la Convention n'affecte pas la possibilité pour un ou plusieurs États contractants de conclure des instruments internationaux nouveaux sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements, à condition que ces instruments n'affectent pas la Convention dans les rapports entre ces États et d'autres États contractants. Cela permet à un groupe d'États contractants (États contractants « spéciaux ») d'adopter entre eux un nouvel instrument international couvrant le même domaine que la Convention, voire entrant en conflit avec elle, à condition que le nouvel instrument n'affecte pas les rapports entre les États contractants spéciaux et les autres (États contractants « courants »).

226 Cette règle est raisonnable, et conforme au droit international[225], mais il pourra ne pas toujours être clair de savoir quand des relations avec les États contractants courants sont concernées. Par exemple, si deux États contractants spéciaux concluent un traité par lequel ils conviennent de reconnaître les jugements l'un de l'autre, cela pourra sembler ne pas affecter les États contractants courants. Cependant, si un tel jugement est rendu en violation d'un accord exclusif d'élection de for, il les affectera si le tribunal élu est situé dans un État contractant courant, ou l'une des parties y réside, tout au moins, si l'article 11 est intégré à la Convention.

227 Le paragraphe 4 est la disposition la plus importante de l'article 23. Comme indiqué ci-dessus, le paragraphe 2 dispose que les instruments existants ne sont pas affectés par la Convention en l'absence d'une déclaration contraire. Le paragraphe 4 comporte cependant une exception à cette règle, qui s'applique en ce qui concerne la compétence. Elle est fondée sur le principe, mentionné ci-dessus, selon lequel la Convention devrait prévaloir lorsqu'il existe un contact significatif avec un État contractant « courant »[226]. Aux fins de cette disposition, il existe un contact significatif si le tribunal élu est situé ou l'une des parties réside dans l'État en cause. Par conséquent, l'instrument antérieur prévaut si à la fois (a) le tribunal élu est situé dans un État contractant « spécial » ou un État non contractant où l'instrument s'applique ; et (b) toutes les parties résident [uniquement][227] dans un État contractant spécial ou un État non contractant[228]. En revanche, la Convention s'applique si *soit* le tribunal élu est situé[229] *soit* l'une des parties réside dans un État contractant courant[230]. Ainsi par exemple si une partie française[231] et une partie néerlandaise choisissent les tribunaux chinois, en ce qui concerne la compétence, la Convention s'appliquera et non le Règlement de Bruxelles. De même, si une partie française et une partie canadienne choisissent les tribunaux anglais, la Convention prévaudra sur le Règlement de Bruxelles en ce qui concerne la compétence.

228 Le paragraphe 4 fonctionne bien à l'égard de la Convention et du Règlement de Bruxelles[232]. Il en est ainsi parce que, en qualité d'États membres de la Communauté européenne, tous les États parties à ces instruments deviendront simultanément parties à la Convention. Cependant, il pourra ne pas en être ainsi pour d'autres Conventions. Lorsque certains États parties à l'instrument antérieur sont également parties à la Convention, mais d'autres non, un problème se pose. Nous prendrons la Convention de Lugano comme exemple. S'il existe un État qui est partie à la Convention de Lugano mais pas à la[233] Convention, il sera en droit d'attendre l'application de la Convention de Lugano par les autres parties à la Convention de Lugano chaque fois qu'il y a un contact significatif avec lui, même s'il y a également un contact significatif avec un État contractant « courant ». L'article 23(4) ne prévoit cependant pas ce cas. Un État partie à la fois à la Convention et à la Convention de Lugano pourrait ainsi se retrouver dans une situation impossible, car il serait tenu d'appliquer la Convention de Lugano à l'égard des États parties à la Convention de Lugano mais pas à la Convention, mais il serait tenu d'appliquer la Convention à l'égard des États qui y sont parties. Les exemples suivants montrent certaines des difficultés pratiques qui pourraient en résulter.

229 Le tribunal élu est situé dans un État partie à la fois à la Convention et à la Convention de Lugano (disons la Suisse). L'une des parties réside dans un État contractant de la Convention qui n'est pas partie à la Convention de Lugano (disons la Nouvelle-Zélande). L'autre partie réside dans un État partie à la Convention de Lugano mais pas à la Convention (que nous appellerons « Ruritanie »). Une partie engage une procédure devant un tribunal de Ruritanie, qui connaît de l'affaire, en dépit de l'accord d'élection de for[234] ; par la suite, l'autre partie engage une procédure devant le tribunal

[224] Les autres Conventions comprennent la *Convention de Minsk sur l'assistance juridique et les relations juridiques en matière civile, familiale et pénale de 1993* (traduction en anglais disponible à l'adresse <http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Transnational_criminal_justice/Information/OC_INF_44E.asp>) et divers instruments d'Amérique latine.

[225] Voir art. 30(4) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969. Voir également A. Schulz, « La relation entre le projet sur les jugements et d'autres instruments internationaux », Doc. prél. No 24 de décembre 2003.

[226] On rappelle qu'un État contractant « courant » est un État partie à la Convention mais pas à l'instrument antérieur.

[227] Ce qui se produit lorsqu'une partie réside *à la fois* dans un État contractant courant et dans un État contractant spécial ou État non contractant n'a pas encore été décidé.

[228] Le texte dit en fait que les parties doivent résider soit dans un État où l'instrument est applicable (qui pourrait être soit un État contractant spécial soit un État non contractant), soit dans un État non contractant. Cependant, cela revient à dire que les parties doivent résider soit dans un État contractant spécial soit dans un État non contractant.

[229] Si le tribunal élu est situé dans un État non contractant dans lequel l'instrument s'applique, la Convention ne sera en tout état de cause pas applicable : en vertu de l'art. 1(1) combiné avec l'art. 3 *a)*, la Convention ne s'applique que si le tribunal élu est situé dans un État contractant.

[230] Cela suppose que le terme « uniquement » soit accepté dans l'art. 23(4). Dans le cas contraire, la Convention ne s'appliquera pas si chaque partie réside dans un État autre qu'un État contractant courant (même si elle réside également dans un État contractant courant).

[231] Une « partie française », « partie néerlandaise », etc. désigne une partie qui réside [uniquement] en France, aux Pays-Bas, etc.

[232] Il implique une restriction de ces instruments car selon leurs termes, leurs dispositions relatives aux accords d'élection de for s'appliquent (en général) lorsque l'une des parties est domiciliée dans un État de la Communauté. Cependant, si tous les États auxquels ces instruments s'appliquent deviennent parties à la Convention, il serait normal que les obligations conventionnelles antérieures entre eux soient affectées : un État ne peut pas conclure une convention créatrice de droit et s'attendre à ce que sa loi sur la même matière n'en soit pas affectée.

[233] On rappelle que les références à « la » Convention visent toujours la Convention de La Haye.

[234] Dans de nombreux cas, cela serait contraire à l'art. 17 de la Convention de Lugano ; cependant, cela pourrait se produire. Le tribunal de Ruritanie pourrait par erreur juger l'accord d'élection de for non valable ou que l'affaire n'en relève pas ; il pourrait même décider de ne pas tenir compte de l'art. 17. Il pourrait également y avoir des affaires (si l'accord est rédigé ou confirmé par voie électronique) dans lesquelles un accord d'élection de for remplit les conditions de forme de la Convention de La Haye mais pas celles de la Convention de Lugano. En ce cas, le tribunal de Ruritanie aurait le droit, en vertu de la Convention de Lugano, de ne pas tenir compte de l'accord d'élection de for.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

Article 23 – Relationship with other international instruments

222 Article 23 is concerned with the relationship between the Convention and other international instruments that relate to jurisdiction, recognition and enforcement. The most important such instruments are the Brussels Convention, the Lugano Convention and the Brussels Regulation. The following discussion will be based mainly on those instruments, but Article 23 is not limited to them: it is general in application.[224]

223 The first paragraph of Article 23 defines an "international instrument". It means an international treaty, or rules made by an international organisation under an international treaty. It thus covers the Brussels Regulation (European Union legislation) as well as the Brussels and Lugano Conventions.

224 The second and third paragraphs lay down two fairly non-controversial rules. Article 23(2) states that the Convention does not affect any *existing* international instruments to which Contracting States are parties, unless a declaration to the contrary is made by the States bound by such instrument. This rule is, however, subject to the provisions of paragraphs 4 and 5 (explained below).

225 Article 23(3) provides that the Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to enter into future international instruments on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments, provided that those instruments do not affect the Convention in the relations between such States and other Contracting States. This permits a group of Contracting States ("special" Contracting States) to adopt among themselves a new international instrument that covers the same area as the Convention and even conflicts with it, provided that the new instrument does not affect relations between the special Contracting States and other Contracting States ("general" Contracting States).

226 This is a reasonable rule, and is in accordance with international law,[225] but it might not always be clear when relations with general Contracting States are involved. For example, if two special Contracting States enter into a treaty under which they agree to recognise each other's judgments, it might seem that this would not affect general Contracting States. However, if such a judgment was given in contravention of an exclusive choice of court agreement, it *would* affect them if the chosen court was located, or a party was resident, in a general Contracting State – at least, if Article 11 becomes part of the Convention.

227 Paragraph 4 is the most important provision in Article 23. As was said above, paragraph 2 provides that prior instruments are not affected by the Convention unless there is a contrary declaration. Paragraph 4, however, contains an exception to that rule, which applies in so far as jurisdiction is concerned. It is based on the principle, mentioned above, that the Convention should prevail when there is a significant contact with a "general" Contracting State.[226] For the purpose of this provision, a significant contact exists if either the chosen court is situated, or a party is resident, in the State in question. Consequently, the prior instrument prevails if both (a) the chosen court is situated in a "special" Contracting State or a non-Contracting State in which the instrument applies and (b) all the parties are resident [only][227] in a "special" Contracting State or in a non-Contracting State.[228] On the other hand, the Convention applies if *either* the chosen court is situated,[229] *or* a party is resident, in a "general" Contracting State.[230] Thus, for example, if a French party[231] and a Dutch party choose the courts of China, then as far as jurisdiction is concerned, the Convention will apply, not the Brussels Regulation. Likewise, if a French party and a Canadian party choose the courts of England, the Convention will prevail over the Brussels Regulation as far as jurisdiction is concerned.

228 Paragraph 4 works well with regard to the Brussels Convention and the Brussels Regulation.[232] This is because, as Member States of the European Community, all the States Parties to those instruments will become Parties to the Convention at one and the same time. However, this may not be the case with regard to other Conventions. Where some States that are Parties to the prior instrument are also Parties to the Convention, but others are not, a problem arises. We shall take the Lugano Convention as an example. If there is a State that is a Party to the Lugano Convention but not to the[233] Convention, it would be entitled to expect that the other Parties to the Lugano Convention would apply the Lugano Convention whenever there was a significant contact with it, even if there was also a significant contact with a "general" Contracting State. Article 23(4) does not, however, make provision for this. As a result, a State that was a Party to both the Convention and the Lugano Convention could find itself in an impossible situation, since it would be required to apply the Lugano Convention with regard to States that were Parties to the Lugano Convention but not the Convention, but it would be required to apply the Convention with regard to States that were Parties to it. The following example shows some of the practical difficulties that could result.

229 The chosen court is in a State that is a Party to both the Convention and to the Lugano Convention (say, Switzerland). One party is resident in a Contracting State to the Convention that is not a Party to the Lugano Convention (say, New Zealand). The other party is resident in a State that is a Party to the Lugano Convention but not to the Convention (we shall call it "Ruritania"). One party brings proceedings in a court in Ruritania, which hears the proceedings, despite the choice of court agreement;[234] subsequently, the other party brings proceedings in the designated court in Switzerland. In

[224] Other conventions include the *Minsk Convention on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Cases* 1993 (English translation available at <http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Transnational_criminal_justice/Information/OC_INF_44E.asp>) and various Latin American instruments.

[225] See Art. 30(4) of the *Vienna Convention on the Law of Treaties* 1969. See also A. Schulz, "The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments", Preliminary Document No 24 of December 2003.

[226] A "general" Contracting State, it will be remembered, is a State that is a Party to the Convention but not to the prior instrument.

[227] It has not yet been settled what happens if a party is resident *both* in a general Contracting State *and* in a special Contracting State or non-Contracting State.

[228] The text actually says that the parties must be resident either in a State in which the instrument is applicable (which might be either a special Contracting State or a non-Contracting State) or in a non-Contracting State. However, this is the same as saying that the parties must be resident in either a special Contracting State or in a non-Contracting State.

[229] If the chosen court is in a non-Contracting State in which the instrument applies, the Convention will not in any event be applicable: under Art. 1(1) combined with Art. 3 *a)*, the Convention applies only if the chosen court is in a Contracting State.

[230] This is on the assumption that the word "only" is accepted in Art. 23(4). If it is not, the Convention will not apply if every party is resident in a State other than a general Contracting State (even if also resident in a general Contracting State).

[231] By "French party", "Dutch party", etc. is meant a party resident [only] in France, the Netherlands, etc.

[232] It involves a limitation of these instruments, since, according to their terms, their provisions on choice of court agreements apply (in general) whenever one of the parties is domiciled in a European Community State. However, if all the States to which these instruments apply become Parties to the Convention, it would be normal for prior treaty obligations among themselves to be affected: a State cannot conclude a law-making convention and expect its law on the same matter to remain unaffected.

[233] It should be remembered that references to "the" Convention are always references to the Hague Convention.

[234] In many cases, this would be contrary to Art. 17 of the Lugano Convention; nevertheless, it could happen. The Ruritanian court might mistakenly think the choice of court agreement was invalid or did not cover the case; it might even decide to ignore Art. 17. There might also be cases (if the agreement was drawn up or evidenced by electronic means) where a choice of court agreement meets the form requirements of the Hague Convention but not those of the Lugano Convention. In this case, the Ruritanian court would be entitled under the Lugano Convention to disregard the choice of court agreement.

élu en Suisse. En ce cas, le tribunal suisse se verrait interdire de connaître de l'affaire par l'article 21 de la Convention de Lugano[235], et serait tenu d'en connaître par l'article 5 de la Convention[236].

230 Certes, les conflits entre la Convention et la Convention de Lugano seraient relativement rares. Cela est dû au fait que la Convention est assez semblable à la Convention de Lugano, ayant été en partie faite à son image. Cependant, la possibilité de conflits pourrait être plus importante avec d'autres Conventions.

231 *Une solution possible consisterait à ajouter un nouveau paragraphe (para. 4* bis*) à l'article 23. Un tel paragraphe pourrait avoir la formulation suivante :*

Variante 1

4 Lorsqu'un État contractant est également partie à un instrument international qui contient des dispositions sur des matières régies par la présente Convention, celle-ci prévaut dans les matières relatives à la compétence, sauf lorsque :

a) le tribunal élu est situé dans un État dans lequel l'instrument est applicable ; et

b) toutes les parties résident [uniquement] soit dans un État dans lequel l'instrument est applicable soit dans un État non contractant.

4 *bis* Nonobstant le paragraphe 4 du présent article, un État partie à la fois à la Convention et à l'instrument n'est pas tenu d'appliquer la Convention si le tribunal élu est situé ou l'une des parties réside dans un État qui est partie à l'instrument mais pas à la Convention.

Une autre solution serait :

Variante 2

4 Lorsqu'un État contractant est également partie à un instrument international qui contient des dispositions sur des matières régies par la présente Convention, celle-ci prévaut dans les matières relatives à la compétence **s'il existe un lien pertinent avec un État contractant dans lequel l'instrument n'est pas applicable ; sous la réserve qu'un État qui est partie à la fois à la Convention et à l'instrument n'est pas tenu d'appliquer la Convention s'il existe un lien pertinent avec un État qui est partie à l'instrument mais pas à la Convention.**

4 *bis* Dans le présent article, il existe un lien pertinent avec un État si soit le tribunal élu est situé, soit l'une des parties réside, dans cet État.

Une solution plus simple est celle proposée en note à l'article 23(4)[237]*. Si elle était adoptée, le résultat serait le suivant :*

Variante 3

4 Lorsqu'un État contractant est également partie à un instrument international qui contient des dispositions sur des matières régies par la présente Convention, celle-ci prévaut dans les matières relatives à la compétence, sauf lorsque :

a) le tribunal élu est situé dans un État dans lequel l'instrument est applicable ; et

b) l'une des parties réside dans un État non contractant dans lequel l'instrument est applicable, ou qu'il existe un autre lien pertinent entre les parties ou le litige et un tel État.

232 L'article 23(5) traite de la reconnaissance et de l'exécution des jugements. Il dispose que si l'instrument international est en vigueur à la fois dans l'État d'origine et dans l'État requis, il ne sera pas affecté par la Convention. Cela comporte une réserve – figurant entre crochets pour indiquer qu'il n'en a pas encore été convenu – selon laquelle un jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté dans une mesure moindre qu'il ne l'aurait été en vertu de la Convention. Si cette réserve n'était pas acceptée, la Convention en serait cependant gravement affaiblie, car il serait possible à deux États contractants d'appliquer un instrument bloquant l'exécution d'un jugement en vertu de la Convention (par exemple, s'il était contraire à un jugement antérieur rendu en violation d'un accord exclusif d'élection de for), même si le créancier du jugement résidait dans un État contractant qui n'est pas partie à cet instrument.

233 L'article 23(5) vise uniquement les instruments internationaux « en vigueur » entre l'État d'origine et l'État requis. Le moment auquel ces instruments internationaux doivent être en vigueur pour ne pas être affectés par la Convention n'est cependant pas clair. L'article 30 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qui contient une règle par défaut sur le lien entre des traités successifs relatifs à la même matière, se réfère au moment de l'adoption des traités respectifs afin de déterminer lequel précède l'autre[238] Les États sont cependant libres d'adopter des règles différentes. Dans les Conventions de La Haye, à l'exception de quatre d'entres elles (dont la *Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages*) la terminologie standard ne se réfère normalement pas aux traités « antérieur » et « postérieur », ou aux traités « en vigueur », mais aux « conventions auxquelles les États contractants sont Parties ». Le point de référence est le moment où la Convention contenant la clause entre en vigueur pour l'État concerné. Seules les conventions, auxquelles l'État concerné est déjà Partie lorsque la nouvelle Convention contenant ladite clause entre en vigueur, resteraient inchangées par elle (à moins que la clause ne se réfère aux « conventions auxquelles les États contractants sont ou pourraient devenir Parties »).

234 L'article 21(1) de la *Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages* utilise la terminologie « en vigueur » et rend explicite le moment pertinent. La disposition indique que « La Convention ne porte pas atteinte à l'application de toute convention, contenant des dispositions sur la célébration du mariage, à laquelle un État contractant est Partie au moment où la présente Convention entre en vigueur pour lui. »

235 A. Malmström, dans son Rapport explicatif[239] sur cette disposition, écrit : « Le premier alinéa de l'article 21 énonce une règle que l'on trouve déjà dans les précédentes Conventions de La Haye, à savoir que la Convention ne porte pas atteinte à l'application de toute Convention contenant des

[235] Le tribunal de Ruritanie aurait été saisi en premier. Il serait indifférent que le tribunal de Ruritanie se soit déclaré compétent en violation de l'art. 17(1) de la Convention de Lugano. La règle de l'art. 21 de la Convention de Lugano s'appliquerait même si le tribunal suisse jugeait que le tribunal de Ruritanie avait enfreint la Convention de Lugano en connaissant de l'affaire : *Gasser* c. *MISRAT*, Aff. C-116/02, arrêt du 9 décembre 2003 (disponible à l'adresse <www.curia.eu.int>) (Cour de Justice des Communautés européennes). Cette affaire concernait la disposition équivalente de la Convention de Bruxelles, mais serait presque certainement applicable à l'art. 17 de la Convention de Lugano.

[236] En vertu de l'art. 23(4) de la Convention, la Convention prévaudrait sur la Convention de Lugano parce que l'une des parties résiderait dans un État contractant courant (Nouvelle-Zélande).

[237] Note 17 au texte de l'avant-projet de Convention.

[238] Selon I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., 1984, p. 98 ; M. Zuleeg, « *Vertragskonkurrenz im Völkerrecht, Teil I : Verträge zwischen souveränen Staaten* », *German Yearbook of International Law* (GYIL) 20 (1977), p. 246 (256), c'est la date d'adoption du texte et non celle de son entrée en vigueur qui est décisive.

[239] *Actes et documents de la Treizième session*, tome III, *Mariage*, p. 312.

this situation, the Swiss court would be forbidden to hear the case by Article 21 of the Lugano Convention,[235] but would be required to hear it by Article 5 of the Convention.[236]

230 Admittedly, conflicts between the Convention and the Lugano Convention would be relatively rare. This is because the Convention is fairly similar to the Lugano Convention, having been partly modelled on it. However, the possibility of conflicts could be greater with other conventions.

231 *One possible solution would be to add a new paragraph (paragraph 4* bis*) to Article 23. Such a paragraph might read as follows:*

Variant 1

4 Where a Contracting State is also a party to an international instrument which contains provisions on matters governed by this Convention, this Convention shall prevail in matters relating to jurisdiction except where –

a) the chosen court is situated in a State in which the instrument is applicable; and

b) all the parties are resident[only] either in a State in which the instrument is applicable or in a non-Contracting State.

4 *bis* Notwithstanding paragraph 4 of this Article, a State that is a Party to both the Convention and to the instrument shall not be required to apply the Convention if the chosen court is situated, or a party is resident, in a State that is a Party to the instrument but not to the Convention.

Another solution would be:

Variant 2

Where a Contracting State is also a Party to an international instrument which contains provisions on matters governed by this Convention, this Convention shall prevail in matters relating to jurisdiction **if there is a relevant connection with a Contracting State in which the instrument is not applicable; provided that a State that is a Party to both the Convention and to the instrument shall not be required to apply the Convention if there is a relevant connection with a State that is a Party to the instrument but not to the Convention**.

4 *bis* In this Article, a relevant connection exists with a State if either the chosen court is situated, or a party is resident, in that State.

A simpler solution is that proposed in the footnote to Article 23(4).[237] *If this were adopted, the result would be as follows:*

Variant 3

4 Where a Contracting State is also a Party to an international instrument which contains provisions on matters governed by this Convention, this Convention shall prevail in matters relating to jurisdiction except where –

a) the chosen court is situated in a State in which the instrument is applicable; and

b) a party is resident in a non-Contracting State in which the instrument is applicable, or there is some other relevant connection between the parties or the dispute and such a State.

232 Article 23(5) is concerned with the recognition and enforcement of judgments. It states that if the international instrument is in force both in the State of origin and in the requested State, it will not be affected by the Convention. There is a proviso to this – which is in square brackets to indicate that it has not yet been agreed – that a judgment must not be recognised or enforced to a lesser extent than it would be under the Convention. If this proviso were not accepted, however, the Convention would be seriously undermined, since it would be possible for two Contracting States to apply an instrument that would block enforcement of a judgment under the Convention (for example, if it conflicted with a prior judgment given in contravention of an exclusive choice of court agreement), even if the judgment creditor was resident in a Contracting State that was not a Party to the instrument.

233 Article 23(5) applies only to international instruments "in force" between the State of origin and the requested State. It is not clear, though, at what time these instruments have to be in force in order not to be affected by the Convention. Article 30 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, which contains a default rule on the relationship between successive treaties relating to the same subject matter, looks at the moment of adoption of the respective treaties in order to determine which is the earlier and which the later treaty.[238] States are free, however, to agree on different rules. In Hague Conventions, with the exception of four conventions (including the *Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*), the standard language does not normally refer to "earlier" and "later" treaties or to treaties "in force", but to "conventions to which Contracting States are Parties". The point of reference is the moment when the convention containing the clause enters into force for the State concerned. Only conventions to which the State concerned is already a Party when the new convention containing the clause enters into force would remain unaffected by it (unless the clause refers to "conventions to which Contracting States are or may become Parties").

234 Article 21(1) of the *Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages* uses the "in force" language and makes it explicit which is the relevant point in time. The provision reads: "The Convention shall not affect the application of any convention on the celebration or recognition of the validity of marriages to which a Contracting State is a Party at the time this Convention enters into force for that State."

235 A. Malmström, in his Explanatory Report[239] on this provision, writes: "The first paragraph of Article 21 lays down a rule which is generally followed in previous Hague Conventions, namely that the Convention shall not affect the application of any convention containing provisions in the same field

[235] The Ruritanian court would have been seised first. It would make no difference if the Ruritanian court had taken jurisdiction contrary to Art. 17(1) of the Lugano Convention. The rule in Art. 21 of the Lugano Convention would apply even if the Swiss court thought that the Ruritanian court had violated the Lugano Convention by hearing the case: *Gasser* v. *MISRAT*, Case C-116/02, judgment of 9 December 2003 (available at <www.curia.eu.int>) (Court of Justice of the European Communities). This case was on the equivalent provision in the Brussels Convention, but would almost certainly be applicable to Art. 17 of the Lugano Convention as well.

[236] Under Art. 23(4) of the Convention, the Convention would prevail over the Lugano Convention because one party would be resident in a "general" Contracting State (New Zealand).

[237] Footnote 17 to the text of the preliminary draft Convention.

[238] According to I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. 1984, p. 98; M. Zuleeg, "*Vertragskonkurrenz im Völkerrecht, Teil I: Verträge zwischen souveränen Staaten*", *German Yearbook of International Law* (GYIL) 20 (1977), p. 246 (256), it is the date of the adoption of the text and not that of its entry into force which is decisive.

[239] *Acts and Documents of the Thirteenth Session, Tome III, Marriage*, p. 312.

dispositions en ce domaine si l'État contractant est partie à cette convention au moment où la présente Convention entre en vigueur pour lui. »

236 *Si cela reflète l'intention des délégués, la terminologie pourrait être rendue plus explicite en adoptant des termes similaires à ceux de l'article 21 de la* Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

237 *La référence aux « instruments internationaux auxquels les États contractants sont Parties » aux articles 23(2) et (4) pourrait également nécessiter une clarification identique.*

238 L'article 23(5) suppose que la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers doivent toujours être encouragées. C'est, en règle générale, exact. Cependant, il existe une exception dans le cas d'un jugement rendu en violation d'un accord exclusif d'élection de for. *Si l'article 11 devait être adopté, la Conférence devrait assurer qu'il n'est pas affaibli par l'article 23(5)*[240]. *Cela pourrait être fait en limitant l'article 23(5) aux jugements en vertu d'un accord exclusif d'élection de for.*

239 L'article 23(6) traite des instruments internationaux à la fois passés et futurs (instruments internationaux conclus ou adoptés avant ou après la Convention). Il dispose que la Convention n'affecte pas la possibilité pour un État contractant de continuer d'appliquer, ou de conclure, des instruments internationaux régissant la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en rapport avec des matières particulières. Il s'applique même si toutes les parties à l'instrument sont également parties à la Convention. Il était destiné à s'appliquer aux matières semblables à celles exclues du champ d'application de la Convention en vertu de l'article 2(2). Le transport routier de marchandises en serait un exemple. Il n'y pas d'accord à ce jour, cependant, sur la question de savoir si le paragraphe 6 devrait ou non être soumis aux règles des paragraphes 4 et 5. Le désaccord est exprimé par les crochets au début du paragraphe : si le paragraphe 6 est « sous réserve » des paragraphes 4 et 5, ces règles (et donc dans de nombreux cas la Convention) prévaudront. Si le paragraphe 6 peut être appliqué « nonobstant » les paragraphes 4 et 5, un instrument international portant sur une matière particulière primerait dans tous les cas. La réglementation communautaire étant considérée comme un « instrument international », l'article 23(6) pourrait permettre à la Communauté européenne de déroger à la Convention dans tout domaine, si elle souhaitait édicter des dispositions différentes. Cependant, d'autres parties à la Convention ne pourraient pas le faire sans conclure un accord international.

Article 24 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

240 L'article 24 traite des manières dont un État peut devenir partie à la Convention. Tout État peut y devenir partie soit par une signature suivie d'une ratification, d'une acceptation ou d'une approbation, soit par une adhésion. Les instruments pertinents sont déposés auprès du Ministère des Affaires étrangères néerlandais, dépositaire de la Convention.

Article 25 – Système juridique non unifié[241]

241 L'article 25 traite des États composés de deux ou plusieurs unités territoriales. Il permet à un tel État de déclarer que la Convention ne s'appliquera qu'à certaines de ses unités territoriales. Une telle déclaration peut être modifiée à tout moment. Cette disposition est d'une importance particulière pour les États dans lesquels il faudrait faire adopter la législation nécessaire pour donner effet à la Convention par les organes législatifs des unités (par exemple, les législatures provinciales au Canada), bien qu'elle puisse également servir à d'autres États. Ainsi, le Royaume-Uni pourrait ratifier uniquement pour l'Angleterre, et la Chine uniquement pour Hong Kong.

Article 26 – Organisations régionales d'intégration économique

242 L'article 26 traite des Organisations régionales d'intégration économique. La Communauté européenne est un exemple de ce type d'organisation. L'article 26 a pour objet de permettre aux Organisations régionales d'intégration économique de devenir parties à la Convention si elles possèdent une compétence extérieure portant sur tout ou partie des matières qui relèvent de celle-ci. Dans la mesure où elle a une telle compétence extérieure, l'Organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant. En pareil cas, elle doit aviser le dépositaire des matières pour lesquelles elle a une compétence extérieure, et de toute modification à cet égard[242].

243 **Paragraphes 1-3**. L'article 26 envisage deux situations possibles. La première est celle où l'Organisation régionale d'intégration économique ainsi que ses États membres deviennent parties à la Convention. Cela pourrait se produire s'ils disposent d'une compétence extérieure concurrente sur la matière de la Convention (compétence conjointe), ou si certaines matières relèvent de la compétence extérieure de l'Organisation régionale d'intégration économique et d'autres de celle des États membres (ce qui donnerait lieu à une compétence partagée ou mixte à l'égard de la Convention dans son ensemble). En pareil cas, tout instrument déposé par l'Organisation régionale d'intégration économique n'est pas compté comme s'ajoutant à ceux déposés par ses États membres pour déterminer la date d'entrée en vigueur de la Convention[243].

244 **Paragraphe 4**. La seconde situation est celle où l'Organisation régionale d'intégration économique seule devient partie. Cela se produira lorsqu'elle a une compétence extérieure exclusive relativement à l'objet de la Convention. En pareil cas, les États membres seraient liés par la Convention du fait de l'accord de l'Organisation régionale d'intégration économique. L'Organisation régionale d'intégration économique pourra alors déclarer que ses États membres sont liés par la Convention[244]. En pareil cas, une référence dans la Convention à un État contractant comprendra, le cas échéant, une référence aux États membres de l'Organisation régionale d'intégration économique.

245 **Paragraphe 5**. Dans tous les cas où une Organisation régionale d'intégration économique est partie à la Convention, une référence à un État contractant comprend, le cas échéant, une référence à l'Organisation régionale d'intégration économique (avec toutes les adaptations requises)[245]. Notamment, les références à un État contractant dans les articles 1(2), 18 et 19 doivent être comprises comme visant l'Organisation régionale d'intégration économique.

246 **Paragraphe 6**. L'article 26(6) dispose que l'article 9 ne s'applique pas à la reconnaissance et l'exécution des jugements dans les cas où l'État d'origine et l'État requis sont

[240] Voir les observations aux para. 174 et s. ci-dessus.
[241] *Ce titre ayant déjà été utilisé pour l'art. 22, il pourrait être préférable d'en choisir un autre.*
[242] Art. 26(2).
[243] Art. 26(3).
[244] Art. 26(4). Ce sera le cas, par exemple, en vertu de l'art. 300(7) du Traité CE.
[245] Art. 26(5).

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

to which a Contracting State is a Party at the time this new Convention enters into force for that State."

236 *If this is what delegates intended, the language could be made more explicit by adopting a wording similar to Article 21 of the* Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages.

237 *The reference to "international instruments to which Contracting States are parties" in Article 23(2) and (4) may also require a similar clarification.*

238 Article 23(5) is based on the assumption that the recognition and enforcement of foreign judgments are always to be encouraged. In general this is true. However, there is an exception in the case of a judgment given in contravention of an exclusive choice of court agreement. *If Article 11 were to be adopted, the Conference would have to ensure that it was not undermined by Article 23(5).*[240] *This could be done by limiting Article 23(5) to judgments under an exclusive choice of court agreement.*

239 Article 23(6) is concerned with both past and future international instruments (instruments concluded or adopted before or after the Convention). It provides that the Convention does not affect the ability of a Contracting State to continue to apply, or to enter into, international instruments which govern jurisdiction and the recognition and enforcement of foreign judgments in relation to specific subject matters. It applies even if all the parties to the instrument are also parties to the Convention. It was intended to apply to matters similar to those excluded from the scope of the Convention under Article 2(2). Carriage of goods by road might be an example. There is no agreement so far, however, as to whether or not paragraph 6 should be subject to the rules in paragraphs 4 and 5. This disagreement is expressed by the square brackets at the beginning of the paragraph: if paragraph 6 were "subject to" paragraphs 4 and 5, those rules (and therefore in many cases the Convention) would prevail. If paragraph 6 could be applied "notwithstanding" paragraphs 4 and 5, an international instrument on specific subject matters would take precedence in every case. Since European Community legislation counts as an "international instrument", Article 23(6) would allow the European Community to opt out of the Convention in any area, if it wanted to lay down different provisions. Other parties to the Convention could not do this, however, without entering into an international agreement.

Article 24 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession

240. Article 24 is concerned with the ways in which a State may become a party to the Convention. Any State may become a party to it either by signature followed by ratification, acceptance or approval, or by accession. The relevant instruments are deposited with the Dutch Ministry of Foreign Affairs, the depositary of the Convention.

Article 25 – Non-unified legal system[241]

241 Article 25 is concerned with States that consist of two or more territorial units. It permits such a State to declare that the Convention will extend only to some of its territorial units. Such a declaration may be modified at any time. This provision is particularly important for States in which the legislation necessary to give effect to the Convention would have to be passed by the legislatures of the units (for example, by provincial legislatures in Canada), though it could also be of use to other States. Thus, the United Kingdom could ratify for England only, and China for Hong Kong only.

Article 26 – Regional Economic Integration Organisations

242 Article 26 is concerned with Regional Economic Integration Organisations. The European Community is an example of such an organisation. The purpose of Article 26 is to allow Regional Economic Integration Organisations to become parties to the Convention if they possess external competence over some or all of the matters covered by it. To the extent that it has such external competence, the Regional Economic Integration Organisation has the same rights and obligations as a Contracting State. Where this is the case, it must notify the depositary of the matters for which it has external competence, and of any changes in this regard.[242]

243 **Paragraphs 1–3**. Article 26 envisages two possible situations. The first is where both the Regional Economic Integration Organisation and its Member States become Parties to the Convention. This might occur if they enjoy concurrent external competence over the subject matter of the Convention (joint competence), or if some matters fall within the external competence of the Regional Economic Integration Organisation and others within that of the Member States (which would result in shared or mixed competence for the Convention as a whole). In this situation, any instrument deposited by the Regional Economic Integration Organisation does not count in addition to those deposited by its Member States for the purpose of determining when the Convention enters into force.[243]

244 **Paragraph 4**. The second situation is where the Regional Economic Integration Organisation alone becomes a Party. This will occur where it has exclusive external competence over the subject matter of the Convention. In such a case, the Member States would be bound by the Convention by virtue of the agreement of the Regional Economic Integration Organisation. The Regional Economic Integration Organisation may then declare that its Member States are bound by the Convention.[244] In such a case, a reference in the Convention to a Contracting State will include, where appropriate, a reference to the Member States of the Regional Economic Integration Organisation.

245 **Paragraph 5**. In any case in which a Regional Economic Integration Organisation is a Party to the Convention, a reference to a Contracting State includes, where appropriate, a reference to the Regional Economic Integration Organisation (with all necessary modifications).[245] In particular, references to a Contracting State in Articles 1(2), 18 and 19 must be read as references to the Regional Economic Integration Organisation.

246 **Paragraph 6**. Article 26(6) provides that Article 9 does not apply to the recognition and enforcement of judgments in cases where the State of origin and the requested State are

[240] See the comments in paras 174 *et seq. supra.*
[241] *Since this title has already been used for Art. 22, it might be better to choose another title.*
[242] Art. 26(2).
[243] Art. 26(3).
[244] Art. 26(4). This would be the case, for example, under Art. 300(7) of the EC Treaty.
[245] Art. 26(5).

membres d'une Organisation régionale d'intégration économique partie à la Convention et ayant fait une déclaration en vertu de l'article 26(4). Cette disposition est toutefois soumise à une réserve, selon laquelle le jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté dans une moindre mesure qu'en vertu de la Convention. La réserve est entre crochets pour indiquer qu'il n'en a pas encore été convenu. Cependant, si la réserve n'était pas acceptée, cela signifierait qu'un jugement rendu en vertu de la Convention dans un État membre pourrait ne pas être exécuté en vertu de la Convention dans un autre, voire ne pas être exécuté du tout. Par exemple, si une partie japonaise convient avec une partie anglaise d'attribuer une compétence exclusive à un tribunal allemand, un jugement rendu par le tribunal allemand pourrait ne pas pouvoir recevoir exécution en Angleterre[246], bien qu'il soit exécutoire dans les États hors de l'Union européenne. *Comme l'article 23(5) serait applicable à une Organisation régionale d'intégration économique partie à la Convention et que cela recouvre la totalité du domaine de l'article 26(6), la meilleure solution serait de supprimer l'article 26(6).*

Article 27 – Entrée en vigueur

247 L'article 27 précise l'époque de l'entrée en vigueur de la Convention. Elle se produira le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du [troisième][247] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Des règles supplémentaires sont prévues pour l'entrée en vigueur pour un Etat, une Organisation régionale d'intégration économique ou une unité territoriale en particulier.

Article 28 – Réserves

248 Cet article n'a pas encore été adopté.

Article 29 – Déclarations

249 Cet article n'a pas encore été adopté.

Article 30 – Dénonciation

250 L'article 30 dispose qu'un État contractant pourra dénoncer la Convention au moyen d'une notification par écrit au dépositaire. La dénonciation pourra se limiter à certaines unités territoriales d'un système juridique non unifié auquel la Convention est applicable. La dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Si la notification indique une durée plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation, la dénonciation prendra effet à l'expiration de cette période plus longue après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 31 – Notifications par le dépositaire

251 L'article 31 impose au dépositaire de notifier aux Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé et autres États et Organisations régionales d'intégration économique ayant signé, ratifié, accepté ou approuvé la Convention ou y ayant adhéré, de divers renseignements pertinents à la Convention, tels que signatures, ratifications, entrées en vigueur, déclarations et dénonciations.

[246] Cela se produirait si un tribunal d'un autre État de la Communauté européenne avait rendu un jugement antérieur incompatible avec le jugement allemand : art. 34(4) du Règlement de Bruxelles. Le fait qu'un tel jugement soit contraire à la fois à la Convention (art. 7) et au Règlement de Bruxelles (art. 23) n'y changerait rien : le Règlement de Bruxelles ne comporte aucune disposition interdisant la reconnaissance (ni même autorisant la non-reconnaissance) de jugements rendus en violation d'un accord exclusif d'élection de for.

[247] Le nombre requis d'instruments déposés reste à discuter, notamment à l'égard des Organisations régionales d'intégration économique.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

Member States of a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to the Convention and has made a declaration under Article 26(4). There is, however, a proviso to this provision that the judgment must not be recognised or enforced to a lesser extent than under the Convention. The proviso is in square brackets to indicate that it has not yet been agreed. If the proviso were not accepted, however, it would mean that a judgment given under the Convention in one Member State could not be enforced under the Convention in another. Indeed, it might not be enforced at all. For example, if a Japanese party agrees with an English party that a German court would have exclusive jurisdiction, a judgment given by the German court might not be enforceable in England,[246] though it would be enforceable in States outside the European Union. *Since Article 23(5) would apply to a Regional Economic Integration Organisation that was a Party to the Convention and this covers all the ground covered by Article 26(6), the best solution would be to delete Article 26(6).*

Article 27 – Entry into force

247 Article 27 specifies when the Convention will enter into force. This will be on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the [third][247] instrument of ratification, acceptance, approval or accession. Further rules are laid down for when it comes into force for a given State, Regional Economic Integration Organisation or territorial unit.

Article 28 – Reservations

248 This Article has not yet been adopted.

Article 29 – Declarations

249 This Article has not yet been adopted.

Article 30 – Denunciation

250 Article 30 provides that a Contracting State may denounce the Convention by a notification in writing to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which the Convention applies. The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the depositary.

Article 31 – Notifications by the depositary

251 Article 31 requires the depositary to notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded to the Convention, of various matters relevant to the Convention, such as signatures, ratifications, entry into force, declarations and denunciations.

[246] This would occur if a court in another European Community State had given a prior judgment that was irreconcilable with the German judgment: Art. 34(4) of the Brussels Regulation. The fact that such a judgment was contrary to both the Convention (Art. 7) and to the Brussels Regulation (Art. 23) would make no difference: the Brussels Regulation contains no provision prohibiting the recognition (or even permitting the non-recognition) of judgments given in contravention of an exclusive choice of court agreement.

[247] The required number of instruments deposited remains to be discussed, in particular with regard to Regional Economic Integration Organisations and their Member States.

Dogauchi-Hartley Draft Report

ANNEXE I – Le problème de la souplesse

Certains délégués ont suggéré l'introduction d'une certaine souplesse dans la Convention afin de permettre aux États de traiter des difficultés particulières. La présente annexe a pour objet d'examiner des manières possibles de le faire et leurs conséquences.

(a) **Validité : choix de loi**. Il a été suggéré de supprimer les mots « en vertu du droit de l'État du tribunal élu » à l'article 7 *a)*[248]. Il serait nécessaire d'effectuer une suppression semblable à l'article 9(1) *a)*. Les États contractants appliqueraient alors leur propre droit (comprenant éventuellement leurs règles de droit international privé) afin de déterminer si un accord d'élection de for était valable. Toutes les dispositions de la Convention dépendant de l'existence d'un accord d'élection de for valable, cela signifierait que l'application de la Convention dans un État donné dépendrait entièrement du droit de cet État. Un État contractant pourrait déroger à la Convention à l'égard d'une matière quelconque en adoptant une loi disposant que les accords d'élection de for à l'égard de cette matière sont nuls. Ainsi, s'il juge que la Convention ne devrait pas s'appliquer aux accords d'élection de for relatifs au transport routier de marchandises, il pourrait adopter une loi disposant que les accords d'élection de for sont nuls dans la mesure où ils concernent le transport routier de marchandises.

Une telle disposition permettrait la suppression de l'article 20 (amiante), car les États souhaitant exclure l'application de la Convention aux matières liées à l'amiante pourraient adopter une loi dans la lignée du paragraphe précédent. En outre, il y a d'autres États qui souhaitent exclure l'application de la Convention à d'autres matières, telles que les ressources naturelles et les coentreprises (*joint ventures*)[249]. Ils pourraient eux aussi promulguer des lois.

La proposition éviterait également la difficulté de l'article 23(6). Cette disposition pourrait être supprimée de la Convention, et les États contractants en cause pourraient adopter à sa place une législation déclarant nuls les accords d'élection de for à l'égard de la matière en question.

Ces éléments font apparaître la proposition sous un jour favorable. Cependant, la proposition aurait d'autres conséquences. Les États contractants pourraient également introduire (ou conserver) des dispositions n'admettant la validité des accords d'élection de for que s'ils sont raisonnables[250]. Ils pourraient même déclarer nuls tous les accords d'élection de for désignant un tribunal étranger. Non seulement cela ne constituerait pas un progrès par rapport à la situation actuelle, mais cela aggraverait les choses, car les acteurs économiques pourraient jouir d'un sentiment de sécurité illusoire.

Un autre élément de la proposition est qu'elle pourrait entraîner un déséquilibre entre les droits et obligations d'États contractants différents. Prenons l'exemple de deux États imaginaires devenus tous deux parties à la Convention. L'un, la « Négatonie », conserve ou adopte une législation annulant tous les accords d'élection de for désignant des tribunaux étrangers. Il n'appliquera jamais l'article 7 ni l'article 9. L'autre État, la « Positonie », accepte les accords d'élection de for comme étant valables sous réserve des motifs d'invalidité généralement reconnus tels que la fraude et la contrainte. Si les parties choisissent les tribunaux de Positonie, les tribunaux de Négatonie auront néanmoins le droit, conformément à la Convention, de connaître de l'affaire : ils ne seront pas liés par l'article 7, car l'accord d'élection de for ne sera pas valable en vertu de leur droit. Si un tribunal de Positonie rend un jugement, la Négatonie ne sera pas tenue de le reconnaître car l'accord d'élection de for ne sera pas valable en vertu de son droit. En revanche, si les parties choisissent les tribunaux de Négatonie et que l'une des parties engage une procédure devant un tribunal de Positonie, celui-ci devra se dessaisir en vertu de l'article 7 : il sera lié par l'article 7 car, selon son droit, l'accord d'élection de for sera valable. En outre, si un tribunal de Négatonie rendait un jugement, ce jugement devrait être reconnu en Positonie. En d'autres termes, si la proposition était acceptée, la Négatonie pourrait obtenir tous les avantages découlant de la Convention sans supporter aucune obligation quelle qu'elle soit.

(b) **Déclarations**. Une autre possibilité serait d'adopter dans la Convention une disposition permettant à tout État contractant de faire une déclaration selon laquelle il n'appliquera pas la Convention à une matière particulière. À de nombreux égards, l'effet serait le même.

Cela rendrait également possible la suppression de l'article 20, car un État contractant pourrait faire une déclaration selon laquelle il n'appliquera pas la Convention dans les matières liées à l'amiante. D'autres États contractants pourraient faire des déclarations relatives aux ressources naturelles et aux coentreprises. Cette proposition rendrait également inutile l'article 23(6).

Par ailleurs, un système de déclarations permettrait l'introduction d'une certaine transparence. La Convention pourrait disposer que les déclarations devraient être faites au dépositaire, qui devrait notifier le Bureau Permanent et les États parties à la Convention. Si une publicité adéquate était donnée à ces déclarations (par exemple, sur le site Internet du Bureau Permanent), il serait possible de savoir quels États ne respecteront pas les accords d'élection de for à l'égard d'une matière particulière. La Convention pourrait également disposer que les déclarations ne produiraient leurs effets que 90 jours après leur réception par le dépositaire, et ne s'appliqueraient pas aux accords d'élection de for conclus avant leur entrée en vigueur[251].

La Convention pourrait aussi disposer qu'un État contractant ayant fait une déclaration à l'égard d'une matière particulière serait considéré comme un État non contractant à l'égard de cette matière. Cela supprimerait le problème de la non-réciprocité susceptible de se poser dans le cadre de la première proposition. Si un État faisait alors une déclaration selon laquelle il n'appliquera pas la Convention à l'égard des matières liées à l'amiante, les autres États ne seraient pas tenus de reconnaître les jugements de cet État dans cette matière, et leurs tribunaux ne seraient pas tenus de se dessaisir en cas d'accord d'élection de for désignant les tribunaux de cet État au regard de la matière couverte par la déclaration. Cela dissuaderait les États de faire des déclarations sans motif sérieux.

Un tel système ne serait pourtant pas dépourvu d'inconvénients. Par exemple, la déclaration pourrait être soigneusement formulée afin d'accorder à l'État qui l'effectue presque tous les avantages de la Convention sans encourir beaucoup de charges. D'autres États contractants pourraient alors être désavantagés. Par exemple, l'État de Ruritanie pourrait faire une déclaration couvrant « tous les contrats relatifs aux gadgets lorsque le tribunal élu est situé hors de Ruritanie ». Si une telle déclaration était autorisée, la Ruritanie serait fondée à refuser la reconnaissance des jugements émanant de tribunaux étrangers relatifs aux gadgets, mais serait fondée à de-

[248] Voir note 3 à l'art. 7.
[249] Voir note 15 à l'art. 20.
[250] Si la validité d'un accord d'élection de for dépendait du droit général des contrats (par opposition à des règles particulières applicables uniquement aux accords d'élection de for), des concepts tels que l'équité, la justice ou l'inégalité de force économique pourraient également entrer en jeu. Certes, il pourrait en être ainsi également selon le droit du tribunal élu, mais on peut supposer que les parties en avaient conscience au moment où elles ont choisi ce tribunal.

[251] Cette règle pourrait ne pas s'appliquer aux déclarations faites lors de la signature ou de la ratification de la Convention par l'État en question.

Projet de rapport Dogauchi-Hartley

ANNEX I – The problem of flexibility

Some delegates have suggested that an element of flexibility should be introduced into the Convention to allow States to deal with special problems. The purpose of this Annex I is to examine possible ways of doing this and to explore their consequences.

(a) **Validity: choice of law**. One suggestion was to delete the words "under the law of the State of the chosen court" in Article 7 *a)*.[248] A similar deletion would have to be made in Article 9(1) *a)*. Contracting States would then apply their own law (possibly including their choice of law rules) to determine whether a choice of court agreement was valid. Since all the provisions of the Convention are dependent on the existence of a valid choice of court agreement, this would mean that the application of the Convention in a given State would be entirely dependent on the law of that State. A Contracting State could opt out of the Convention with regard to any matter by passing a law providing that choice of court agreements with regard to that matter were invalid. Thus, if it felt that the Convention should not apply to choice of court agreements concerning carriage of goods by road, it could pass a law saying that choice of court agreements were invalid in so far as they applied to carriage of goods by road.

Such a provision would make it possible to delete Article 20 (asbestos), since States wishing to exclude the application of the Convention to asbestos-related matters could adopt a law on the lines suggested above. Moreover, there are other States that wish to exclude the application of the Convention to other matters, such as natural resources and joint ventures.[249] They too could adopt legislation.

The proposal would also avoid the problem of Article 23(6). This provision could be deleted from the Convention, and the Contracting States in question could instead adopt legislation declaring choice of court agreements invalid with regard to the subject matter in question.

These features might make the proposal seem attractive. However, the proposal would have other consequences. Contracting States could also introduce (or retain) provisions making choice of court agreements valid only if reasonable.[250] They could even declare all choice of court agreements invalid if the chosen court was in a foreign State. Not only would this not constitute any advance on the present situation, it would even make things worse, since businessmen might be given a false sense of security.

Another feature of the proposal is that it could lead to an imbalance between the rights and obligations of different Contracting States. Let us take the example of two imaginary States that both become Parties to the Convention. One, "Negatonia", retains or adopts legislation making all choice of court agreements in favour of foreign courts invalid. It will never apply Article 7 or Article 9. The other State, "Positonia", accepts choice of court agreements as valid except in the case of generally recognised grounds of invalidity such as fraud and duress. If the parties choose the courts of Positonia, the courts of Negatonia will nevertheless be entitled, consistently with the Convention, to hear the case: they will not be bound by Article 7, since the choice of court agreement will be invalid under their law. If a court in Positonia gives a judgment, Negatonia will not be obliged to recognise it: the choice of court agreement will be invalid under its law. On the other hand, if the parties choose the courts of Negatonia, and one of the parties brings proceedings before a court in Positonia, the latter would be required by Article 7 to decline jurisdiction: it would be bound by Article 7, since, under its law, the choice of court agreement would be valid. Moreover, if a court in Negatonia gave judgment, that judgment would have to be recognised in Positonia. In other words, if the proposal were accepted, Negatonia could gain all the advantages of the Convention without undertaking any obligations at all.

(b) **Declarations**. Another possibility would be to adopt a provision in the Convention permitting any Contracting State to make a declaration that it will not apply the Convention to a specific subject matter. In many ways, this would have the same effect.

It would also make it possible to delete Article 20, since a Contracting State could make a declaration that it will not apply the Convention to asbestos-related matters. Other Contracting States could make declarations regarding natural resources and joint ventures. This proposal would also make Article 23(6) unnecessary.

On the other hand, a system of declarations would make it possible to introduce an element of transparency. The Convention could provide that declarations would have to be made to the depositary who could be required to notify the Permanent Bureau and the States that are Parties to the Convention. If suitable publicity were given to such declarations (for example, on the Permanent Bureau's website), it would be clear which States would not respect choice of court clauses with regard to any particular matter. The Convention could also provide that declarations would not take effect for 90 days after they were received by the depositary, and that they would not apply to choice of court agreements concluded before they took effect.[251]

The Convention could also provide that a Contracting State that made a declaration with regard to a given matter would be treated as a non-Contracting State with regard to that matter. This would eliminate the problem of non-reciprocity that could apply under the first proposal. Then, if one State made a declaration that it would not apply the Convention with regard to asbestos-related matters, other States would not be obliged to recognise that State's judgments in such cases, nor would their courts be obliged to decline jurisdiction if there was a choice of court agreement in favour of the courts of that State with regard to the matter covered by the declaration. This would discourage States from making declarations without good reason.

Such a system would not, however, be without drawbacks. For example, the declaration might be carefully worded to give the State making it almost all the benefits of the Convention without incurring many burdens. Other Contracting States might then be at a disadvantage. For example, the State of Ruritania might make a declaration covering "all contracts concerning widgets where the chosen court is outside Ruritania". If such a declaration were permitted, Ruritania would be entitled to refuse to recognise foreign judgments concerning widgets, but could still expect other States to recognise *its* judgments. In such a case, it might be reasonable to allow

[248] See footnote 3 to Art. 7.
[249] See footnote 15 to Art. 20.
[250] If the validity of a choice of court agreement was dependent on the general law of contract (as distinct from special rules applicable only to choice of court agreements), concepts such as fairness, justice or unequal bargaining power might also become relevant. Admittedly, this might also be the case under the law of the chosen court, but this would presumably be known to the parties when they choose that court.

[251] This rule might not apply to declarations made when the State in question signs or ratifies the Convention.

Dogauchi-Hartley Draft Report

mander que les autres États respectent ses propres jugements nationaux. Dans une telle hypothèse, il serait peut-être raisonnable de permettre les autres États de traiter la Ruritanie comme un État non contractant au regard de *tous* les contrats relatifs aux gadgets, y compris ceux pour lesquels le tribunal élu se situerait en Ruritanie.

(c) **Autres possibilités**. D'autres propositions sont avancées dans la note 4 à l'article 7 du texte de l'avant-projet de Convention. Elle énumère trois possibilités, qui sont :

i) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice très [**biffer : très**] grave ou serait [**autrement**] manifestement contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public de l'État du tribunal saisi ;

ii) en vertu des règles impératives de compétence de l'État du tribunal saisi, les parties ne pouvaient se soustraire à la compétence des tribunaux de cet État ;

iii) donner effet à l'accord serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi.

Les propositions énumérées aux alinéas (i) et (iii) ne représentent guère plus qu'un bricolage des dispositions existantes. La proposition au paragraphe (ii), en revanche, est beaucoup plus large. Elle aurait certaines des mêmes conséquences que la première proposition discutée dans la présente annexe I (suppression des mots « en vertu du droit de l'État du tribunal élu »), car un État pourrait adopter une réglementation interdisant aux parties de choisir un tribunal étranger dans une large gamme de situations. Cependant, elle serait plus étroite à certains égards, car elle ne ferait pas nécessairement entrer en jeu des motifs généraux tels que l'équité.

other States to treat Ruritania as a non-Contracting State with regard to *all* contracts concerning widgets, even those where the chosen court was in Ruritania.

(c) **Other possibilities**. Further suggestions are put forward in footnote 4 to Article 7 of the text of the preliminary draft Convention. This lists three possibilities. These are:

i) giving effect to the agreement would lead to a very [**delete: very**] serious injustice or would [**otherwise**] be manifestly contrary to fundamental principles of public policy of the State of the court seised;

ii) under the mandatory rules on jurisdiction of the State of the court seised, the parties were unable to agree to exclude the jurisdiction of the courts of this State;

iii) giving effect to the agreement would be manifestly contrary to public policy of the State of the court seised.

The proposals listed under sub-paragraphs (i) and (iii) do little more than tinker with the existing provisions. The proposal under sub-paragraph (ii), on the other hand, is much broader. It would have some of the same consequences as the first proposal discussed in this Annex (deleting the words "under the law of the State of the chosen court"), since a State could pass legislation precluding the parties from choosing a foreign court in a wide range of situations. However, it would be narrower in some respects since it would not necessarily bring in general grounds such as fairness.

La relation entre le projet sur les jugements et certains instruments régionaux dans le cadre de la Communauté d'États indépendants

PRÉPARÉ PAR ELEONORA GERASIMCHUK
POUR LE BUREAU PERMANENT

Document préliminaire No 27 d'avril 2005

I. INTRODUCTION

1 Lors de sa réunion d'avril 2004, la Commission spéciale sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale a débattu des possibles clauses finales de l'avant-projet de Convention de La Haye sur les accords d'élection de for dans les affaires entre professionnels, y compris les clauses concernant sa relation avec d'autres instruments internationaux. À la suite de propositions présentées lors de la réunion, les débats se sont concentrés en particulier sur les textes dits « instruments européens »[1] et les possibilités de résoudre leur chevauchement avec l'avant-projet de Convention de La Haye sur les accords d'élection de for, en insérant une « clause de déconnexion » dans cette dernière. Dans ce contexte, il a été souligné que les instruments européens n'étaient pas les seuls instruments régionaux susceptibles de ce chevauchement et qu'il existait d'autres régions qui avaient adopté des instruments de droit international privé susceptibles de chevaucher une Convention de La Haye sur les accords d'élection de for. Il a été demandé au Bureau Permanent d'approfondir les recherches sur ces conventions[2].

2 La présente note traite de la question à l'égard des conventions existant dans le cadre des anciennes républiques d'URSS, actuellement États membres de la Communauté d'États Indépendants (C.E.I)[3]. Plusieurs Conventions du domaine de la C.E.I. ont été examinées afin d'identifier un éventuel chevauchement, voire un conflit, avec la Convention de La Haye sur les jugements. Elles sont présentées dans l'ordre suivant : un premier groupe est composé de traités sur (la compétence et) la reconnaissance et l'exécution des jugements, en commençant par le Traité de Kiev qui est l'instrument multilatéral à l'échelle de la C.E.I. le plus spécialisé en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution dans les affaires entre professionnels, puis le Traité de Moscou, à titre de complément du précédent, et un Traité bilatéral entre la Fédération de Russie et le Bélarus qui, comme le Traité de Kiev, s'applique dans les affaires entre professionnels. Un second groupe de traités plus généraux en matière d'entraide et de coopération judiciaire décrit en premier lieu l'instrument régional le plus important de cette catégorie, la Convention de Minsk, suivie de plusieurs traités bilatéraux.

3 Si les instruments examinés comportent eux-mêmes des règles explicites sur la relation avec d'autres instruments (futurs), ces règles seront appliquées à l'avant-projet de Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for. Lorsque, par contre, aucune règle particulière n'a été identifiée, la relation entre tout instrument existant de la C.E.I. et la Convention de La Haye serait régie par les règles de droit commun des traités internationaux. Ces règles ont fait l'objet d'une note distincte[4] et dans ces situations, la présente note se bornera donc à identifier la substance du chevauchement et du conflit éventuels.

II. LE TRAITÉ DE KIEV

4 La Convention relative aux modalités de règlement des litiges liés à l'exercice d'une activité économique[5] a été adoptée à Kiev le 20 mars 1992. Il s'agissait du premier traité entre les États membres de la C.E.I. sur la reconnaissance et l'exécution des jugements[6], et il comporte des règles pour la résolution des litiges et l'exécution des jugements correspondants entre personnes morales et entrepreneurs[7], c'est-à-dire dans les affaires entre professionnels.

5 Le Traité n'est ouvert qu'aux États membres de la C.E.I[8]. Il a été signé – et à l'exception de la Moldavie, ratifié également – par l'Arménie, le Bélarus, le Kazakhstan, le Kirghizistan, la Moldavie, la Fédération de Russie, le Tadjikistan, le Turkménistan, l'Ukraine et l'Ouzbékistan. Le Traité est entré en vigueur le 19 décembre 1992. L'Azerbaïdjan y a adhéré, mais le processus d'adhésion est encore en cours.

[1] Cette expression vise les Conventions de Bruxelles et de Lugano sur la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968 et du 16 septembre 1988 respectivement, ainsi que le Règlement du Conseil CE No 44/2001 du 22 décembre 2000 sur ces mêmes questions, qui a remplacé la Convention de Bruxelles dans les rapports entre tous les États membres de l'Union européenne à l'exception du Danemark. Entre le Danemark et les quatorze autres « anciens » États membres de l'Union européenne (c-à-d. antérieurement à l'élargissement réalisé le premier mai 2004), la Convention de Bruxelles reste applicable. La Convention de Lugano, quasiment identique, recouvre les quinze « anciens » États membres de l'Union européenne ainsi que l'Islande, la Norvège, la Pologne et la Suisse.

[2] Voir *supra*, dans le présent tome, Doc. prél. No 20, « Rapport de la Première réunion du groupe de travail informel sur le projet sur les jugements – 22 au 25 octobre 2002 ».

[3] Le Traité établissant la Communauté d'États Indépendants a été signé par le Bélarus, la Fédération de Russie et l'Ukraine à Minsk le 8 décembre 1991. Neuf autres États (Arménie, Azerbaïdjan, Géorgie, Kazakhstan, Kirghizistan, Moldavie, Tadjikistan, Turkménistan et Ouzbékistan) ont rejoint la C.E.I. par un Protocole au traité établissant la C.E.I. signé à Alma-Ata le 21 décembre 1991. Selon le Protocole, le Traité établissant la C.E.I. entre en vigueur pour l'État concerné au jour de la ratification. Tous les États ayant signé le Traité ou le Protocole l'ont ratifié par la suite. Des douze États membres de la C.E.I., seuls le Bélarus, la Géorgie, la Fédération de Russie et l'Ukraine sont Membres de la Conférence de La Haye. Cependant, on peut supposer qu'une Convention de La Haye sur l'élection de for dans les affaires entre professionnels serait également, comme il est de tradition pour les Conventions de La Haye, ouverte aux États non membres de la Conférence de La Haye. Les indications sur l'appartenance à la Conférence de La Haye des États membres de la C.E.I. dans le présent document n'impliquent donc pas qu'aucun conflit ne pourrait survenir pour les États non-membres entre un instrument de la C.E.I. et une éventuelle Convention de La Haye sur l'élection de for dans les affaires entre professionnels.
À Chisinau le 7 octobre 2002, un Traité établissant le Conseil des Présidents des Cours suprêmes d'arbitrage, de commerce, économiques et autres connaissant d'affaires économiques a été adopté. L'Arménie, le Bélarus, Le Kazakhstan, le Kirghizistan, la Moldavie, la Fédération de Russie, le Tadjikistan et l'Ukraine sont parties au Traité. L'une des fonctions principales du Conseil consiste à réaliser des consultations en vue de parvenir à des positions communes dans le domaine de l'exécution des jugements d'un État sur le territoire des autres (art. 2 des Statuts du Conseil).

[4] Voir *supra*, Doc. prél. No 24 de décembre 2003, « La relation entre le projet sur les jugements et d'autres instruments internationaux ».

[5] *Vestnik Vyssego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie), annexe spéciale au No 3/1999, p. 85. Une traduction en anglais figure en annexe I au présent document.

[6] Le Traité de Kiev a eu deux prédécesseurs : l'Accord sur la coopération entre les tribunaux de commerce et d'arbitrage du Bélarus, de la Fédération de Russie et d'Ukraine du 21 décembre 1991 (voir la disposition sur la reconnaissance et l'exécution réciproques à l'art. 6) et l'Accord sur la coopération et la collaboration des tribunaux d'arbitrage du Kazakhstan et de la Fédération de Russie du 27 mars 1992 (voir la disposition sur la reconnaissance et l'exécution réciproques à l'art. 4). Le statut de ces deux accords est discutable : ils ont été conclus par les responsables des Cours suprêmes de commerce des pays concernés. Le Traité de Kiev n'en fait pas expressément mention, et ne les a donc pas remplacés, mais ils semblent ne plus être appliqués.

[7] Art. 1.

[8] Art. 13.

Projet sur les jugements et instruments régionaux

The Relationship between the Judgments Project and Certain Regional Instruments in the Arena of the Commonwealth of Independent States

PREPARED BY ELEONORA GERASIMCHUK
FOR THE PERMANENT BUREAU

Preliminary Document No 27 of April 2005

I. INTRODUCTION

1 During its meeting in April 2004, the Special Commission on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters discussed the possible final clauses of a preliminary draft Hague Convention on Choice of Court Agreements in business-to-business (B2B) cases, including the clauses on its relationship with other international instruments. Following the proposals submitted during the meeting, discussions focussed in particular on the so-called European instruments[1] and possibilities to resolve their overlap with the preliminary draft Hague Convention on Choice of Court Agreements by inserting a "disconnection clause" into the latter. In this context it was stressed that the European instruments were not the only regional instruments likely to overlap and that there were other regions which had adopted private international law instruments that could overlap with a Hague Convention on Choice of Court Agreements. The Permanent Bureau was asked to carry out further research on those conventions.[2]

2 This paper addresses the issue with regard to conventions existing in the arena of the former republics of the USSR, currently Member States of the Commonwealth of Independent States (CIS).[3] Several Conventions in the CIS arena have been examined in order to identify a possible overlap or even conflict with the Hague Judgments Convention. They are presented in the following order: A first group comprises specific treaties on (jurisdiction and) the recognition and enforcement of judgments, starting with the Kiev Treaty as the most specific, CIS-wide multilateral instrument on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in B2B cases, then the Moscow Treaty as a further development of the former, and a bilateral treaty between the Russian Federation and Belarus which, like the Kiev Treaty, applies to B2B cases. A second group of more general treaties on legal assistance and co-operation is then headed by the most important regional instrument in this category, the Minsk Convention, followed by several bilateral treaties.

3 Where the instruments examined contain themselves explicit rules on the relationship with other (future) instruments, these rules will be applied to the preliminary draft Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. Where, on the other hand, no specific rules have been identified, the relationship between any existing CIS instrument and the Hague Convention would be governed by the general rules of international treaty law. These rules have been the topic of a separate paper,[4] and therefore, in these cases, this paper will limit itself to identifying the overlap and possible conflict in substance.

II. THE KIEV TREATY

4 The Treaty Concerning the Modalities of the Settlement of Disputes Related to the Exercise of Commercial Activity[5] was adopted in Kiev on 20 March 1992. It was the first treaty among the CIS Member States on the recognition and enforcement of judgments[6] and contains rules on the settlement of disputes and enforcement of corresponding judgments among legal persons and entrepreneurs,[7] *i.e.* in B2B cases.

5 The treaty is open to the CIS Member States only.[8] It was signed and – with the exception of Moldova – also ratified by Armenia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, the Russian Federation, Tajikistan, Turkmenistan, Ukraine and Uzbekistan. The treaty entered into force on 19 December 1992. Azerbaijan acceded to it, but the accession process has not yet been completed.

[1] This expression refers to the Conventions of Brussels and Lugano on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters of 27 September 1968 and 16 September 1988, respectively, as well as to Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on the same issues which has replaced the Brussels Convention in the relations among all European Union (EU) Member States with the exception of Denmark. Between Denmark and the other fourteen "old" EU Member States (*i.e.* before the enlargement which took place on 1 May 2004), the Brussels Convention still applies. The almost identical Lugano Convention covers all fifteen "old" EU Member States plus Iceland, Norway, Poland and Switzerland.

[2] See *supra*. Prel. Doc. No 20, "Report on the First meeting of the Informal Working Group on the Judgments Project – 22-25 October 2002."

[3] The Treaty establishing the Commonwealth of Independent States was signed by Belarus, the Russian Federation and Ukraine in Minsk on 8 December 1991. Further nine States (Armenia, Azerbaijan, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, Tajikistan, Turkmenistan and Uzbekistan) joined the CIS by Protocol to the Treaty establishing the CIS signed in Alma-Ata on 21 December 1991. According to the Protocol, the Treaty establishing the CIS enters into force for the State concerned on the day of ratification. All the States that signed the Treaty or the Protocol have afterwards ratified it. From the twelve CIS Member States only Belarus, Georgia, the Russian Federation and Ukraine are Member States of the Hague Conference. However, it is to be assumed that a Hague Convention on Choice of Court in B2B Cases would, as it is tradition for Hague Conventions, also be open to non-Member States of the Hague Conference. Therefore, the information on membership of CIS Member States to the Hague Conference given in this document does not imply that a possible conflict between any CIS instrument and a possible Hague Convention on Choice of Court in B2B Cases could not arise for non-Member States.
On 7 October 2002 in Kishinev a Treaty establishing the Council of the Chairmen of the highest arbitral, commercial, economic and other courts hearing commercial cases was adopted. Armenia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, the Russian Federation, Tajikistan and Ukraine are party to the Treaty. One of the main functions of the Council is to carry out consultations in order to work out common positions in the field of execution of judgments of one State on the territory of the others (Article 2 of the Council's Statutes).

[4] See above, Prel. Doc. No 24, "The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments".

[5] *Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin of the Highest Arbitral Court of the Russian Federation), Special Annex to Issue 3/1999, p. 85. An English translation by the Permanent Bureau is available in Annex I to this document.

[6] There were two "predecessors" to the Kiev Treaty: the Agreement on co-operation between commercial and arbitral courts of Belarus, the Russian Federation and Ukraine of 21 December 1991 (see the mutual recognition and enforcement provision in Article 6) and the Agreement on co-operation and collaboration of arbitral courts of Kazakhstan and the Russian Federation of 27 March 1992 (see the mutual recognition and enforcement provision in Article 4). The status of both Agreements is questionable: they were concluded by the heads of the highest commercial courts of the countries concerned. The Kiev Treaty does not mention them explicitly, so it did not replace them, but they do not seem to be applied any more.

[7] Art. 1.

[8] Art. 13.

6 Le Traité est une « convention double », et ses dispositions concernant la compétence sont les suivantes :

« Article 4

1 Le tribunal compétent d'un État de la C.E.I. a la faculté d'examiner les litiges visés à l'article 1[9] de la présente Convention dans les cas suivants :

a) le domicile permanent ou le siège social du défendeur était situé sur le territoire de l'État de la C.E.I. concerné à la date d'introduction de l'action.

Si l'affaire concerne plusieurs défendeurs situés sur le territoire de différents États de la C.E.I., le litige sera examiné dans l'État sur le territoire duquel est situé le domicile ou le siège social du défendeur choisi par le demandeur ;

b) l'entreprise ou une filiale du défendeur exerce une activité commerciale, industrielle ou toute autre activité économique sur le territoire de l'État concerné ;

c) l'obligation contractuelle objet du litige a été ou doit être acquittée en tout ou partie sur le territoire de l'État concerné ;

d) l'acte ou autre circonstance dont découle la demande de réparation a eu lieu sur le territoire de l'État concerné ;

e) le domicile permanent ou le siège social du demandeur, dans une action pour la défense de sa réputation professionnelle, est situé sur le territoire de l'État concerné ;

f) le fournisseur, contractant ou prestataire (exécutant) est situé sur le territoire de l'État concerné et le litige se rapporte à la conclusion, à la modification ou à la résiliation d'un contrat.

2 Les tribunaux compétents des États de la C.E.I. peuvent examiner des affaires dans d'autres cas, si les parties ont donné leur consentement écrit au renvoi, auquel cas le tribunal de l'État concerné se dessaisit de l'affaire sur notification du défendeur, sous réserve que la notification soit remise avant qu'une décision ne soit rendue.

3 Les tribunaux de l'État de la C.E.I. sur le territoire duquel sont situés les biens immobiliers concernés ont compétence exclusive pour connaître des actions relatives au droit de propriété afférent aux dits biens introduites par des agents économiques.

4 Les tribunaux de l'État de la C.E.I. sur le territoire duquel est situé l'organisme concerné ont compétence exclusive pour connaître des affaires relatives à l'invalidité totale ou partielle des actes des organismes d'État et autres organismes, ainsi que des affaires relatives à la réparation de préjudices subis par des agents économiques du fait desdits actes ou découlant d'un manquement desdits organismes à leurs obligations envers des agents économiques.

La compétence exclusive des tribunaux établie aux alinéas 3 et 4 ci-dessus ne peut être modifiée sur accord des parties.

5 Toute demande reconventionnelle ou créance en compensation découlant du même rapport juridique que l'action principale doit être examinée par le tribunal ayant examiné l'action principale. »

7 Les règles du Traité sur la reconnaissance et l'exécution réciproques des jugements des tribunaux de commerce sont formulées de la manière suivante :

« Article 7

Les États de la C.E.I. reconnaissent et exécutent réciproquement les décisions ayant la force de la chose jugée rendues par leurs tribunaux compétents.

Les décisions rendues par les tribunaux compétents d'un État de la C.E.I. seront exécutées sur le territoire des autres États de la C.E.I.

Les décisions rendues par les tribunaux compétents d'un État de la C.E.I. donné relatives à la saisie des biens du défendeur seront exécutées sur le territoire de l'État de la C.E.I. concerné par les organismes désignés par le tribunal ou par la législation dudit État.

Article 8

La mise à exécution d'une décision intervient sur demande de la partie intéressée.

Toute demande doit être accompagnée :

– obligatoirement d'une copie certifiée de la décision dont l'exécution forcée est demandée ;

– d'un document officiel établissant que la décision a acquis la force de la chose jugée, si le texte de la décision ne l'énonce pas explicitement ;

– d'un justificatif de notification de la procédure à la partie adverse ;

– du titre exécutoire[10].

Article 9

La mise à exécution d'une décision peut être refusée sur demande de la partie à l'encontre de laquelle elle a été rendue, sous réserve que ladite partie présente au tribunal compétent du lieu où la mise à exécution est prévue des justificatifs établissant que :

a) une décision ayant la force de la chose jugée a déjà été rendue par un tribunal de l'État de la C.E.I. requis dans une affaire entre les mêmes parties, concernant le même objet et pour les mêmes motifs ;

b) une décision rendue par le tribunal compétent d'un troisième État de la C.E.I. ou d'un État tiers dans une affaire entre les mêmes parties, concernant le même objet et pour les mêmes motifs a déjà été reconnue ;

c) le litige a été tranché par un tribunal non compétent au titre de la présente Convention ;

d) la procédure n'a pas été notifiée à la partie adverse ;

[9] C-à-d. les litiges nés à l'occasion de relations civiles et commerciales entre personnes morales et entrepreneurs. Cette explication en note a été ajoutée par nous dans un but de clarté. Le texte entre parenthèses (par ex. à l'art. 4(1) *b)* du Traité de Kiev) figure dans le texte original.

[10] Le titre exécutoire est une ordonnance d'exécution délivrée par le tribunal d'origine sur le fondement du jugement.

6 The treaty is a "double convention", its provisions on jurisdiction read as follows:

"Article 4

1 The competent court of the CIS Member State may hear cases mentioned in Article 1[9] if:

a) the defendant had his permanent residence or seat on the territory of this CIS Member State on the day when the action was brought against him.

If there are multiple defendants who are situated in different CIS Member States, then the case can be heard upon the plaintiff's choice before the court of the State where any of them is situated;

b) the defendant's enterprise or a branch carries out commercial, industrial or any other economic activity on the territory of the State concerned;

c) the contractual obligation which is the subject of the dispute was performed or has to be performed in whole or in part on the territory of the State concerned;

d) the act or another circumstance which gave rise to the claim for damages took place on the territory of the State concerned;

e) the plaintiff who claims harm of his professional reputation has his permanent residence or seat on the territory of the State concerned;

f) the supplier, contractor or provider of services is situated on the territory of this State and the dispute concerns the conclusion, alteration or termination of a contract.

2 Competent courts of the CIS Member States can also hear cases if there is a written agreement between the parties on submitting the dispute to this court. If there is such an agreement, the court of another CIS Member State shall dismiss the proceedings upon the defendant's request, provided that such request is made before the judgment has been rendered.

3 Exclusive jurisdiction for claims of legal persons and entrepreneurs concerning property rights in immovables is vested in the court of the CIS Member State where the immovable is situated.

4 Exclusive jurisdiction for claims challenging non-normative acts of state authorities and other authorities in whole or in part is vested in the court of the place where the authority is situated. The same rule applies to claims brought by legal persons for damages caused by such acts or by the mentioned authorities' inappropriate performance of obligations towards legal persons and entrepreneurs.

The parties may not alter the jurisdiction laid down in paragraphs 3 and 4 through an agreement.

5 The court which has jurisdiction to determine a claim shall also determine a counterclaim and a set-off claim arising out of the same legal transaction on which the original claim is based."

7 The treaty's rules on mutual recognition and enforcement of judgments of commercial courts read as follows:

"Article 7

The CIS Member States mutually recognise and enforce judgments of competent courts which have the effect of res judicata.

Judgments rendered by competent courts of one CIS Member State shall be enforced on the territories of other CIS Member States.

Judgments rendered by a competent court of one CIS Member State which provide for execution to be levied upon the debtor's property shall be enforced on the territory of another CIS Member State by authorities appointed by a court or determined in accordance with the laws of this State.

Article 8

A judgment is to be enforced upon request of the interested party.

With the request are to be enclosed:

obligatorily, a properly certified copy of the judgment to be enforced;

– *an official document confirming that the judgment has the effect of res judicata, if it is not apparent from the text of the judgment;*

– *evidence that the debtor was served with the summons;*

– *the enforcement document.*[10]

Article 9

Enforcement of a judgment may be refused upon request of the party against which it is directed only if this party delivers evidence of the following to the competent court in the State where enforcement is sought:

a) a court of the State addressed had earlier rendered a judgment which has the effect of res judicata in a case between the same parties, concerning the same subject matter and on the same grounds;

b) a judgment of a competent court of a CIS Member State or of a court of a non-CIS Member State, rendered in a dispute between the same parties concerning the same subject matter and on the same grounds, has already been granted recognition;

c) the dispute was solved by a court incompetent according to this Treaty;

d) the other party was not served with the summons;

[9] *I.e.* disputes arising in connection with civil and commercial relations between legal persons and entrepreneurs. This explanation in the footnote has been added by us for purposes of better understanding. Text in parentheses (*e.g.*, in Article 4 (1) *b)* of the Kiev Treaty) is original.

[10] Enforcement document is an enforcement order issued by the court of origin on the basis of the judgment.

e) le délai de prescription de trois ans applicable à la présentation d'une décision à des fins d'exécution forcée est écoulé. »

8 Les termes du traité ont donné lieu à divers avis quant à son régime d'exécution. Il a été argué que le traité prévoit une procédure d'exequatur traditionnelle[11], car dans le cas contraire, le Traité bilatéral entre la Fédération de Russie et le Bélarus de 2001[12] abolissant l'exequatur n'aurait pas été nécessaire[13]. Cependant, selon certains autres commentateurs russes[14], dont un lié[15] à la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie[16], le Traité de Kiev a aboli la procédure d'exequatur[17], de sorte que le créancier peut s'adresser pour l'exécution d'un jugement directement à un huissier dans l'État requis. Le débiteur, toutefois, a le droit de contester l'exécution dans l'État requis. Cette dernière position a été adoptée par la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie[18]. Selon Neshataeva[19], les cours suprêmes de commerce des principaux États membres de la C.E.I. ont déclaré qu'elles appliqueraient leur régime national à l'exécution des jugements relevant du Traité de Kiev, c'est-à-dire qu'elles ont accepté l'abolition de la procédure d'exequatur. Le Traité ne comporte pas de dispositions sur la relation avec d'autres instruments.

III. LE TRAITÉ DE MOSCOU

9 Le Traité sur l'exécution réciproque des jugements des tribunaux d'arbitrage, de commerce et économiques sur le territoire des États membres de la C.E.I[20]. a été adopté à Moscou le 6 mars 1998. Le Traité est fondé, selon son préambule, sur le Traité de création d'une union économique du 24 septembre 1993.

10 La Convention n'est pas limitée aux États membres de la C.E.I[21]. Elle a été signée par l'Arménie, l'Azerbaïdjan, le Kazakhstan, le Kirghizistan, la Moldavie, la Fédération de Russie, et le Tadjikistan. À ce jour l'Azerbaïdjan, le Kazakhstan, le Kirghizistan, et le Tadjikistan ont ratifié le Traité[22]. Il est entré en vigueur le 9 janvier 2001.

11 Le Traité réglemente l'exécution réciproque des jugements définitifs des tribunaux de commerce des États contractants en matière commerciale[23]. Il a été conclu, selon son préambule, afin de compléter la Convention de Kiev relative aux modalités de règlement des litiges liés à l'exercice d'une activité économique du 20 mars 1992[24].

12 Il s'agit d'une « convention double », bien qu'elle ne comporte pas elle-même de règles directes de compétence. Selon son article 2, le tribunal compétent sera déterminé conformément à l'article 4 du Traité de Kiev[25].

13 Les règles sur l'exécution réciproque disposent que :

« Article 3

(1) Toute décision ayant acquis la force de la chose jugée rendue par le tribunal compétent d'un État contractant est mise à exécution sur le territoire d'un quelconque autre État contractant sans possibilité de former opposition.

(2) Toute saisie des biens d'un débiteur s'effectue conformément à la législation de l'État sur le territoire duquel est situé le domicile ou le siège social du débiteur, sur demande du saisissant auprès du tribunal compétent de l'État contractant concerné, auquel le demandeur est tenu de présenter :

- *dans tous les cas, une copie certifiée de la décision du tribunal compétent dont l'exécution forcée est demandée, avec mention de l'acquisition de la force de la chose jugée (si le texte de la décision ne l'énonce pas explicitement) ;*
- *un document émanant du tribunal compétent, confirmant la présence du débiteur à l'audience ou, en cas de non-comparution, confirmant que la procédure lui a été notifiée en bonne et due forme ;*
- *le titre exécutoire. »*[26]

14 On peut comprendre « sans possibilité de former opposition » comme indiquant que la procédure soumise au tribunal requis en vue de la délivrance de l'exequatur en vertu de l'article 3, paragraphe 2 ne nécessite, voire ne permet pas la

[11] Par exequatur, nous visons tant la procédure consistant à délivrer un acte national faisant autorité sur la base d'un jugement étranger, en vertu de laquelle le jugement étranger se voit accorder le caractère exécutoire dans l'État dans lequel l'exécution est demandée, que l'acte lui-même.
[12] Voir partie IV ci-dessous.
[13] Voir A. Muranov, *Ispolnenije inostrannyh sudebnyh i arbitražnyh rešenij : kompetencija rossijskih sudov* (Exécution des jugements étrangers : compétence des tribunaux russes) Moscou 2002, p. 28-29 ; N. Marysheva, in : N. Marysheva (éd.), *Meždunarodnoje častnoje pravo* (Droit international privé), Moscou 2000, p. 485-486 ; T. Morshchakova, « *Novyj porjadok vzaimnogo ispolnenija Rossiej i Belarusju sudebnyh aktov po hozjajstvennym sporam* » (Nouvelle procédure d'exécution réciproque des jugements en matière commerciale par la Russie et le Bélarus), in : *Rossijskaja justicija* (Justice russe) 12/2002, p. 12. Néanmoins, la « valeur ajoutée » du traité bilatéral entre la Fédération de Russie et le Bélarus peut être constatée dans l'abolition totale des motifs de refus.
[14] Voir T. Neshataeva, « *Obščije zamečanija po voprosu o priznanii i ispolnenii rešenij sudov i arbitražej inostrannyh gosudarstv po ekonomičeskim sporam* » (Remarques communes sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements de tribunaux d'arbitrage et tribunaux étrangers en matière commerciale), in : *Vestnik Vyššego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie), Annexe spéciale au No 3/1999, p. 7, 9-10 ; N. Shebanova, « *Priznanije i ispolnenije inostrannyh rešenij* » (Reconnaissance et exécution des jugements étrangers), in : *Vestnik Vyššego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie), Annexe spéciale au No 3/1999, p. 14, 15-16 ; M. Boguslawskij, *Internationales Zivilprozessrecht in den GUS-Staaten*, in : M. Boguslawskij / A. Trunk (éds.), *Reform des Zivil- und Wirtschaftsprozessrechts in den Mitgliedstaaten der GUS. Die Beiträge zur Tagung in Kiel, 15.-20. Oktober 2000*, Bielefeld 2004, p. 19, 28 ; Jarkov, in : Jarkov (éd.), *Kommentarij k Arbitražnomu processual'nomu kodeksu Rossijskoj Federacii* (Commentaire du Code de procédure d'arbitrage de la Fédération de Russie), Moscou 2003, p. 542.
[15] Tatiana Neshataeva est juge et responsable du département de droit international privé à la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie.
[16] Il s'agit en fait de la Cour suprême de commerce de la Fédération de Russie. Dans certains États membres de la C.E.I. (par ex. la Fédération de Russie), les tribunaux de commerce d'État sont désignés « tribunaux d'arbitrage » pour des raisons historiques.
[17] Selon T. Neshataeva, l'art. 7 contraint les États membres de la C.E.I. à accorder la reconnaissance et l'exécution réciproques des jugements d'autres États contractants. L'exécution doit être réalisée par des organes « nommés » par le tribunal ou désignés par la loi. Elle en conclut que la demande d'exécution en vertu de l'art. 8 n'est pas une demande adressée à un tribunal de l'État dans lequel l'exécution est poursuivie, et que le Traité de Kiev n'impose pas une procédure obligatoire d'exequatur devant un tribunal de l'État requis. L'art. 9, par contre, prévoit une procédure engagée par le débiteur du jugement et visant à empêcher ou surseoir à l'exécution.
[18] Voir le considérant 17 de la Lettre d'information du Présidium de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie du 16 février 1998, No 29, in : *Vestnik Vyššego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie), No 4/1998, p. 38, 54-55.
[19] Voir T. Neshataeva, *Inostrannyje predprinimateli v Rossii. Sudebno-arbitražnaja praktika* (Entrepreneurs étrangers en Russie. Jurisprudence des tribunaux de commerce), Moscou 1998, p. 92.
[20] *Vestnik Vyššego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie), annexe spéciale au No 3/1999, p. 192.
[21] Art. 18.
[22] Aucun n'est Membre de la Conférence de La Haye.
[23] Art. 1, para. 1.
[24] Selon Neshataeva, le Traité visait à « unifier le mécanisme d'exécution des jugements » (voir T. Neshataeva, « *Obščije zamečanija po voprosu o priznanii i ispolnenii rešenij sudov i arbitražej inostrannyh gosudarstv po ekonomičeskim sporam* » (Remarques communes sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements de tribunaux d'arbitrage et tribunaux étrangers en matière commerciale), in : *Vestnik Vyššego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie), annexe spéciale au No 3/1999, p. 7, 13).
[25] Cela signifie que, bien que le Traité de Kiev ne soit ouvert qu'aux États membres de la C.E.I., du fait de cette référence dans le Traité de Moscou (qui est également ouvert aux États non-membres de la C.E.I.), les règles de compétence du Traité de Kiev lieront les États parties au Traité de Moscou, qu'ils soient ou non membres de la C.E.I. ou parties au Traité de Kiev.
[26] Le titre exécutoire est une ordonnance d'exécution délivrée par le tribunal d'origine sur le fondement du jugement.

e) the three-year limitation period for filing the judgment for enforcement has expired."

8 The language of the treaty gave rise to different opinions on its enforcement regime. It has been argued that the treaty provides for a traditional *exequatur* procedure,[11] otherwise the bilateral treaty between the Russian Federation and Belarus of 2001[12] abolishing *exequatur* would not have been necessary.[13] However, the position of some other Russian commentators[14] including one who is linked[15] to the Highest Arbitral Court of the Russian Federation[16] is that the Kiev Treaty has abolished the *exequatur* procedure,[17] so that the creditor can go for enforcement of a judgment directly to a bailiff in the requested State. The debtor, however, has the right to contest the enforcement in the requested State. This last position was taken by the Highest Arbitral Court of the Russian Federation.[18] According to Neshataeva,[19] the highest commercial courts of the main CIS Member States declared that they would apply their national regime to the enforcement of judgments falling under the Kiev Treaty, *i.e.*, accepted the abolition of *exequatur* procedure. The treaty does not contain any provisions on the relationship with other instruments.

III. THE MOSCOW TREATY

9 The Treaty on Mutual Enforcement of Judgments of Arbitral, Commercial and Economic Courts on the Territories of the CIS Member States[20] was adopted in Moscow on 6 March 1998. The treaty is based, according to its preamble, on the Treaty on Creation of Economic Union of 24 September 1993.

10 The treaty is not restricted to the CIS Member States.[21] It was signed by Armenia, Azerbaijan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, the Russian Federation and Tajikistan. So far Azerbaijan, Kazakhstan, Kyrgyzstan and Tajikistan have ratified the treaty.[22] It entered into force on 9 January 2001.

11 The treaty regulates the mutual enforcement of final judgments of commercial courts of the Contracting States in commercial cases.[23] It was concluded, according to its preamble, in development of the Kiev Treaty Concerning the Modalities of the Settlement of Disputes Related to the Exercise of Commercial Activity of 20 March 1992.[24]

12 It is a "double convention", although it does not itself contain direct rules on jurisdiction. According to its Article 2, the competent court shall be determined in accordance with Article 4 of the Kiev Treaty.[25]

13 The rules on mutual enforcement read as follows:

"Article 3

(1) Judgments of competent courts of one Contracting State that have the effect of res judicata are to be enforced indisputably on the territory of another Contracting State.

(2) Execution levied upon the debtor's property takes place in accordance with the laws of the State of the debtor's residence or seat upon the creditor's request directed to the competent court of the Contracting State concerned. The applicant has to submit:

- *in all cases, a properly certified copy of the judgment to be enforced rendered by the competent court as well as a confirmation that it has the effect of res judicata (if it is not apparent from the text of the judgment);*
- *a document issued by the competent court confirming the debtor's participation in the proceedings, or, in case of non-participation, a document confirming his proper service with the summons;*
- *the enforcement document."*[26]

14 "Indisputably" can be understood in the sense that the procedure before the court addressed aimed at issuing *exequatur* according to Article 3, paragraph 2 does not require

[11] By "*exequatur*" we mean the procedure of issuing a national authoritative act upon a foreign judgment by which the foreign judgment is granted enforceability in the State where enforcement is sought, as well as the authoritative act itself.
[12] See in Part IV below.
[13] See A. Muranov, *Ispolnenije inostrannyh sudebnyh i arbitražnyh rešenij: kompetencija rossijskih sudov* (Enforcement of foreign judgments: jurisdiction of Russian courts), Moscow 2002, pp. 28-29; N. Marysheva, in: N. Marysheva (ed.), *Meždunarodnoje častnoje pravo* (Private international law), Moscow 2000, pp. 485-486; T. Morshchakova, *Novyj porjadok vzaimnogo ispolnenija Rossiej i Belarusjju sudebnyh aktov po hozjajstvennym sporam* (New procedure of mutual enforcement of court judgments in commercial disputes by Russia and Belarus), in: *Rossijskaja justicija* (Russian Justice) 12/2002, p. 12. Nevertheless, the "added value" of the bilateral treaty between the Russian Federation and Belarus can be seen in the absolute abolition of grounds for refusal.
[14] See T. Neshataeva, *Obščije zamečanija po voprosu o priznanii i ispolnenii rešenij sudov i arbitražej inostrannyh gosudarstv po ekonomičeskim sporam* (Common remarks on the issue of recognition and enforcement of judgments of foreign courts and arbitration courts in commercial disputes), in: *Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin of the Highest Arbitral Court of the Russian Federation), Special Annex to Issue 3/1999, pp. 7, 9-10; N. Shebanova, *Priznanije i ispolnenije inostrannyh rešenij* (Recognition and enforcement of foreign judgments), in: *Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin of the Highest Arbitral Court of the Russian Federation), Special Annex to Issue 3/1999, pp. 14-16; M. Boguslawskij, *Internationales Zivilprozessrecht in den GUS-Staaten*, in: M. Boguslawskij / A. Trunk (Hrsg.), *Reform des Zivil- und Wirtschaftsprozessrechts in den Mitgliedstaaten der GUS. Die Beiträge zur Tagung in Kiel*, 15.-20. Oktober 2000, Bielefeld 2004, pp 19, 28; Jarkov, in: Jarkov (ed.), *Kommentarij k Arbitražnomu processual'nomu kodeksu Rossijskoj Federacii* (Commentary to the Arbitral procedural code of the Russian Federation), Moscow 2003, p. 542.
[15] Tatjana Neshataeva is a judge and the Head of the Private International Law Department in the Highest Arbitral Court of the Russian Federation.
[16] This is in fact the Highest Commercial Court of the Russian Federation. In some CIS Member States (*e.g.*, in the Russian Federation) commercial State courts are called "arbitral courts" due to historical tradition.
[17] According to T. Neshataeva, Article 7 obliges the CIS States to mutually recognise and enforce judgments from other Contracting States. Enforcement is to be carried out by organs "appointed" by the court or designated by law. She concludes from this that the request for enforcement under Article 8 is not a request addressed to a court in the State where enforcement is sought, and that the Kiev Treaty does not require a compulsory *exequatur* procedure before a court in the requested State. Article 9, on the other hand, provides for a procedure initiated by the judgment debtor and aimed at blocking or stopping enforcement.
[18] See Recital 17 of the Information Letter of the Presidium of the Highest Arbitral Court of the Russian Federation of 16 February 1998 No 29, in: *Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin of the Highest Arbitral Court of the Russian Federation), Issue 4/1998, pp. 38, 54-55.
[19] See T. Neshataeva, *Inostrannyje predprinimateli v Rossii. Sudebno-arbitražnaja praktika* (Foreign entrepreneurs in Russia. Jurisprudence of commercial courts), Moscow 1998, p. 92.
[20] *Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin of the Highest Arbitral Court of the Russian Federation), Special Annex to Issue 3/1999, p. 192. Translation by the Permanent Bureau.
[21] Art. 18.
[22] None of them is a Member State of the Hague Conference.
[23] Art. 1, para. 1.
[24] According to Neshataeva, the Treaty aimed at "unifying the mechanism of enforcement of judgments" (see T. Neshataeva, *Obščije zamečanija po voprosu o priznanii i ispolnenii rešenij sudov i arbitražej inostrannyh gosudarstv po ekonomičeskim sporam* (Common remarks on the issue of recognition and enforcement of judgments of foreign courts and arbitration courts in commercial disputes), in: *Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin of the Highest Arbitral Court of the Russian Federation), Special Annex to Issue 3/1999, pp. 7, 13.
[25] This means that, although the Kiev Treaty is open to the CIS Member States only, by way of this reference in the Moscow Treaty (which is also open to non-CIS Member States), the jurisdiction rules of the Kiev Treaty will bind States Parties to the Moscow Treaty, whether or not they are Members of the CIS or party to the Kiev Treaty.
[26] Enforcement document is an enforcement order issued by the court of origin on the basis of the judgment.

Judgments Project and CIS States

participation du débiteur du jugement[27]. Cependant, l'Azerbaïdjan a fait une réserve au sujet de l'article 3, qui remplace « sans possibilité de former opposition » par les termes « s'il [le jugement étranger] n'est pas contraire à la réglementation nationale de l'État contractant ».

15 Cependant, le Traité de Moscou comporte également les dispositions suivantes :

« Article 5

Sur la base du titre de paiement du saisissant (faisant référence à la présente Convention) et des documents visés à l'article 3 de la présente Convention, la banque du débiteur prélève la somme adjugée sur le compte du débiteur.

[...]

Article 8

La banque restitue au saisissant le titre de paiement sans l'honorer si les documents visés à l'article 3 de la présente Convention ne lui ont pas été remis ou si le débiteur s'oppose valablement à l'exécution de la décision pour les motifs visés à l'article 9 de la Convention relative aux modalités de règlement des litiges liés à l'exercice d'une activité économique.

Dans ce cas, le saisissant a la faculté d'adresser sa demande d'exécution forcée de la décision ou de saisie des biens du débiteur au tribunal compétent du lieu du domicile ou du siège social du débiteur, selon les modalités exposées à l'article 8 de la Convention relative aux modalités de règlement des litiges liés à l'exercice d'une activité économique. »

16 Cela signifie que dans les affaires autres que l'exécution d'un jugement pécuniaire à l'encontre d'un compte bancaire, le créancier doit présenter son jugement étranger à un tribunal de l'État où l'exécution est poursuivie en vertu de l'article 3 paragraphe 2 afin d'obtenir l'exequatur. Pour l'exécution de jugements pécuniaires à l'encontre d'un compte bancaire, le Traité comporte une *lex specialis*. Dans cette situation, selon l'article 5, aucun exequatur selon l'article 3, paragraphe 2 n'est nécessaire au préalable. Le créancier peut adresser une demande de paiement à la banque du débiteur directement. La banque examinera alors si les documents énumérés à l'article 3, paragraphe 2 ont été présentés. Si tel est le cas, et que le débiteur ne s'oppose pas à l'exécution pour un motif résultant de l'article 9 du Traité de Kiev, la banque effectuera le paiement sans qu'un tribunal de l'État d'exécution ait été impliqué. Dans le cas contraire, le créancier devrait aller en justice dans l'État où l'exécution est demandée, et le tribunal appliquerait les articles 8 et suivants du Traité de Kiev. Le Traité ne comporte pas de dispositions sur la relation avec d'autres instruments.

[27] Du fait de l'ambiguïté des termes « sans possibilité de former opposition », le Traité a été jugé comme une tentative exceptionnellement inefficace d'introduire le régime simplifié d'exécution des jugements de tribunaux de commerce pour l'ensemble de la C.E.I. Voir A. Muranov, *Novyj porjadok vzaimnogo ispolnenija aktov arbitražnyh sudov Rossii i hozjajstvennyh sudov Belorussii. Soglašenije ot 17 janvarja 2001 g.: značenije i problemy* (Nouvelle procédure d'exécution réciproque des décisions de tribunaux d'arbitrage de Russie et tribunaux de commerce du Bélarus. Le Traité du 17 janvier 2001 : importance et problèmes), in : *Moscow Journal of International Law*, No 4/2002, p. 180, 190-191. En critique voir également N. Marysheva : « [...] la procédure simplifiée est imparfaite [...] » (voir N. Marysheva, *Voprosy kodifikacii norm meždunarodnogo graždanskogo processa v Rossii* (Questions de codification de procédure civile internationale en Russie), in : *Žurnal rossijskogo prava* (Journal de droit russe), No 6/2004, p. 35).

IV. LE TRAITÉ BILATÉRAL ENTRE LA FÉDÉRATION DE RUSSIE ET LE BÉLARUS

17 La Fédération de Russie et le Bélarus[28], bien que tous deux membres de la C.E.I., ont engagé un processus d'intégration plus étroite. Ce développement peut être retracé dans un certain nombre d'accords entre les pays remontant à 1996: le Traité sur l'établissement de la Communauté de Russie et du Bélarus du 2 avril 1996, le Traité sur l'union de la Russie et du Bélarus du 2 avril 1997, et le Traité sur l'établissement d'un État unifié du 8 décembre 1999[29].

18 Le Traité entre la Fédération de Russie et le Bélarus sur l'exécution réciproque des jugements des tribunaux d'arbitrage de la Fédération de Russie et tribunaux de commerce du Bélarus[30] a été signé à Moscou le 17 janvier 2001. Il a été ratifié par les deux États et est entré en vigueur le 29 juillet 2002. C'est le premier traité international en vigueur dans la Fédération de Russie qui abolisse sans ambiguïté l'exequatur[31].

19 Le préambule du Traité limite notablement son champ d'application en indiquant que « le Traité s'applique aux acteurs commerciaux de la Fédération de Russie et du Bélarus uniquement ». Il s'agit d'une « convention double » en vertu de laquelle le tribunal compétent est déterminé conformément à l'article 4 du Traité de Kiev[32]. Le Traité ne comporte pas de dispositions sur la relation avec d'autres instruments.

V. TRAITÉS D'ENTRAIDE JUDICIAIRE ENTRE ÉTATS MEMBRES DE LA C.E.I.

1. La Convention de Minsk

20 La Convention sur l'entraide judiciaire et les relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale[33] a été adoptée à Minsk le 22 janvier 1993 et modifiée par un Protocole du 28 mars 1997[34]. Cette Convention générale réglemente des questions relevant traditionnellement des traités bilatéraux soviétiques / russes en matière d'aide judiciaire, tels qu'entraide judiciaire (obtention de preuve, notification et signification de documents, etc.), règles de conflit de lois, compétence et dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des jugements dans le domaine de la coopération en matière civile et familiale, ainsi qu'entraide judiciaire, poursuites pénales et extradition dans le domaine de la coopération en matière pénale.

21 La Convention n'est pas limitée aux États membres de la C.E.I[35]. Elle a été signée et ratifiée par l'Arménie, le Bé-

[28] Ces deux États sont membres de la Conférence de La Haye.
[29] Selon l'art. 1 du Traité sur l'établissement d'un État unifié de 1999, « la Russie et le Bélarus (...) créent un État unifié. » Cependant, les jugements du Bélarus au sein de la Fédération de Russie et inversement doivent encore être considérés comme « étrangers » à l'égard de ce Traité, qui est ouvert à d'autres États également (art. 65).
[30] *Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie), No 11/2002, p. 113.
[31] Expressément par l'art. 1, para. 1.
[32] Art. 1, para. 2.
[33] *Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie), annexe spéciale au No 3/1999, p. 89. Une traduction en anglais de la version originale de 1993 est disponible à l'adresse : <http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Transnational_criminal_justice/Information/OC_INF_44E.asp>. Cependant, cette traduction comporte des erreurs. Aux fins de cette étude nous utilisons donc notre propre traduction. Une traduction en français de la Convention modifiée par le Protocole de 1997 figure en annexe II au présent document.
[34] Une nouvelle Convention sur l'entraide judiciaire et les relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale a été adoptée à Chisinau le 7 octobre 2002. L'Arménie, l'Azerbaïdjan, le Bélarus, la Géorgie, le Kazakhstan, le Kirghizistan, la Moldavie, la Fédération de Russie, le Tadjikistan et l'Ukraine ont signé la Convention de Chisinau. A ce jour, l'Azerbaïdjan, le Bélarus, le Kazakhstan et le Kirghizistan ont ratifié la Convention, qui est entrée en vigueur le 27 avril 2004. Ce texte remplace la Convention de Minsk dans les rapports entre les États ayant ratifié les deux Conventions (art. 120, para. 3 de la Convention de Chisinau).
[35] Art. 86.

or even permit the participation of the enforcement debtor.[27] However, Azerbaijan made a reservation concerning Article 3 which replaces "indisputably" by the words "if it [*the foreign judgment*] does not contravene the national legislation of the Contracting State".

15 At the same time other provisions of the Moscow Treaty read:

"Article 5

On the basis of a request for payment made by the creditor which must contain a reference to this Treaty as well as the documents enumerated in Article 3, the debtor's Bank has to debit the money from the debtor's account.

(...)

Article 8

The Bank returns the request for payment to the judgment creditor without execution if the creditor has failed to submit documents enumerated in Article 3 of the Treaty or if the debtor presents motivated objections against enforcement of the judgment based on grounds of Article 9 of the Treaty Concerning the Modalities of the Settlement of Disputes Related to the Exercise of Commercial Activity.

In this case the judgment creditor can apply to the competent court at the place of the debtor's residence or seat for enforcement of the judgment or for execution levied upon the debtor's property using the procedure prescribed by Article 8 of the Treaty Concerning the Modalities of the Settlement of Disputes Related to the Exercise of Commercial Activity."

16 This means that in cases other than the enforcement of a money judgment into a bank account, the creditor has to submit his foreign judgment to a court of the State where enforcement is sought under Article 3, paragraph 2 in order to obtain a declaration of enforceability (*exequatur*). For the enforcement of money judgments into a bank account, the treaty contains a *lex specialis*. In this case, according to Article 5, no *exequatur* or declaration of enforceability according to Article 3, paragraph 2 is required in the first place. The creditor may address a request for payment directly to the debtor's bank. The bank would then examine whether the documents enumerated in Article 3, paragraph 2 have been submitted. If this is the case and there is no opposition of the debtor against execution on grounds based on Article 9 of the Kiev Treaty, the bank would pay without a court in the State of enforcement having been involved. Otherwise, the creditor would have to go to court in the State where enforcement is sought, and this court would apply Article 8 *et seq.* of the Kiev Treaty. The treaty does not contain any provisions on the relationship with other instruments.

IV. THE BILATERAL TREATY BETWEEN THE RUSSIAN FEDERATION AND BELARUS

17 The Russian Federation and Belarus,[28] while both being CIS Member States, have been developing closer integration. This development can be traced in a number of agreements between the countries going back to 1996: the Treaty on Establishment of the Commonwealth of Russia and Belarus of 2 April 1996, the Treaty on the Union of Belarus and Russia of 2 April 1997 and the Treaty on Establishment of a Unified State of 8 December 1999.[29]

18 The treaty between the Russian Federation and Belarus on Mutual Enforcement of Judgments of Arbitral Courts of the Russian Federation and Commercial Courts of Belarus[30] was signed in Moscow on 17 January 2001. It was ratified by both States and entered into force on 29 July 2002. It is the first international treaty in force for the Russian Federation which undoubtedly abolishes *exequatur*.[31]

19 The preamble of the treaty significantly narrows its scope of application stating that: "the Treaty applies to the commercial actors of the Russian Federation and Belarus only".

It is a "double convention", whereby the competent court shall be determined in accordance with Article 4 of the Kiev Treaty.[32] The treaty does not contain any provisions on the relationship with other instruments.

V. LEGAL AID TREATIES BETWEEN THE CIS MEMBER STATES

1. The Minsk Convention

20 The Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters[33] was adopted in Minsk on 22 January 1993 and amended by a Protocol of 28 March 1997.[34] This comprehensive Convention regulates issues which were traditionally covered by Soviet / Russian bilateral legal aid treaties, such as legal assistance (*i.e.*, taking of evidence, service of documents, etc.), conflict of law rules, jurisdiction and provisions on recognition and enforcement of judgments in the field of co-operation in civil and family matters, as well as legal assistance, criminal prosecution and extradition in the field of co-operation in criminal matters.

21 The Convention is not restricted to the CIS Member States.[35] It was signed and ratified by Armenia, Belarus,

[27] Because of the ambiguity of the term "indisputably", the Treaty has been appraised as a uniquely unsuccessful attempt to introduce the simplified regime of enforcement of commercial courts' judgments for the whole CIS. See A. Muranov, *Novyy porjadok vzaimnogo ispolnenija aktov arbitražnyh sudov Rossii i hozjajstvennyh sudov Belorussii. Soglašenije ot 17 janvarja 2001 g.: značenije i problemy* (New procedure of mutual enforcement of decisions of arbitral courts of Russia and commercial courts of Belarus. The Treaty of 17 January 2001: importance and problems), in: Moscow Journal of International Law, Issue 4/2002, pp. 180, 190-191. Critically also Marysheva: "(...) the simplified procedure is imperfect (...)" (see N. Marysheva, *Voprosy kodifikacii norm meždunarodnogo graždanskogo processa v Rossii* (Questions of codification of international civil procedure in Russia), in: *Žurnal rossijskogo prava* (Journal of Russian Law), Issue 6/2004, p. 35).

[28] Both States are Member States of the Hague Conference.

[29] In accordance with Article 1 of the Treaty on Establishment of a Unified State of 1999, "Russia and Belarus (...) create a Unified State". However, Belarusian judgments in the Russian Federation and *vice versa* still have to be treated as "foreign" with regard to this treaty, which is open to other States, too (Article 65).

[30] *Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin of the Highest Arbitral Court of the Russian Federation), Issue 11/2002, p. 113.

[31] Expressly in Art. 1, para. 1.

[32] Art. 1, para. 2.

[33] *Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin of the Highest Arbitral Court of the Russian Federation), Special Annex to Issue 3/1999, p. 89. An English translation of the original version of 1993 is available at <http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Transnational_criminal_justice/Information/OC_INF_44E.asp>. However, that translation contains some mistakes. For the purposes of this study we therefore use a translation by the Permanent Bureau. An English translation of the Convention as amended by the Protocol of 1997 can be found in Annex II to this document.

[34] A new Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters was adopted in Kishinev on 7 October 2002. Armenia, Azerbaijan, Belarus, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, the Russian Federation, Tajikistan and Ukraine have signed the Kishinev Convention. So far, Azerbaijan, Belarus, Kazakhstan and Kyrgyzstan have ratified the Convention, which entered into force on 27 April 2004. This Convention replaces the Minsk Convention in relations between the States which have ratified both Conventions (Article 120, paragraph 3 of the Kishinev Convention).

[35] Art. 86.

larus, le Kazakhstan, le Kirghizistan, la Moldavie, la Fédération de Russie, le Tadjikistan, le Turkménistan, l'Ukraine et l'Ouzbékistan. L'Azerbaïdjan et la Géorgie ont adhéré à la Convention. La Convention dans sa version originale est entrée en vigueur le 19 mai 1994, le Protocole de 1997 est entré en vigueur le 17 septembre 1999[36]. La Convention, telle que modifiée par le Protocole de 1997, est en vigueur pour l'Arménie, le Bélarus, le Kazakhstan, la Moldavie, la Fédération de Russie, le Tadjikistan et l'Ukraine.

22 Il s'agit d'une « convention mixte » : des fors non prévus par la Convention peuvent résulter de la législation nationale des États contractants. Sa règle sur les clauses d'élection de for est la suivante :

« Article 21 – Compétence conventionnelle

1 Les tribunaux des États contractants peuvent examiner des affaires dans d'autres cas, si les parties ont donné leur accord écrit au renvoi.

Cependant, la compétence exclusive découlant de l'alinéa 3 de l'article 20 et des autres règles établies par les parties II à V[37] du présent chapitre, ainsi que de la législation nationale de l'État contractant concerné, ne peut être modifiée sur accord des parties.

2 En cas d'accord relatif au renvoi d'une affaire, le tribunal se dessaisit de l'affaire sur notification du défendeur. »

23 La Convention prévoit une procédure d'exequatur traditionnelle[38]. Les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution sont énumérés dans son article 55 :

« Article 55 – Refus de reconnaissance et d'exécution forcée

La reconnaissance des décisions visées à l'article 52 et la délivrance d'une autorisation d'exécution forcée peuvent être refusées dans les cas suivants :

a) conformément à la législation de l'État contractant sur le territoire duquel a été rendue la décision, cette dernière n'a pas acquis la force de la chose jugée ou n'est pas exécutoire, sauf dans les cas où la décision est assortie de l'exécution provisoire ;

b) le défendeur n'a pas participé à la procédure en raison de l'absence de remise d'une convocation en bonne et due forme au défendeur ou à son représentant ;

c) dans une affaire entre les mêmes parties, concernant le même objet et pour les mêmes motifs, une décision ayant la force de la chose jugée a déjà été rendue sur le territoire de l'État contractant où la décision doit être reconnue et exécutée ou une décision rendue par un tribunal d'un État tiers y est reconnue, ou encore les organes judiciaires dudit État contractant ont déjà entamé une procédure concernant ladite affaire ;

d) conformément aux dispositions de la présente Convention ou, dans les cas non prévus par cette dernière, conformément à la législation de l'État contractant sur le territoire duquel la décision doit être reconnue et exécutée, l'affaire concerne la compétence exclusive de ses organes judiciaires ;

e) en l'absence de document confirmant l'accord des parties en matière de compétence conventionnelle ;

f) le délai de prescription de l'exécution forcée prévu par la législation de l'État contractant dont le tribunal exécute la décision est écoulé. »

24 La Convention s'applique aux jugements en matière civile et familiale. Elle comporte la clause suivante sur la relation avec d'autres instruments :

« Article 82 – Relation de la Convention avec d'autres traités internationaux

La présente Convention n'affecte pas les dispositions des autres traités internationaux auxquels les États contractants sont parties. »

25 Il n'est pas clair si le terme « sont parties » ne vise que les traités auxquels les États contractants sont déjà parties au moment où elles rejoignent la Convention de Minsk, ou également les traités qu'elles concluent ou auxquels elles adhèrent par la suite. S'il est clair que le Traité de Kiev, avec son régime simplifié d'exécution pour les jugements civils entre professionnels, prévaut sur la Convention de Minsk[39], il n'est donc pas certain que cette disposition accorderait également la priorité à la Convention sur les jugements à venir.

2. Traités bilatéraux d'entraide judiciaire

26 La Fédération de Russie[40] a conclu des traités bilatéraux d'entraide et de relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale avec les États membres de la C.E.I. suivants : l'Arménie, l'Azerbaïdjan[41], la Géorgie[42], le Kirghizistan[43], et la Moldavie[44].

27 Ces traités sont très semblables entre eux. Ils comportent des règles sporadiques sur la compétence directe (for du défendeur, élection de for, *forum delicti*, etc.), alors que les règles internes de compétence peuvent rester applicables, ce qui en fait des « conventions mixtes ». Ils prévoient tous une procédure traditionnelle d'exequatur pour les « jugements dé-

[36] À l'exception du Turkménistan, tous les États qui ont signé et ratifié la Convention originale, plus l'Azerbaïdjan et la Géorgie, ont également signé le Protocole de 1997.

[37] En matière commerciale, la Convention confère une compétence exclusive pour connaître des droits réels immobiliers aux tribunaux de l'État de situation de l'immeuble, et pour connaître des litiges nés de contrats de transport de marchandises, de passagers et de bagages aux tribunaux de l'État dans lequel la société contractante a son siège (Art. 20, para. 3). Les parties II à V du chapitre II concernent le divorce et autres matières semblables.

[38] Art. 53.

[39] Voir T. Neshataeva, *Inostrannyje predprinimateli v Rossii. Sudebno-arbitražnaja praktika* (Entrepreneurs étrangers en Russie. Jurisprudence des tribunaux de commerce), Moscou 1998, p. 93 ; N. Marysheva, in N. Marysheva (éd.), *Meždunarodnoje častnoje pravo* (Droit international privé), Moscou 2000, p. 491. L'art. 1, para. 2 du Traité de Moscou dispose explicitement que les dispositions de la Convention de Minsk doivent être appliquées dans les cas qui ne sont pas régis par le Traité de Moscou ou le Traité de Kiev.

[40] Selon M. Boguslawskij, l'Ukraine a un Traité bilatéral d'entraide judiciaire avec la Moldavie, l'Arménie et l'Azerbaïdjan ; le Turkménistan avec la Géorgie, le Kazakhstan et l'Ouzbékistan, respectivement (voir M. Boguslawskij, « *Internationales Zivilprozessrecht in den GUS-Staaten* », in : M. Boguslawskij / A. Trunk (éds.), *Reform des Zivil- und Wirtschaftsprozessrechts in den Mitgliedstaaten der GUS, Die Beiträge zur Tagung in Kiel*, 15.-20. Oktober 2000, Bielefeld 2004, p. 19, 21.

[41] Traité entre la Fédération de Russie et la République d'Azerbaïdjan sur l'entraide judiciaire et les relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale du 22 décembre 1992, *Sobranije Zakonodatelstva Rossijskoj Federacii* (Gazette de droit fédéral de la Fédération de Russie) du premier mai 1992, No 18, art. 1598. Le Traité est entré en vigueur le 20 janvier 1995.

[42] Traité entre la Fédération de Russie et la République de Géorgie sur l'entraide judiciaire et les relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale du 15 septembre 1995, *Vestnik Vyssego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie), annexe spéciale au No 3/1999, p. 129. Le Traité n'est pas encore entré en vigueur.

[43] Traité entre la Fédération de Russie et la République du Kirghizistan sur l'entraide judiciaire et les relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale du 14 septembre 1992, *Bjulleten' meždunarodnyh dogovorov* (Bulletin de traités Internationaux), No 3/1995, p. 16. Le Traité est entré en vigueur le 25 février 1994.

[44] Traité entre la Fédération de Russie et la République de Moldavie sur l'entraide judiciaire et les relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale du 25 février 1993, *Sobranije Zakonodatelstva Rossijskoj Federacii* (Gazette de droit fédéral de la Fédération de Russie) du 15 mai 1995, No 20, art. 1766. Le Traité est entré en vigueur le 26 janvier 1995.

Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, the Russian Federation, Tajikistan, Turkmenistan, Ukraine and Uzbekistan. Azerbaijan and Georgia acceded to the Convention. The Convention in its original version entered into force on 19 May 1994, the Protocol of 1997 entered into force on 17 September 1999.[36] The Convention as amended by the Protocol of 1997 is in force for Armenia, Belarus, Kazakhstan, Moldova, the Russian Federation, Tajikistan and Ukraine.

22 This is a "mixed convention": fora not provided for by the Convention can originate in the national legislation of the Contracting States. Its rule on choice of court clauses reads as follows:

"Article 21 – Contractual Jurisdiction

1 Courts of the Contracting States may hear also other cases where the parties have agreed in writing to submit the corresponding disputes to such courts.

However, the exclusive competence stemming from Paragraph 3 of Article 20 and other provisions of Parts II–V[37] of the present Section, and from the internal legislation of the Contracting State concerned, may not be altered by agreement of the parties.

2 If there is an agreement to refer a dispute to another court, the court hearing such dispute shall dismiss the proceedings in the case upon the respondent's request."

23 The Convention provides for a traditional *exequatur* procedure.[38] The grounds for refusal of recognition and enforcement are enumerated in its Article 55:

"Article 55 – Refusal of Recognition and Enforcement of Judgments

The recognition of a judgment pursuant to Article 52 and the declaration of enforceability may be refused if:

a) the judgment does not have the effect of res judicata or is not enforceable under the legislation of the Contracting State of origin, unless such judgment is enforceable before becoming res judicata; or

b) the respondent did not take part in the proceedings as a result of either the respondent itself or its duly authorized representative not having been duly served timely summons to the court; or

c) a judgment has already been rendered and has the effect of res judicata, or a judgment rendered by a court in a third State has already been recognized, in the Contracting State addressed in a case involving the same parties, regarding the same subject matter, and based on the same cause of action, or a judicial authority in such Contracting State has already instituted proceedings in such case; or

d) pursuant to this Convention or, in those cases not addressed hereunder, to the legislation of the Contracting State addressed, a judicial authority of such Contracting State has exclusive jurisdiction over the matter concerned; or

e) there is no documented evidence to confirm that the parties have agreed on contractual jurisdiction in respect of the matter in question; or

f) the period of limitation applicable to enforcement according to the legislation of the Contracting State addressed has expired."

24 The Convention applies to judgments in civil and family matters. It contains the following clause on the relationship with other instruments:

"Article 82 – Convention's Relationship with other International Agreements

This Convention shall not affect the provisions of other international agreements to which the Contracting States are parties."

25 It is not clear whether "are parties" only refers to treaties to which the Contracting States are already parties at the time they join the Minsk Convention, or also to treaties they conclude or join subsequently. Therefore, while it is clear that the Kiev Treaty with its simplified enforcement regime for civil judgments in B2B cases prevails over the Minsk Convention,[39] it is unclear whether this provision would also give precedence to the Judgments Convention yet to be concluded.

2. Bilateral legal aid treaties

26 The Russian Federation[40] has concluded bilateral treaties on legal assistance and legal relations in civil, family and criminal matters with the following CIS Member States: Armenia, Azerbaijan,[41] Georgia,[42] Kyrgyzstan[43] and Moldova.[44]

27 These treaties are very similar to each other. They contain sporadic rules on direct jurisdiction (defenda4nt's forum, choice of court, *forum delicti*, etc.) while internal rules on jurisdiction may continue to apply, which makes them "mixed conventions". They all prescribe a traditional *exequatur* pro-

[36] With the exception of Turkmenistan, all States which had signed and ratified the original Convention, plus Azerbaijan and Georgia, also signed the Protocol of 1997.
[37] In commercial cases, the Convention confers exclusive jurisdiction to hear cases concerning rights *in rem* in immovables upon courts of the State in which the immovable is situated. Exclusive jurisdiction to hear disputes arising out of contracts for carriage of goods, passengers and luggage is conferred upon courts of the State in which the contractor company has its seat (Article 20, paragraph 3). Parts II-V of Section II concern divorce and other similar matters.
[38] Article 53.

[39] See T. Neshataeva, *Inostrannyje predprinimateli v Rossii. Sudebno-arbitražnaja praktika* (Foreign entrepreneurs in Russia. Jurisprudence of commercial courts), Moscow 1998, p. 93; N. Marysheva, in: N. Marysheva (ed.), *Meždunarodnoje častnoje pravo* (Private international law), Moscow 2000, p. 491. Article 1, paragraph 2 of the Moscow Treaty provides explicitly that the provisions of the Minsk Convention are to be applied in cases not regulated by the Moscow Treaty or the Kiev Treaty.
[40] According to M. Boguslawskij, Ukraine has a bilateral legal aid treaty with Moldova, Armenia and Azerbaijan; and Turkmenistan has a bilateral legal aid treaty with Georgia, Kazakhstan and Uzbekistan, respectively (see M. Boguslawskij, *Internationales Zivilprozessrecht in den GUS-Staaten*, in: M. Boguslawskij / A. Trunk (eds.), *Reform des Zivil- und Wirtschaftsprozessrechts in den Mitgliedstaaten der GUS. Die Beiträge zur Tagung in Kiel, 15.-20. Oktober 2000*, Bielefeld 2004, pp. 19, 21.
[41] Treaty between the Russian Federation and the Republic of Azerbaijan on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters of 22 December 1992, *Sobranije Zakonodatelstva Rossijskoj Federacii* (Federal Law Gazette of the Russian Federation) of 1 May 1995, Issue 18, Article 1598. The Treaty entered into force on 20 January 1995.
[42] Treaty between the Russian Federation and Republic of Georgia on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters of 15 September 1995, *Vestnik Vyssego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii* (Bulletin of the Highest Arbitral Court of the Russian Federation), Special Annex to Issue 3/1999, p. 129. The treaty is not in force yet.
[43] Treaty between the Russian Federation and Republic of Kyrgyzstan on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters of 14 September 1992, *Bjulleten' meždunarodnyh dogovorov* (Bulletin of International Treaties), Issue 3/1995, p. 16. The treaty entered into force on 25 February 1994.
[44] Treaty between the Russian Federation and Republic of Moldova on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters of 25 February 1993, *Sobranije Zakonodatelstva Rossijskoj Federacii* (Russian Federal Law Gazette) of 15 May 1995, Issue 20, Article 1766. The Treaty entered into force on 26 January 1995.

Judgments Project and CIS States

finitifs en matière civile et familiale». Les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution figurant à l'article 56 de chaque traité sont les mêmes :

« Article 56

La reconnaissance et l'exécution d'un jugement peut être refusée si :

1 Le débiteur poursuivi ou le créancier saisissant n'a pas participé à la procédure en raison de l'absence de délivrance de la convocation en bonne et due forme et dans le délai prescrit à lui-même ou son représentant ;

2 Un tribunal de l'État requis a déjà rendu un jugement ayant l'autorité de la chose jugée dans une affaire entre les mêmes parties et concernant le même objet ou si la procédure dans cette affaire a déjà été entamée dans cet État contractant ;

3 Conformément aux dispositions du présent Traité ou à la législation nationale de l'État requis, ses tribunaux ont une compétence exclusive. »

28 Aucun des traités bilatéraux d'entraide judiciaire ne comporte de disposition sur la relation avec d'autres instruments. Cependant, le Traité de Kiev prévaut dans les affaires entre professionnels à titre de *lex specialis* dans les rapports entre États parties aux deux traités.

VI. CONCLUSION

29 Il existe un chevauchement entre les instruments internationaux en vigueur entre les États membres de la C.E.I. et l'avant-projet de Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for, aux stades tant de la compétence que de la reconnaissance et de l'exécution.

30 Au stade de la compétence, c'est le cas du Traité de Kiev, du Traité de Moscou et du Traité bilatéral entre la Fédération de Russie et le Bélarus, du fait de leur mention des règles de compétence figurant à l'article 4 du Traité de Kiev, ainsi que du Traité de Minsk et des traités bilatéraux respectifs entre la Fédération de Russie et l'Azerbaïdjan, la Géorgie, le Kirghizistan et la Moldavie.

31 Au stade de la reconnaissance et de l'exécution, il existe également un chevauchement entre l'avant-projet de Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for d'une part et tous les autres traités mentionnés ci-dessus d'autre part.

32 L'application de l'un des traités examinés dans la présente note ou de la future Convention de La Haye pourra donner lieu à des résultats différents. La question de savoir s'ils seront non seulement différents mais impossibles à concilier, et donc nécessiteront une règle particulière, dépendra du cas d'espèce.

33 À l'exception de la Convention de Minsk (art. 82), aucun des instruments de la C.E.I. ne comporte de clause sur la relation avec d'autres instruments, et celle-ci n'est pas claire quant à son application aux instruments futurs. Le chevauchement peut être résolu en insérant une « clause de déconnexion » dans la Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for. À défaut, ses rapports avec les traités de la C.E.I. existants seront régis par les principes généraux du droit international des traités[45], si l'un des États membres de la C.E.I. souhaitait devenir Partie à la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for.

[45] Sur ces principes, voir A. Schulz, *supra, op. cit.*, note 4. En résumé, ces principes accordent la primauté à la *lex posterior* et la *lex specialis* lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité ultérieur. Lorsque ce n'est pas le cas, il faut examiner si le traité antérieur permet expressément la primauté d'un traité plus récent en l'espèce, ou, à défaut d'une telle règle, si l'application du traité ultérieur dans les rapports entre un État partie aux deux et un État partie au traité ultérieur (ou un autre État partie aux deux) serait susceptible de porter atteinte aux droits d'un État partie au seul traité antérieur, ou serait par ailleurs incompatible avec l'objet de ce traité.

cedure for "final judgments in civil and family matters". The grounds for refusal of recognition and enforcement contained in Article 56 of each treaty are the same:

"Article 56

Recognition and enforcement of a judgment may be refused if:

(1) the enforcement debtor or enforcement creditor did not participate in the proceedings as a result of the fact that he or his representative was not served with the summons in appropriate time and order;

(2) a court of the State addressed had earlier rendered a judgment which has the effect of res judicata in a case between the same parties and concerning the same subject matter or if proceedings in this case were earlier initiated in this Contracting State;

(3) according to this Treaty or to the national legislation of the State addressed its courts have exclusive jurisdiction."

28 None of the bilateral legal aid treaties contains a provision on the relationship with other instruments. Yet, the Kiev Treaty prevails in B2B cases as *lex specialis* in relations between the States that are party to both treaties.

VI. CONCLUSION

29 There is an overlap between international instruments, which are in force between the CIS Member States, and the preliminary draft Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, both at the jurisdiction and recognition and enforcement stage.

30 At the jurisdiction stage, this is true for the Kiev Treaty, the Moscow Treaty and the bilateral treaty between the Russian Federation and Belarus by way of their reference to the jurisdiction rules contained in Article 4 of the Kiev Treaty, as well as for the Minsk Convention and the bilateral treaties between the Russian Federation and Azerbaijan, Georgia, Kyrgyzstan and Moldova, respectively.

31 At the stage of recognition and enforcement, there is equally an overlap between the preliminary draft Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements on the one hand and all the treaties just mentioned.

32 The application of either one of the treaties discussed in this paper or of the future Hague Convention may lead to different results. Whether they would be not just different but irreconcilable, and therefore require a specific rule, will depend on the particular case.

33 Except for the Minsk Convention (Article 82), none of the CIS instruments contains a clause on the relationship with other instruments, and the latter is unclear as to whether it also relates to future instruments. The overlap can be resolved by inserting a "disconnection clause" into the Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. Otherwise its relationship with the existing CIS Treaties will be governed by the general principles of international treaty law,[45] should any of the CIS Member States wish to become a party to the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements.

[45] On these principles, see A. Schulz, "The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments", Preliminary Document No 24 of December 2003. To sum up, these principles lead to precedence of *lex posterior* and *lex specialis* where all parties to the earlier treaty are also parties to the later treaty. Where this is not the case, it has to be examined whether the earlier treaty explicitly permits precedence of a more recent treaty in such cases, or, in the absence of such a rule, whether the application of the later treaty in relations between a State Party to both treaties and a State Party to the later treaty (or another State Party to both treaties) could infringe any rights of a State Party to the earlier treaty only, or would otherwise be incompatible with the purpose of that treaty.

Judgments Project and CIS States

ANNEXES

Convention relative aux modalités de règlement des litiges liés à l'exercice d'une activité économique (Kiev, 20 mars 1992)

Les États membres de la Communauté des États Indépendants (C.E.I.),
Accordant la plus haute importance au développement de la collaboration en matière de règlement des litiges liés à l'exercice d'une activité économique opposant des sujets situés dans les différents États de la C.E.I.,
Attendu la nécessité de garantir que tous les agents économiques disposent des mêmes possibilités pour défendre leurs droits et intérêts légaux;
Sont convenus de ce qui suit:

Article premier

La présente Convention régit les questions relatives au jugement des affaires découlant des relations contractuelles et autres relations juridiques civiles entre agents économiques et des rapports de ces derniers avec les organismes d'État et autres organismes; elle régit également l'exécution des décisions y afférentes.

Article 2

Aux fins de la présente Convention, le terme «agents économiques» désigne les entreprises, les groupements d'entreprises, toutes autres organisations, quelle que soit leur forme juridique, les personnes physiques ayant le statut de chef d'entreprise conformément à la législation en vigueur sur le territoire des États de la C.E.I. et les groupements de personnes physiques ayant ledit statut.

Article 3

Les agents économiques de chaque État de la C.E.I. bénéficient dans tous les États de la C.E.I. de la même protection juridique et juridictionnelle que les agents économiques de l'État concerné en matière de droits patrimoniaux et d'intérêts légaux.

Les agents économiques de chaque État de la C.E.I. ont la faculté de s'adresser librement, sur le territoire des autres États de la C.E.I., aux tribunaux, aux tribunaux arbitraux (tribunaux économiques), aux juridictions arbitrales et autres autorités de la compétence desquels relève le jugement des affaires visées à l'article 1 de la présente Convention (ci-après dénommés les «tribunaux compétents»); ils peuvent y comparaître, y déposer des demandes, y introduire des actions et y effectuer tous autres actes de procédure.

Article 4

1 Le tribunal compétent d'un État de la C.E.I. a la faculté d'examiner les litiges visés à l'article 1 de la présente Convention dans les cas suivants:

a) le domicile permanent ou le siège social du défendeur était situé sur le territoire de l'État de la C.E.I. concerné à la date d'introduction de l'action.

Si l'affaire concerne plusieurs défendeurs situés sur le territoire de différents États de la C.E.I., le litige sera examiné dans l'État sur le territoire duquel est situé le domicile ou le siège social du défendeur choisi par le demandeur;

b) l'entreprise ou une filiale du défendeur exerce une activité commerciale, industrielle ou toute autre activité économique sur le territoire de l'État concerné;

c) l'obligation contractuelle objet du litige a été ou doit être acquittée en tout ou partie sur le territoire de l'État concerné;

d) l'acte ou autre circonstance dont découle la demande de réparation a eu lieu sur le territoire de l'État concerné;

e) le domicile permanent ou le siège social du demandeur, dans une action pour la défense de sa réputation professionnelle, est situé sur le territoire de l'État concerné;

f) le fournisseur, contractant ou prestataire (exécutant) est situé sur le territoire de l'État concerné et le litige se rapporte à la conclusion, à la modification ou à la résiliation d'un contrat.

2 Les tribunaux compétents des États de la C.E.I. peuvent examiner des affaires dans d'autres cas, si les parties ont donné leur consentement écrit au renvoi, auquel cas le tribunal de l'État concerné se dessaisit de l'affaire sur notification du défendeur, sous réserve que la notification soit remise avant qu'une décision ne soit rendue.

3 Les tribunaux de l'État de la C.E.I. sur le territoire duquel sont situés les biens immobiliers concernés ont compétence exclusive pour connaître des actions relatives au droit de propriété afférent aux dits biens introduites par des agents économiques.

4 Les tribunaux de l'État de la C.E.I. sur le territoire duquel est situé l'organisme concerné ont compétence exclusive pour connaître des affaires relatives à l'invalidité totale ou partielle des actes des organismes d'État et autres organismes, ainsi que des affaires relatives à la réparation de préjudices subis par des agents économiques du fait desdits actes ou découlant d'un manquement desdits organismes à leurs obligations envers des agents économiques.

La compétence exclusive des tribunaux établie aux alinéas 3 et 4 ci-dessus ne peut être modifiée sur accord des parties.

5 Toute demande reconventionnelle ou créance en compensation découlant du même rapport juridique que l'action principale doit être examinée par le tribunal ayant examiné l'action principale.

Article 5

Les tribunaux et autres organismes compétents des États de la C.E.I. s'engagent à s'apporter une assistance judiciaire réciproque.

L'exercice de l'entraide judiciaire inclut la remise et l'envoi de documents et l'accomplissement d'actes de procédure, notamment d'expertises et d'auditions des parties, témoins, experts et autres personnes.

Projet sur les jugements et instruments régionaux

ANNEXES

Treaty Concerning the Modalities of the Settlement of Disputes Related to the Exercise of Commercial Activity (Kiev, 20 March 1992)

The Governments of the Member States of the Commonwealth of Independent States,
attaching great importance to the development of co-operation in the sphere of settlement of commercial disputes between actors which are located in different CIS Member States,
based on necessity of providing equal opportunities for protection of rights and legitimate interests among all commercial actors, have agreed on the following:

Article 1

This Treaty regulates matters of hearing cases originating out of contractual and other civil relations between commercial actors and their relations with state authorities and other authorities, as well as enforcement of judgments concerned.

Article 2

For the purposes of this Treaty "commercial actors" mean enterprises, their associations, organizations of any legal form, as well as individuals who have the status of entrepreneur according to the laws of the CIS Member States and their associations.

Article 3

Commercial actors of every CIS Member State shall on the territories of other CIS Member States enjoy legal and judicial protection of their property rights and legitimate interests equally to commercial actors of this State.

Commercial actors of each CIS Member State shall have the right to turn freely to courts, commercial courts, arbitral tribunals and other authorities which are competent to hear cases mentioned in Article 1 (hereinafter – "competent courts"), to plead, to bring forward motions, to file claims and to perform other procedural acts on the territories of other CIS Member States.

Article 4

(1) The competent court of the CIS Member State may hear cases mentioned in Article 1 if:

a) the defendant had his permanent residence or seat on the territory of this CIS Member State on the day when the action was brought against him.

If there are multiple defendants who are situated in different CIS Member States, then the case can be heard upon the plaintiff's choice before the court of the State where any of them is situated;

b) the defendant's enterprise or a branch carries out commercial, industrial or any other economic activity on the territory of the State concerned;

c) the contractual obligation which is the subject of the dispute was performed or has to be performed in whole or in part on the territory of the State concerned;

d) the act or another circumstance which gave rise to the claim for damages took place on the territory of the State concerned;

e) the plaintiff who claims harm of his professional reputation has his permanent residence or seat on the territory of the State concerned;

f) the supplier, contractor or provider of services is situated on the territory of the State concerned and the dispute concerns the conclusion, alteration or termination of a contract.

(2) Competent courts of the CIS Member States can also hear cases if there is a written agreement between the parties on submitting the dispute to this court. If there is such an agreement, the court of another CIS Member State shall dismiss the proceedings upon the defendant's request, provided that such request is made before the judgment has been rendered.

(3) Exclusive jurisdiction for claims of commercial actors concerning property rights in immovables is vested in the court of the CIS Member State where the immovable is situated.

(4) Exclusive jurisdiction for claims challenging non-normative acts of state authorities and other authorities in whole or in part is vested in the court of the place where the authority is situated. The same rule applies to claims brought by commercial actors for damages caused by such acts or by the mentioned authorities' inappropriate performance of obligations towards commercial actors.

The parties may not alter the jurisdiction laid down in paragraphs 3 and 4 through an agreement.

(5) The court which has jurisdiction to determine a claim shall also determine a counterclaim and a set-off claim arising out of the same legal transaction on which the original claim is based.

Article 5

Competent courts and other authorities of the CIS Member States shall mutually grant legal aid.

Mutual legal aid includes handing-in and mailing documents and performing other steps in the proceedings, such as conducting expertise and hearing the parties, witnesses, experts and other persons.

Les tribunaux et autres organismes compétents des États de la C.E.I. entretiennent des relations directes en matière d'entraide judiciaire.

Les tribunaux et autres organismes compétents requis appliquent leur législation nationale pour exécuter une commission relative à l'exercice de l'entraide judiciaire.

Tout document joint à une demande d'exercice de l'entraide judiciaire ou d'exécution de décisions doit être établi dans la langue de l'État requérant ou en russe.

Article 6

Les documents délivrés ou légalisés en bonne et due forme sur le territoire d'un État de la C.E.I. par un organisme ou une personne mandatée à cet effet dans les limites de ses compétences et revêtus d'un cachet officiel seront acceptés sur le territoire des autres États de la C.E.I. sans autre certification.

Les documents considérés comme officiels sur le territoire d'un État de la C.E.I. donné en auront la force probante dans les autres États de la C.E.I.

Article 7

Les États de la C.E.I. reconnaissent et exécutent réciproquement les décisions ayant la force de la chose jugée rendues par leurs tribunaux compétents.

Les décisions rendues par les tribunaux compétents d'un État de la C.E.I. seront exécutées sur le territoire des autres États de la C.E.I.

Les décisions rendues par les tribunaux compétents d'un État de la C.E.I. donné relatives à la saisie des biens du défendeur seront exécutées sur le territoire de l'État de la C.E.I. concerné par les organismes désignés par le tribunal ou par la législation dudit État.

Article 8

La mise à exécution d'une décision intervient sur demande de la partie intéressée.

Toute demande doit être accompagnée :

– obligatoirement d'une copie certifiée de la décision dont l'exécution forcée est demandée ;

– d'un document officiel établissant que la décision a acquis la force de la chose jugée, si le texte de la décision ne l'énonce pas explicitement ;

– d'un justificatif de notification de la procédure à la partie adverse ;

– du titre exécutoire.

Article 9

La mise à exécution d'une décision peut être refusée sur demande de la partie à l'encontre de laquelle elle a été rendue, sous réserve que ladite partie présente au tribunal compétent du lieu où la mise à exécution est prévue des justificatifs établissant que :

a) une décision ayant la force de la chose jugée a déjà été rendue par un tribunal de l'État de la C.E.I. requis dans une affaire entre les mêmes parties, concernant le même objet et pour les mêmes motifs ;

b) une décision rendue par le tribunal compétent d'un troisième État de la C.E.I. ou d'un État tiers dans une affaire entre les mêmes parties, concernant le même objet et pour les mêmes motifs a déjà été reconnue ;

c) le litige a été tranché par un tribunal non compétent au titre de la présente Convention ;

d) la procédure n'a pas été notifiée à la partie adverse ;

e) le délai de prescription de trois ans applicable à la présentation d'une décision à des fins d'exécution forcée est écoulé.

Article 10

Les organes judiciaires suprêmes des États de la C.E.I. règlent les différends découlant de la mise à exécution des décisions des tribunaux compétents.

Article 11

La législation civile d'un État de la C.E.I. donné s'applique sur le territoire d'un autre État de la C.E.I. conformément aux règles suivantes :

a) La capacité civile et la capacité d'exercice des personnes morales et chefs d'entreprise sont régies par la législation de l'État de la C.E.I. sur le territoire de constitution de la personne morale concernée ou d'immatriculation du chef d'entreprise concerné ;

b) La législation du lieu où sont situés les biens concernés s'applique aux rapports découlant du droit de propriété. Le droit de propriété afférent à du matériel roulant soumis à immatriculation est régi par la législation de l'État dans lequel le matériel roulant concerné est immatriculé ;

c) La création et l'extinction du droit de propriété ou autre droit réel afférent à des biens sont régies par la législation de l'État sur le territoire duquel lesdits biens étaient situés à la date de survenance de l'acte ou autre obligation dont découle la création ou l'extinction dudit droit.

La création et l'extinction du droit de propriété ou autre droit réel afférent à des biens faisant l'objet d'une transaction sont régies par la législation du lieu de conclusion de la transaction, sauf convention contraire entre les parties ;

d) la forme de l'acte est régie par la législation du lieu de la transaction. La forme des actes relatifs à des bâtiments, à d'autres biens immobiliers et aux droits y afférents est régie par la législation du lieu où sont situés lesdits biens ;

e) la forme et la durée de validité d'une procuration sont régies par la législation de l'État sur le territoire duquel la procuration est donnée ;

Projet sur les jugements et instruments régionaux

When granting legal aid competent courts and other authorities of the CIS Member States communicate with each other directly.

When granting legal aid applications competent courts and other authorities addressed shall apply their national laws.

When applying for legal aid and enforcement of judgments, the enclosed documents shall be composed in the language of the applying State or in Russian.

Article 6

Documents that are issued or authorized by an organ or a specially entrusted person within their competence and that comply with the established form and are officially sealed on the territory of one CIS Member State shall be accepted on the territories of other CIS Member States without any special authorization.

Documents that are treated as official documents on the territory of one CIS Member State shall have evidential value of official documents on the territories of other CIS Member States.

Article 7

The CIS Member States mutually recognise and enforce judgments of competent courts which have the effect of *res judicata*.

Judgments rendered by competent courts of one CIS Member State shall be enforced on the territories of other CIS Member States.

Judgments rendered by a competent court of one CIS Member State which provide for execution to be levied upon the debtor's property shall be enforced on the territory of another CIS Member State by authorities appointed by a court or determined in accordance with the laws of this State.

Article 8

A judgment is to be enforced upon request of the interested party.

With the request are to be enclosed:

– obligatorily, a properly certified copy of the judgment to be enforced;

– an official document confirming that the judgment has the effect of *res judicata*, if it is not apparent from the text of the judgment;

– evidence that the debtor was served with the summons;

– the enforcement document.

Article 9

Enforcement of a judgment may be refused upon request of the party against which it is directed only if this party delivers to the competent court in the State where enforcement is being sought evidence of the following:

a) a court of the State addressed had earlier rendered a judgment which has the effect of *res judicata* in a case between the same parties, concerning the same subject matter and on the same grounds;

b) a judgment of a CIS Member State competent court or of a non-CIS Member State court rendered in a dispute between the same parties concerning the same subject matter and on the same grounds, has already been granted recognition;

c) the dispute was solved by a court incompetent according to this Treaty;

d) the other party was not served with the summons;

e) the three-year limitation period for filing the judgment for enforcement has expired.

Article 10

The highest courts of the CIS Member States will settle controversial issues arising in connection with enforcement of judgments of competent courts.

Article 11

Civil legislation of one CIS Member State shall be applied on the territory of another CIS Member State according to the following rules:

a) Legal capacity of legal persons and entrepreneurs is determined by the laws of the CIS Member State on which territory the legal person was established or the entrepreneur was registered;

b) Property legal relations are determined by the laws of the State where the asset is located. Property rights for means of conveyance which are to be registered are determined by the laws of the State where the means of conveyance is registered;

c) Accrual and extinction of property rights and other rights *in rem* is determined by the laws of the State where the asset was located at the moment when the act or another circumstance occurred that caused such accrual or extinction.

Accrual and extinction of property rights and other right *in rem* for an asset which is subject to a legal transaction is determined by the laws of the State where the legal transaction was concluded, unless the parties agreed otherwise;

d) form of the legal transaction is determined by the laws of the State where it was concluded. Form of legal transaction concerning real estate and another immovable property is determined by the laws of the State where the property is located;

e) form and period of the proxy is determined by the laws of the State where the proxy was issued;

f) les droits et obligations des parties à une transaction sont régis par la législation du lieu où la transaction est conclue, sauf convention contraire entre les parties ;

g) les droits et engagements des parties relatifs aux obligations découlant d'un dommage sont régis par la législation de l'État sur le territoire duquel a eu lieu l'acte ou autre circonstance dont découle la demande de réparation correspondante.

Ladite législation ne s'applique pas si l'acte ou autre circonstance dont découle la demande de réparation n'est pas illégal en vertu de la législation du lieu où le litige est examiné ;

h) les questions de prescription des poursuites sont tranchées conformément à la législation régissant les rapports juridiques correspondants.

Article 12

Les organes judiciaires suprêmes et les ministères de la Justice respectifs des États de la C.E.I. se fournissent réciproquement, sur demande de leurs homologues, des informations sur leur législation nationale en vigueur ou antérieure et sur la pratique observée quant à son application.

Article 13

La présente Convention est ouverte à la signature des États de la C.E.I. et sera ratifiée par la suite. Une fois ratifiée par au moins trois États de la C.E.I., la présente Convention entrera en vigueur à compter de la date de consignation du troisième instrument de ratification à l'État dépositaire. En ce qui concerne les États ratifiant ultérieurement la présente Convention, cette dernière entrera en vigueur à compter de la date de consignation de leur instrument de ratification.

Fait à Kiev, le 20 mars 1992, en un exemplaire original dressé en langue russe. L'exemplaire original est consigné dans les archives du Gouvernement de la république de Bélarus, qui en enverra une copie certifiée aux États signataires de la présente Convention.

Convention relative à l'entraide judiciaire et aux relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale (Minsk, 22 janvier 1993, avec les modifications en date du 28 mars 1997)

Les États de la Communauté des États Indépendants signataires de la présente Convention, ci-après dénommés les « États contractants »,

soucieux de garantir que leurs ressortissants et les personnes résidant sur leur territoire bénéficient dans chaque État contractant de la même protection juridique que celle dont bénéficient les ressortissants de l'État contractant concerné en matière de droits personnels et patrimoniaux,

accordant la plus haute importance au développement de la collaboration relative à l'entraide judiciaire en matière civile, familiale et pénale apportée par les organes judiciaires,

sont convenus de ce qui suit :

CHAPITRE PREMIER – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

PARTIE I – PROTECTION JURIDIQUE

Article 1 – Octroi de la protection juridique

1 Les ressortissants d'un État contractant donné et les personnes résidant sur son territoire bénéficient dans chaque État contractant de la même protection juridique que celle dont bénéficient les ressortissants de l'État contractant concerné en matière de droits personnels et patrimoniaux.

2 Les ressortissants d'un État contractant donné et les personnes résidant sur son territoire ont la faculté de s'adresser librement, dans chaque État contractant, aux tribunaux, au parquet, aux autorités compétentes en matière d'affaires intérieures et aux autres organes compétents en matière civile, familiale et pénale (ci-après dénommés les « organes judiciaires ») ; ils peuvent y comparaître, y déposer des demandes, y introduire des actions et y effectuer tous autres actes de procédure, dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État contractant concerné.

3 Les dispositions de la présente Convention s'appliquent également aux personnes morales constituées en vertu de la législation des États contractants.

Article 2 – Exonération des frais et dépens

1 Les ressortissants d'un État contractant donné et les personnes résidant sur son territoire sont dispensés de payer et rembourser les frais et dépenses de justice et de notaire et bénéficient d'une assistance judiciaire gratuite dans chaque État contractant, dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État contractant concerné.

2 L'exonération et l'assistance judiciaire visées à l'alinéa 1 du présent article s'étendent à tous les actes de procédure relatifs à une action en justice, y compris à l'exécution de la décision.

Article 3 Présentation d'un justificatif relatif à la situation familiale et patrimoniale

1 L'exonération et l'assistance judiciaire visées à l'article 2 sont accordées sur la base d'un justificatif relatif à la situation familiale et patrimoniale de la personne en faisant la demande. Ledit justificatif est délivré par l'autorité compétente de l'État contractant sur le territoire duquel est situé le domicile ou la résidence du demandeur.

2 Pour le cas où le demandeur n'aurait ni de domicile ni de résidence sur le territoire d'un État contractant, il lui suffit de présenter un justificatif délivré par la représentation diplomatique ou le service consulaire de l'État contractant dont il est ressortissant.

3 L'autorité statuant sur la demande peut exiger des renseignements complémentaires auprès de celle ayant délivré le justificatif.

PARTIE II – ENTRAIDE JUDICIAIRE

Article 4 – Exercice de l'entraide judiciaire

1 Les organes judiciaires des États contractants exercent une entraide judiciaire en matière civile, familiale

f) rights and duties of the parties of a legal transaction are determined by the laws of the State where it was concluded, unless the parties agreed otherwise;

g) rights and duties of the parties of obligations resulting from torts are determined by the laws of the State where the act or another circumstance which gave rise to the claim for damages took place;

These laws should not be applied if the act or another circumstance which gave rise to the claim for damages is not unlawful according to the laws of the State of litigation;

h) questions of limitation period are to be solved according to the laws of the State that are to be applied to corresponding relation.

Article 12

The Highest Courts and the Ministries of Justice of the CIS Member States shall upon request of corresponding organs of another State deliver information on laws which are in force or were in force in their States as well as on its application practice.

Article 13

This Treaty is open to signing by CIS Member States and requires ratification. It will enter into force after its ratification by at least three CIS Member States on the date of depositing the third instrument of ratification to the depositary State. For States which will ratify the Treaty later on, it will enter into force on the date of depositing their instruments of ratification.

Drawn up in the city of Kiev on 20 March 1992 in the original in Russian. The Original is kept in the Archive of the Government of the Republic of Belarus that will direct authorized copies of it to the States signatories of this Treaty.

Convention on legal assistance and legal relations in civil, family, and criminal matters (Minsk, 22 January 1993, as amended on 28 March 1997)

The member nations of the Commonwealth of Independent States participating in this Convention and hereinafter referred to as the "Contracting States",

Desirous of assuring their nationals and the other persons resident on their territories of the same degree of legal protection for their personal and proprietary rights in each of the Contracting States as is accorded to their own nationals; and

Considering it highly significant to develop co-operation between their judicial authorities in extending mutual legal assistance in civil, family, and criminal matters,

Hereby agree as follows:

SECTION I – GENERAL PROVISIONS

PART I – LEGAL PROTECTION

Article 1 – Grant of Legal Protection

1 The nationals of each Contracting State and the other persons resident on its territory shall be entitled in all the other Contracting States to the same degree of legal protection for their personal and proprietary rights as is accorded to its own nationals.

2 The nationals of each Contracting State and the other persons resident on its territory shall have the right of free and unimpeded recourse to the courts, public prosecutors' offices, police, and other institutions of the other Contracting States that have jurisdiction over civil, family, and criminal matters (hereinafter, the "judicial authorities"), and shall be entitled to apply thereto, submit petitions, file claims, and perform other procedural acts on the same conditions with its own nationals.

3 This Convention shall also be applicable to the legal entities organized under the laws of any of the Contracting States.

Article 2 – Exemption From Duties and Reimbursement for Expenses

1 The nationals of each Contracting State and the other persons resident on its territory shall be exempted from any payment of, and from any reimbursement for, any judicial and notarial fees and expenses, and shall enjoy free legal assistance on the same conditions with its own nationals.

2 The privileges granted by paragraph 1 of the present Article shall extend to all of the procedural acts performed in a particular matter, including, but not limited to, the enforcement of a judgment.

Article 3 – Issue of Documents Evidencing Marital and Property Status

1 The privileges granted by Article 2 above shall be available on the basis of a document evidencing the marital and property status of the person initiating a petition. Such document shall be issued by a competent authority of the Contracting State where the petitioner is domiciled or resident.

2 If the petitioner is not domiciled or resident in any Contracting State, it may present a document issued by an appropriate diplomatic mission or consular office of that Contracting State of which it is a national.

3 The authority deciding on a petition for the above privileges may request additional data or necessary clarifications from the authority which has issued the said document.

PART II – LEGAL ASSISTANCE

Article 4 – Extension of Legal Assistance

1 The judicial authorities of the Contracting States shall extend legal assistance in civil, family, and criminal mat-

et pénale, conformément aux dispositions de la présente Convention.

2 Les organes judiciaires apportent également une assistance judiciaire à d'autres institutions, tel qu'exposé à l'alinéa 1 du présent article.

Article 5 – Procédure de communication

Aux fins d'appliquer la présente Convention, les organes judiciaires compétents des États contractants communiquent entre eux par l'intermédiaire de leurs autorités centrales, territoriales et autres, sauf disposition contraire de la présente Convention. Les États contractants définissent quelles sont les autorités centrales, territoriales et autres habilitées à entretenir des communications directes et en informent le dépositaire de la présente Convention.

Article 6 – Étendue de l'entraide judiciaire

Les États contractants s'apportent mutuellement une assistance judiciaire en effectuant les actes de procédure et autres actes prévus par la législation de l'État contractant requis, notamment: établissement et envoi de documents; inspections, fouilles et perquisitions; saisies; remise de pièces à conviction; expertises; interrogatoire de parties, de tiers, de suspects, d'inculpés, de victimes, de témoins, d'experts; recherche de personnes; exercice de poursuites pénales; extradition de personnes aux fins d'engager des poursuites pénales à leur encontre ou de mettre à exécution des jugements; reconnaissance et exécution de décisions de justice en matière civile, de condamnations prononcées à la suite de l'exercice d'une action civile devant la juridiction pénale et de formules exécutoires; l'entraide judiciaire se manifeste également sous la forme de remise de documents.

Article 7 – Contenu et forme des commissions relatives à l'exercice de l'entraide judiciaire

1 Toute commission relative à l'exercice de l'entraide judiciaire doit contenir les éléments suivants:

a) nom de l'organe judiciaire requis;

b) nom de l'organe judiciaire requérant;

c) référence de l'affaire pour laquelle l'entraide judiciaire est demandée;

d) nom et prénom des parties, des témoins, des suspects, des inculpés, des accusés, des condamnés ou des victimes; domicile et résidence, nationalité, profession; dans les affaires pénales, date et lieu de naissance et, si possible, nom et prénom des parents; pour les personnes morales, dénomination, adresse juridique et/ou adresse du siège social;

e) le cas échéant, nom, prénom et adresse des représentants des personnes visées au point *d)* ci-dessus;

f) objet de la commission et autres renseignements nécessaires à son exécution;

g) dans les affaires pénales, description et qualification de l'infraction et renseignements sur l'étendue du préjudice éventuel en découlant.

2 Toute commission relative à la remise de documents doit également contenir l'adresse exacte du destinataire et le nom du document remis.

3 La commission doit être signée et cachetée par l'organe judiciaire requérant.

Article 8 – Modalités d'exécution

1 L'organe judiciaire requis applique sa législation nationale pour exécuter la commission relative à l'exercice de l'entraide judiciaire. Sur demande de l'organe judiciaire requérant, il peut également appliquer les règles de procédure de l'État contractant requérant, sous réserve qu'elles ne soient pas en conflit avec la législation de l'État contractant requis.

2 Si l'organe judiciaire requis n'est pas compétent pour exécuter la commission, il la transmet à l'organe judiciaire compétent et en informe l'organe judiciaire requérant.

3 Sur demande de l'organe judiciaire requérant, l'organe judiciaire requis communique en temps utile à l'organe judiciaire requérant et aux intéressés la date et le lieu d'exécution de la commission, pour que ces derniers puissent être présents lors de l'exécution de la commission, conformément à la législation de l'État contractant requis.

4 Dans le cas où l'adresse exacte de la personne faisant l'objet de la commission n'est pas connue, l'organe judiciaire requis prend les mesures nécessaires pour établir ladite adresse, conformément à la législation de l'État contractant sur le territoire duquel il est situé.

5 Après avoir exécuté la commission, l'organe judiciaire requis restitue les documents à l'organe judiciaire requérant. Dans le cas où l'assistance judiciaire n'a pas pu être apportée, il restitue les documents à l'organe judiciaire requérant tout en l'informant des circonstances ayant empêché l'exécution de la commission.

Article 9 – Convocation de témoins, de victimes, de parties civiles, de personnes civilement responsables, de leurs représentants, d'experts

1 Nonobstant leur nationalité, les témoins, victimes, parties civiles, personnes civilement responsables et leurs représentants, ainsi que les experts qui, sur convocation remise par l'organe judiciaire de l'État contractant requis, comparaissent devant un organe judiciaire de l'État contractant requérant, ne peuvent faire l'objet de poursuites administratives ou pénales sur son territoire, être incarcérés ni frappés d'une quelconque peine pour des faits antérieurs à leur entrée sur le territoire dudit État. Lesdites personnes ne peuvent pas non plus être poursuivies, incarcérées ni frappées d'une peine en rapport avec leurs dépositions ou leurs conclusions d'expert dans le cadre d'une affaire pénale en instance.

2 Les personnes visées à l'alinéa 1 du présent article perdent le bénéfice de l'immunité ci-dessus si elles ne quittent pas le territoire de l'État contractant requérant, alors qu'elles en avaient la possibilité, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organe judiciaire les ayant entendues les aura informées que leur présence n'est plus requise. Ce délai ne tient pas compte de la période pendant laquelle lesdites personnes n'auront pas pu quitter le territoire

Projet sur les jugements et instruments régionaux

ters in accordance with the relevant provisions of the present Convention.

2 The judicial authorities of the Contracting States shall also grant legal assistance to other institutions in those matters specified in paragraph 1 of the present Article.

Article 5 – Liaison Procedure

When acting pursuant to this Convention, the competent judicial authorities of the Contracting States shall communicate with one another through their central, regional, and other agencies, unless a different liaison procedure is prescribed hereunder. The Contracting States shall determine lists of their central, regional, and other agencies duly empowered to maintain direct contacts by notice to the depositary.

Article 6 – Scope of Legal Assistance

The Contracting States shall provide one another with legal assistance by performing such procedural and other acts as are stipulated by the legislation of the Contracting State requested to take such measures, including, but not limited to, the execution and sending of documents, the conduct of inspections and searches, the recovery and delivery of physical evidence, the performance of expert examinations, the interrogation of parties to the proceedings, third parties, suspects, indictees, victims, witnesses, and experts, efforts to track down certain individuals, criminal prosecution, the extradition of persons to be held criminally liable or face that punishment already fixed for them in appropriate sentences, the recognition and enforcement of judgments in civil matters, verdicts on civil claims, and executive endorsements, and the service of process.

Article 7 – Contents and Form of Letters of Request for Legal Assistance

1 A letter of request for legal assistance shall:

a) identify the authority whose assistance is sought;

b) identify the authority seeking such assistance;

c) specify the case regarding which the legal assistance is sought;

d) indicate the first names, surnames, domiciles or residence addresses, nationalities, and occupations of the parties to the proceedings, witnesses, suspects, indictees, respondents, convicts, or victims, as well as, in criminal matters, their places and dates of birth and, if possible, the first names and surnames of their parents or, for legal entities, their names and registered and/or actual addresses;

e) if those parties listed in paragraph *d)* above have any representatives, indicate the latter's first names, surnames, and addresses;

f) describe the nature of the request and provide such other data as may be necessary for its satisfaction; and

g) in criminal matters, also describe and classify the misdeed in question and report the extent of the resulting damage, if any.

2 Such letter requesting the service of process shall also indicate the recipient's precise address and the heading of the document to be delivered.

3 A letter of request shall be signed and evidenced by an official seal of the authority seeking assistance.

Article 8 – Performance Procedure

1 When acting upon a letter of request, the authority addressed shall apply the legislation of its own country. If petitioned by the authority seeking assistance, it may also apply the procedural rules of the Contracting State where the latter is based, unless such rules are inconsistent with the legislation of the Contracting State where such assistance is sought.

2 If the authority addressed is not competent to satisfy the request submitted, it shall pass it onto a competent authority and shall notify the authority requesting assistance accordingly.

3 If petitioned by the authority seeking assistance, the authority addressed shall notify the latter and the other parties concerned of the time and place of the request's fulfilment so that they should be able to attend its satisfaction in accordance with the legislation of the Contracting State where such assistance is sought.

4 Where the precise address of the person identified in a letter of request is unknown, the authority addressed shall take the measures necessary to ascertain such address in accordance with the legislation of the Contracting State where such authority is based.

5 After completing action on a letter of request, the authority addressed shall return the corresponding documents to the authority which applied for such assistance; where the legal assistance sought cannot be provided as requested, the authority addressed shall also report those circumstances that prevent such performance and shall return the corresponding documents to the authority seeking that assistance.

Article 9 – Summons of Witnesses, Victims, Civil Claimants, Civil Respondents, Their Representatives, and Experts

1 Regardless of their nationality, no witness, victim, civil claimant, civil respondent, their representative, or expert reporting to a judicial authority of the Contracting State seeking assistance on the basis of a summons served upon such person by an authority of the Contracting State addressed may be held criminally or administratively liable, detained, or punished in the Contracting State seeking their assistance for any act committed before crossing the state border. Nor may any such person be held liable, detained, or punished in connection with their witness testimony or expert opinion offered in connection with the criminal matter in controversy.

2 Those persons specified in paragraph 1 of the present Article shall forfeit the guarantee granted therein if they fail, despite being able to do so, to leave the Contracting State that sought assistance within 15 days from the date on which the interrogating judicial authority advised them of having no longer any need for their presence. Such period shall be exclusive of the time during which the said persons are unable

de l'État contractant requérant pour des raisons indépendantes de leur volonté.

3 Les témoins et experts, ainsi que les victimes et leurs représentants légaux, sont indemnisés par l'État contractant requérant à hauteur des dépenses engagées pour le voyage et le séjour sur le territoire de l'État contractant requérant et de la perte de salaire correspondante ; les experts sont également en droit d'être rémunérés pour leur expertise. Toute convocation doit mentionner les paiements que les personnes convoquées sont en droit de recevoir ; sur demande de ces dernières, l'organe judiciaire de l'État contractant requérant verse une avance destinée à couvrir les dépenses correspondantes.

4 Une convocation devant un organe judiciaire d'un État contractant donné adressée à des personnes visées à l'alinéa 1 du présent article domiciliées sur le territoire d'un autre État contractant ne doit contenir aucune menace de coercition en cas de non-comparution.

Article 10 – Commission relative à la remise de documents

1 Les documents sont remis par l'organe judiciaire requis conformément aux modalités en vigueur dans l'État contractant sur le territoire duquel il est situé, dans le cas où les documents remis sont rédigés en langue nationale ou en russe ou sont accompagnés d'une traduction certifiée dans l'une de ces langues. Dans le cas contraire, les documents sont remis au destinataire si ce dernier consent à les accepter de plein gré.

2 Dans le cas où les documents ne peuvent être remis à l'adresse indiquée dans la commission, l'organe judiciaire requis prend à son initiative les mesures nécessaires pour établir l'adresse exacte. S'il s'avère impossible d'établir l'adresse, l'organe judiciaire requis en informe l'organe judiciaire requérant et lui renvoie les documents qui devaient être remis.

Article 11 – Confirmation de la remise de documents

La remise de documents est certifiée par une confirmation signée par la personne à laquelle le document concerné a été remis, cachetée par l'organe judiciaire requis et comportant la date de remise et la signature de l'employé de l'organe judiciaire remettant le document, ou par tout autre document délivré par ledit organe judiciaire, ledit document devant indiquer les méthode, lieu et date de remise.

Article 12 – Pouvoirs des représentations diplomatiques et des services consulaires

1 Les États contractants ont la faculté de remettre des documents à leurs ressortissants par l'intermédiaire de leurs représentations diplomatiques ou de leurs services consulaires.

2 Les États contractants ont la faculté d'interroger leurs propres ressortissants sur commission de leurs autorités compétentes par l'intermédiaire de leurs représentations diplomatiques ou de leurs services consulaires.

3 Aux fins des alinéas 1 et 2 ci-dessus, les États contractants s'interdiront d'employer des moyens coercitifs ou de faire état de menaces à cet effet.

Article 13 – Validité des documents

1 Les documents établis ou légalisés en bonne et due forme sur le territoire d'un État contractant par un organe judiciaire ou une personne mandatée à cet effet dans les limites de ses compétences et revêtus d'un cachet officiel seront acceptés sur le territoire des autres États contractants sans autre certification.

2 Les documents considérés comme officiels dans un État contractant donné en auront la force probante dans les autres États contractants.

Article 14 – Envoi de documents relatifs à l'état civil et autres documents

1 Les États contractants s'engagent à s'envoyer réciproquement, sur demande, sans traduction et gracieusement, des certificats relatifs à l'enregistrement des actes d'état civil, directement par l'intermédiaire des autorités d'enregistrement des actes d'état civil des États contractants, en informant les ressortissants concernés de l'envoi desdits documents.

2 Les États contractants s'engagent à s'envoyer réciproquement, sur demande, sans traduction et gracieusement, des documents relatifs à l'instruction, à l'ancienneté et tous autres documents relatifs aux droits personnels ou patrimoniaux et intérêts de ressortissants de l'État contractant requis et d'autres personnes résidant sur son territoire.

Article 15 – Informations sur des questions de droit

Sur demande, les organes judiciaires centraux des États contractants se fournissent réciproquement des informations sur la législation nationale en vigueur ou antérieure de leur territoire et sur la pratique des organes judiciaires quant à son application.

Article 16 – Recherche d'adresses et d'autres renseignements

1 Sur demande, les États contractants s'apportent réciproquement de l'aide, conformément à leur législation, pour établir l'adresse exacte de personnes résidant sur leur territoire, si cela est nécessaire pour faire valoir les droits de leurs ressortissants. Par ailleurs, l'État contractant requérant communique tous les renseignements dont elle dispose pour établir l'adresse exacte de la personne faisant l'objet de la demande.

2 Les organes judiciaires des États contractants s'apportent réciproquement de l'aide pour établir le lieu de travail et les revenus de personnes résidant sur le territoire de l'État contractant requis à l'encontre desquelles des prétentions patrimoniales ont été présentées devant les organes judiciaires de l'État contractant requérant en matière civile, familiale et pénale.

Article 17 – Langue

Aux fins d'appliquer la présente Convention, les organes judiciaires des États contractants utilisent dans leurs relations leur langue nationale ou le russe. Dans le cas où des documents sont établis dans la langue nationale d'un État contractant, il leur sera joint une traduction certifiée en russe.

Projet sur les jugements et instruments régionaux

to leave the Contracting State that sought assistance other than through their own fault.

3 The Contracting State that sought assistance shall reimburse each witness, expert, victim, and the latter's lawful representatives for those expenses incurred for their travels and sojourn on its territory, as well as for the shortfall in their wages resulting from the days off from their regular work; an expert shall also be entitled to compensation for the examination performed. A summons shall specify the type of payment the persons summoned may have the right to receive; upon their request, the judicial authority of the Contracting State seeking assistance shall pay an advance to cover their corresponding expenses.

4 No summons for any of those persons specified in paragraph 1 of the present Article and domiciled in any Contracting State to report to a judicial authority of another Contracting State shall contain any threat of coercion to follow in the event of their non-appearance.

Article 10 – Letters Requesting Service of Process

1 That judicial authority addressed by a letter of request shall serve process in accordance with that procedure in effect in its Contracting State if the documents to be delivered have been executed in the latter's language or in Russian or are accompanied by duly certified translations into such languages. Otherwise, it shall pass such documents onto the recipient if the latter agrees to accept them voluntarily.

2 If the documents concerned cannot be delivered at the address indicated in a letter of request, the judicial authority addressed shall initiate the measures necessary to ascertain such address. Should it prove impossible for the judicial authority addressed to find out that address, it shall advise the judicial authority seeking assistance accordingly and return the documents due for service.

Article 11 – Confirmation of Service of Process

The requested service of process shall be confirmed by an appropriate acknowledgement which shall be signed by the recipient and evidenced by the official seal of the judicial authority addressed, indicate the date of such service, and carry the signature of an officer of the serving judicial authority, or by another document issued by the latter and describing the manner, place, and time of the service performed.

Article 12 – Powers of Diplomatic Missions and Consular Offices

1 The Contracting States may serve process on their own nationals through their diplomatic missions or consular offices.

2 Upon requests from their competent authorities, the Contracting States may interrogate their own nationals through their diplomatic missions or consular offices.

3 In those matters described in paragraphs 1 and 2 of the present Article, it shall not be permitted to have recourse to any coercion or any threat thereof.

Article 13 – Validity of Documents

1 Those documents which have been executed or certified on the territory of one of the Contracting States by an authority or duly authorized person within their terms of reference and according to the form required in that Contracting State and evidenced by an official seal shall be subject to acceptance in the other Contracting States without the need for any special further certification.

2 Those documents which are accepted as official in any Contracting State shall enjoy the evidentiary force of official documents also in the other Contracting States.

Article 14 – Sending of Civil Status and Other Documents

1 The Contracting States shall satisfy requests for civil registration certificates to be sent without being translated and free of charge to one another directly through their civil registry offices subject to appropriate document transfer notices to the corresponding individuals.

2 Each Contracting State addressed shall satisfy requests for documents evidencing training standards, job seniority, and other documents concerning the personal or proprietary rights and interests of its nationals or other persons domiciled on its territory to be sent – without having such documents translated and free of charge – to another Contracting State requesting such assistance.

Article 15 – Legal Information

The central judicial authorities of the Contracting States shall provide one another upon request with information about the internal legislation in effect or which was in effect on their territories and about the practices of its application by the judicial authorities.

Article 16 – Ascertainment of Addresses and Other Data

1 The Contracting States shall assist one another – upon request and in accordance with their respective legislation – in ascertaining the addresses of persons domiciled on their territories, if necessary for the exercise by their nationals of their rights. In such matters, the Contracting State seeking assistance shall supply that data at its disposal which may help establish the address of the person identified in its request.

2 The judicial authorities of a Contracting State shall assist those of another Contracting State in identifying the employers and ascertaining the income levels of persons domiciled in the Contracting State addressed and facing property claims made by the judicial authorities of the Contracting State seeking assistance in civil, family, or criminal matters.

Article 17 – Language

The judicial authorities of the Contracting States shall use the latter's state languages or the Russian language in their liaising hereunder. Should any documents be executed in the Contracting States' state languages, these shall be accompanied by duly certified translations into Russian.

Article 18 – Frais liés à l'entraide judiciaire

L'État contractant requis ne pourra pas demander le remboursement des frais entraînés par l'aide judiciaire qu'il aura apportée. Les États contractants supporteront eux-mêmes tous les frais découlant de l'exercice de l'entraide judiciaire sur leur territoire.

Article 19 – Refus d'exercice de l'entraide judiciaire

Une demande d'exercice de l'entraide judiciaire peut être rejetée en tout ou partie si l'exercice de l'entraide est susceptible de porter préjudice à la souveraineté ou à la sécurité de l'État contractant requis ou est contraire à sa législation. En cas de rejet de la demande d'exercice de l'entraide judiciaire, l'État contractant requérant sera sur-le-champ informé des raisons du rejet.

CHAPITRE II – RELATIONS JUDICIAIRES EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE

PARTIE I – COMPÉTENCE

Article 20 – Dispositions générales

1 Sauf disposition contraire des parties II à V du présent chapitre, les actions à l'encontre de personnes dont le domicile est situé sur le territoire d'un État contractant donné sont introduites devant les tribunaux dudit État contractant, nonobstant la nationalité des dites personnes; les actions à l'encontre de personnes morales sont introduites devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est situé l'organe de direction, une représentation ou une filiale de ladite personne morale.

Si l'affaire concerne plusieurs défendeurs dont les domiciles ou sièges sociaux respectifs sont situés dans différents États contractants, le différend sera examiné dans l'État contractant sur le territoire duquel est situé le domicile ou le siège social du défendeur choisi par le demandeur.

2 Les tribunaux des États contractants sont également compétents dans les cas suivants:

a) l'entreprise ou une filiale du défendeur exerce une activité commerciale, industrielle ou toute autre activité économique sur leur territoire;

b) l'obligation contractuelle objet du litige a été ou doit être acquittée en tout ou partie sur leur territoire;

c) dans une affaire relative à la défense de son honneur, de sa dignité et de sa réputation professionnelle, le demandeur est domicilié ou résident sur leur territoire.

3 Les tribunaux du lieu où sont situés les biens immobiliers concernés ont compétence exclusive pour connaître des actions relatives au droit de propriété et à tous autres droits réels afférents aux dits biens.

Les actions à l'encontre de transporteurs découlant de contrats de transport de marchandises, de passagers et de bagages sont introduites dans l'État contractant sur le territoire duquel est située la direction de l'organisation de transport à laquelle une réclamation en bonne et due forme a été présentée.

Article 21 – Compétence conventionnelle

1 Les tribunaux des États contractants peuvent examiner des affaires dans d'autres cas, si les parties ont donné leur accord écrit au renvoi.

Cependant, la compétence exclusive découlant de l'alinéa 3 de l'article 20 et des autres règles établies par les parties II à V du présent chapitre, ainsi que de la législation nationale de l'État contractant concerné, ne peut être modifiée sur accord des parties.

2 En cas d'accord relatif au renvoi d'une affaire, le tribunal se dessaisit de l'affaire sur notification du défendeur.

Article 22 – Connexité

1 Dans le cas où une affaire entre les mêmes parties, concernant le même objet et pour les mêmes motifs fait l'objet d'une procédure devant les tribunaux de deux États contractants compétents au titre de la présente Convention, le tribunal en connaissant le dernier devra s'en dessaisir.

2 Toute demande reconventionnelle ou créance en compensation découlant du même rapport juridique que l'action principale doit être examinée par le tribunal ayant examiné l'action principale.

Article 22 bis *– Demande d'intervention de la partie principale*

Le procureur d'un État contractant a la faculté de s'adresser au procureur d'un autre État contractant pour lui demander de déclencher des actions concernant la défense des droits et la sauvegarde des intérêts légaux de ressortissants de l'État contractant requérant, d'intervenir dans lesdites actions ou de former, devant une instance supérieure, un pourvoi dans l'intérêt de la loi ou un pourvoi spécial contre une décision rendue en première instance (*častnyï protest*), ou encore un pourvoi en contrôle contre les décisions de justice rendues à cet égard.

PARTIE II – STATUT PERSONNEL

Article 23 – Capacité

1 La capacité d'une personne physique est régie par la législation de l'État contractant dont elle est ressortissante.

2 La capacité d'un apatride est régie par le droit de l'État dans lequel est situé son domicile permanent.

3 La capacité d'une personne morale est régie par la législation de l'État où elle a été constituée.

Article 24 – Déclaration de capacité partielle ou d'incapacité – Mainlevée de l'interdiction

1 Les tribunaux de l'État contractant dont une personne est ressortissante sont compétents pour statuer sur les affaires relatives à la déclaration de capacité partielle ou d'incapacité de ladite personne, sauf dans les cas prévus aux alinéas 2 et 3 du présent article.

Article 18 – Expenses for Legal Assistance

No Contracting State addressed shall seek reimbursement for any of the expenses incurred for the legal assistance rendered. The Contracting States shall themselves bear any and all of the expenses for the extension of legal assistance on their territories.

Article 19 – Refusal of Legal Assistance

A request for legal assistance may be turned down, in full or in part, if the grant of such assistance may be detrimental to the sovereignty or security, or is inconsistent with the legislation, of the Contracting State addressed. In such case, the Contracting State seeking legal assistance shall be promptly advised of the reasons why its corresponding request has been denied.

SECTION II – LEGAL RELATIONS IN CIVIL AND FAMILY MATTERS

PART I – COMPETENCE

Article 20 – General Provisions

1 Unless stipulated otherwise in Parts II–V of the present Section, claims against persons resident in a Contracting State, regardless of their nationality, shall be filed with a court of such Contracting State, while those against a legal entity shall be filed with a court of that Contracting State where such legal entity's governing body, representative office, or branch is located.

Where proceedings involve several respondents resident or based on the territories of different Contracting States, the case shall be heard in that jurisdiction where any respondent of the claimant's own choice is resident or based.

2 Courts on the territory of a Contracting State shall also be competent where it is in the latter that:

a) the respondent's enterprise or branch maintains trade, industrial operations, or other business; or

b) the contractual obligation which is the subject of the dispute was performed or has to be performed in whole or in part; or

c) the claimant in proceedings instituted to uphold the latter's honour, dignity, and business reputation is domiciled or resident.

3 The only courts competent to hear cases initiated over title and other rights *in rem* to real property shall be those of the place where the property in dispute is located.

Such claims against a carrier as arise out of or in connection with a contract for the transportation of freight, passengers, or luggage shall be filed at the place where the administration of the carrier duly confronted with an appropriate grievance is located.

Article 21 – Contractual Jurisdiction

1 Courts of the Contracting States may hear also other cases where the parties have agreed in writing to submit the corresponding disputes to such courts.

However, the exclusive competence stemming from paragraph 3 of Article 20 and other provisions of Parts II–V of the present Section, and from the internal legislation of the Contracting State concerned, may not be altered by agreement of the parties.

2 If there is an agreement to refer a dispute to another court, the court hearing such dispute shall dismiss the proceedings in the case upon the respondent's request.

Article 22 – Interrelated Proceedings

1 Where proceedings have been instituted in a matter involving the same parties, regarding the same subject matter, and over the same cause of action in courts of two Contracting States as are competent to hear such disputes hereunder, the court that initiated its proceedings at the later date shall dismiss the case.

2 Such counter claims and requests for offsets as emanate from the same legal relationship as the principal action shall be subject to the court dealing with the principal action.

Article 22-1 – Requests for Public Prosecutors' Involvement in Civil Proceedings

A public prosecutor in a Contracting State may apply to a public prosecutor in another Contracting State for the institution of proceedings to protect the rights and lawful interests of nationals of the Contracting State seeking such assistance, or for the opportunity to participate in the trial of such matters, or for a cassation appeal, private protest, or supervisory protest to be lodged against judicial resolutions handed down in such matters.

PART II – PERSONAL STATUS

Article 23 – Legal Capacity

1 The legal capacity of a natural person shall be subject to the legislation of the Contracting State of which he is a national.

2 The legal capacity of a stateless person shall be subject to the law of the country where he is domiciled.

3 The legal capacity of a legal entity shall be subject to the legislation of the State under whose laws such legal entity has been established.

Article 24 – Pronunciation of Persons to Be of Limited Legal Capacity or Legally Incapable. Reinstatement of Legal Capacity

1 A court of that Contracting State of which the respondent is a national shall have jurisdiction in proceedings initiated to pronounce such person to be of limited legal capacity or legally incapable, with the exception of cases provided by paragraphs 2 and 3 of the present Article.

2 Dans le cas où un tribunal situé dans un État contractant est avisé des motifs d'une déclaration de capacité partielle ou d'incapacité concernant une personne résidant sur son territoire mais ressortissante d'un autre État contractant, il en informe le tribunal de l'État contractant dont la personne est ressortissante.

3 Si le tribunal d'un État contractant avisé des motifs d'une déclaration de capacité partielle ou d'incapacité ne déclenche pas l'action ou ne rend pas une opinion dans un délai de trois mois, l'affaire doit être examinée par un tribunal de l'État contractant sur le territoire duquel la personne est domiciliée. Toute décision relative à la déclaration de capacité partielle ou d'incapacité d'une personne est transmise au tribunal compétent de l'État contractant dont ladite personne est ressortissante.

4 Les dispositions des alinéas 1 à 3 du présent article s'appliquent également à la mainlevée de l'interdiction.

Article 25 – Déclaration d'absence et déclaration judiciaire de décès – Constatation de décès

1 En matière de déclaration d'absence d'une personne, de déclaration judiciaire de décès et de constatation de décès, sont compétents les organes judiciaires de l'État contractant dont la personne concernée était ressortissante de son vivant d'après les dernières informations disponibles, ou, dans les autres cas, les organes judiciaires de l'État contractant dans lequel était situé le dernier domicile connu de la personne concernée.

2 Les organes judiciaires d'un État contractant donné peuvent déclarer qu'un ressortissant d'un autre État contractant ou toute autre personne vivant sur son territoire est absent ou décédé et peuvent constater son décès à la requête de personnes intéressées vivant sur son territoire et dont les droits et intérêts sont fondés sur la législation dudit État contractant.

3 Les organes judiciaires des États contractants appliquent leur législation nationale pour statuer en matière de déclaration d'absence, de déclaration judiciaire de décès ou de constatation de décès.

PARTIE III – AFFAIRES FAMILIALES

Article 26 – Célébration du mariage

Pour les futurs époux, les conditions de célébration du mariage sont déterminées par la législation de l'État contractant dont ils sont ressortissants et, pour les apatrides, par la législation de l'État contractant dans lequel est situé leur domicile permanent. Les exigences de la législation de l'État contractant sur le territoire duquel le mariage est célébré s'appliquent aux obstacles à la célébration du mariage.

Article 27 – Rapports juridiques entre époux

1 Les rapports juridiques personnels et patrimoniaux des époux sont régis par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel est situé leur domicile commun.

2 Si les époux vivent dans deux États contractants différents mais possèdent la même nationalité, leurs rapports juridiques personnels et patrimoniaux sont régis par la législation de l'État contractant dont ils sont ressortissants.

3 Si les époux sont ressortissants de deux États contractants différents et résident sur le territoire de deux États contractants différents, leurs rapports juridiques personnels et patrimoniaux sont régis par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel était situé leur dernier domicile commun.

4 Si les personnes visées à l'alinéa 3 du présent article ne résidaient pas ensemble sur le territoire des États contractants, il convient d'appliquer la législation de l'État contractant dont l'organe judiciaire examine l'affaire.

5 Les rapports juridiques entre époux se rapportant à leurs biens immobiliers sont régis par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel est situé le bien concerné.

6 Les organes judiciaires de l'État contractant dont la législation est applicable conformément aux alinéas 1 à 3 et 5 du présent article sont compétents en matière de rapports juridiques personnels et patrimoniaux entre époux.

Article 28 – Dissolution du mariage

1 La législation de l'État contractant dont les époux sont ressortissants à la date de dépôt de la demande est applicable en matière de dissolution du mariage.

2 La législation de l'État contractant dont l'organe judiciaire examine la demande de dissolution du mariage est applicable si les époux sont ressortissants d'États contractants différents.

Article 29 – Compétence des organes judiciaires des États contractants

1 Les organes judiciaires de l'État contractant dont les époux sont ressortissants à la date de dépôt de la demande sont compétents en matière de dissolution du mariage dans le cas prévu à l'alinéa 1 de l'article 28. Si les époux résident sur le territoire d'un autre État contractant à la date de dépôt de la demande, les organes judiciaires dudit État contractant sont également compétents.

2 Les organes judiciaires de l'État contractant sur le territoire duquel résident les époux sont compétents en matière de dissolution du mariage dans le cas prévu à l'alinéa 2 de l'article 28. Si les époux vivent sur le territoire d'États contractants différents, les organes judiciaires des deux États contractants sur le territoire desquels résident les époux sont compétents en matière de dissolution de mariage.

Article 30 – Annulation du mariage

1 La législation de l'État contractant appliquée à la célébration du mariage conformément à l'article 26 s'applique en matière d'annulation du mariage.

2 La compétence des organes judiciaires en matière d'annulation du mariage est régie conformément à l'article 27.

Projet sur les jugements et instruments régionaux

2 Where a court of a Contracting State learns of any reasons why a person resident on the latter's territory, but being a national of another Contracting State should be pronounced to be of partial legal capacity or legally incapable, such court shall give an appropriate notice to a court of the Contracting State of which such person is a national.

3 Where that court of a Contracting State which has been notified of a reason why a person should be pronounced to be of partial legal capacity or legally incapable fails to initiate appropriate proceedings or to come back with its own opinion on the matter within the following three months, the case for the pronunciation of such person to be of limited legal capacity or legally incapable shall be taken up by a court of that Contracting State where the person concerned is resident. The judgment pronouncing a person to be of partial legal capacity or legally incapable shall be sent to a competent court of the Contracting State of which such person is a national.

4 The provisions of paragraphs 1–3 of the present Article shall also be applicable to the reinstatement of legal capacity.

Article 25 – Pronunciation of Persons to Be Missing or Deceased. Establishment of Facts of Death

1 The judicial authorities competent in proceedings initiated for a person to be pronounced missing or deceased or for a fact of death to be established shall be those of the Contracting State of which the person concerned was a national when last known to be alive or, in the case of other persons, those of the Contracting State where they were last known to be resident.

2 The judicial authorities of each Contracting State may pronounce a national of another Contracting State or any other person who was resident on its territory to be missing or deceased or establish the fact of their death on the basis of a petition filed by those persons concerned and resident on its territory whose rights and interests are based on the legislation of such Contracting State.

3 When conducting proceedings initiated for the pronunciation of a person to be missing or deceased or for the establishment of a fact of death, the judicial authorities of the Contracting States shall apply the latter's own legislation.

PART III FAMILY MATTERS

Article 26 – Conclusion of Marriages

Marriage terms for each of the future spouses shall be subject to the legislation of the Contracting State of which they are a national or, for stateless persons, the legislation of the Contracting State where they are domiciled. Furthermore, any obstacles to a marriage shall be subject to the legislation of the Contracting State where it is concluded.

Article 27 – Relations Between Spouses

1 Personal and property relations between spouses shall be subject to the legislation of the Contracting State where the spouses jointly reside.

2 If one of the spouses is resident in one Contracting State, while another is resident in another Contracting State, but both spouses share the same nationality, their personal and property relations shall be subject to the legislation of that Contracting State of which they are nationals.

3 If one of the spouses is a national of one Contracting State and the other is a national of another Contracting State and should one of the spouses be resident in one Contracting State and the other be resident in another Contracting State, their personal and property relations shall be subject to the legislation of the Contracting State where they last had their joint residence.

4 If those persons specified in paragraph 3 of the present Article did not have any joint residence in any of the Contracting States, the governing legislation shall be that of the Contracting State whose authority is hearing their case.

5 Those relations of spouses which concern their real property shall be subject to the legislation of the Contracting State where such real property is located.

6 The authorities competent in proceedings over spouses' personal and property relations shall be those of the Contracting State whose legislation is applicable by virtue of paragraphs 1–3, 5 of the present Article.

Article 28 – Dissolution of Marriages

1 Divorce cases shall be subject to the legislation of the Contracting State of which the spouses were nationals at the time when they filed an application for the dissolution of their marriage.

2 If one of the spouses is a national of one Contracting State, while the other is a national of another Contracting State, the governing legislation shall be that of the Contracting State whose authority is hearing the divorce case.

Article 29 – Competence of Contracting States' Authorities

1 The judicial authorities competent in divorce proceedings in cases provided for in paragraph 1 of Article 28 shall be those of the Contracting State of which the spouses were nationals at the time when they filed an application for the dissolution of their marriage. If both spouses were resident in another Contracting State at the time when they filed such application, the judicial authorities of the latter Contracting State shall likewise be competent.

2 The judicial authorities competent in divorce proceedings in those cases provided for by paragraph 2 of Article 28 shall be those of the Contracting State where both spouses are resident. If one of the spouses is resident in one Contracting State, while the other is resident in another Contracting State, the judicial authorities of both Contracting States where the spouses are resident shall be competent to conduct proceedings for the dissolution of their marriage.

Article 30 – Annulment of Marriages

1 Proceedings initiated to have a marriage annulled shall be subject to the same legislation of the corresponding Contracting State which was applicable pursuant to Article 26 to the conclusion of the marriage.

2 The competence of judicial authorities in proceedings to have a marriage annulled shall be determined in accordance with Article 27.

Article 31 – Recherche et contestation de paternité ou de maternité

Toute recherche et contestation de paternité ou de maternité est régie par la législation de l'État contractant dont l'enfant est ressortissant à sa naissance.

Article 32 – Rapports juridiques entre parents et enfants

1 Les droits et obligations des parents et enfants, notamment les obligations des parents relatives à l'entretien des enfants, sont régis par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel est situé leur domicile permanent commun; en l'absence de domicile permanent commun aux parents et aux enfants, leurs droits et obligations réciproques sont régis par la législation de l'État contractant dont l'enfant concerné est ressortissant.

La législation de l'État contractant sur le territoire duquel l'enfant concerné réside en permanence s'applique aux demandes en matière d'obligations alimentaires.

2 Les obligations alimentaires d'enfants majeurs vis-à-vis de leurs parents, ainsi que les obligations alimentaires d'autres membres de la famille, sont régies par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel est situé leur domicile commun. En l'absence de domicile commun, lesdites obligations sont régies par la législation de l'État contractant dont le demandeur est ressortissant.

3 Les tribunaux de l'État contractant dont la législation est applicable conformément aux alinéas 1 et 2 du présent article sont compétents en matière de rapports juridiques entre parents et enfants.

4 Les décisions de justice relatives à l'éducation des enfants sont exécutées selon les modalités établies par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel réside l'enfant concerné.

5 Les États contractants s'apportent une aide réciproque pour rechercher le défendeur dans les affaires de recouvrement des aliments lorsqu'il existe des raisons de supposer que le défendeur se trouve sur le territoire d'un autre État contractant et qu'un tribunal a rendu une ordonnance annonçant sa recherche.

Article 33 – Tutelle et curatelle

1 L'instauration ou la mainlevée de la tutelle ou curatelle intervient conformément à la législation de l'État contractant dont est ressortissante la personne concernée.

2 Les rapports juridiques entre le tuteur ou curateur et la personne sous tutelle ou curatelle sont régis par la législation de l'État contractant dont l'organe judiciaire a nommé le tuteur ou curateur.

3 L'obligation d'acceptation de la tutelle ou curatelle est régie par la législation de l'État contractant dont la personne nommée tuteur ou curateur est ressortissante.

4 Un ressortissant d'un État contractant donné peut être nommé tuteur ou curateur d'un ressortissant d'un autre État contractant, à condition que le tuteur ou curateur réside sur le territoire de l'État contractant sur lequel s'exercera la tutelle ou curatelle.

Article 34 – Compétence des organes judiciaires des États contractants en matière de tutelle et de curatelle

Les organes judiciaires de l'État contractant dont la personne concernée est ressortissante sont compétents en matière d'instauration ou de mainlevée de la tutelle ou curatelle, sauf disposition contraire de la présente Convention.

Article 35 – Procédure de placement sous tutelle ou curatelle

1 Dans le cas où il est nécessaire de prendre des mesures pour instaurer une tutelle ou curatelle dans l'intérêt d'un ressortissant d'un État contractant donné, dont le domicile, la résidence ou les biens sont situés sur le territoire d'un autre État contractant, l'organe judiciaire de ce dernier est tenu d'en informer l'organe judiciaire compétent au titre de l'article 34 dans les meilleurs délais.

2 En cas d'urgence, l'organe judiciaire de l'autre État contractant peut lui-même prendre les mesures provisoires nécessaires, conformément à la législation nationale. Cependant, il est tenu d'en informer l'organe judiciaire compétent au titre de l'article 34 dans les meilleurs délais. Lesdites mesures restent en vigueur jusqu'à ce que l'organe judiciaire visé à l'article 34 prenne une autre décision.

Article 36 – Modalités de transfert de la tutelle ou curatelle

1 L'organe judiciaire compétent au titre de l'article 34 peut transférer la tutelle ou curatelle à l'organe judiciaire d'un autre État contractant dans le cas où le domicile, la résidence ou les biens de la personne sous tutelle ou curatelle sont situés sur le territoire dudit État contractant. Le transfert de tutelle ou de curatelle entre en vigueur à compter de la date à laquelle l'organe judiciaire requis prend en charge la tutelle ou curatelle et en informe l'organe judiciaire requérant.

2 L'organe judiciaire ayant pris en charge la tutelle ou curatelle conformément à l'alinéa 1 du présent article l'exerce conformément à la législation nationale.

Article 37 – Adoption

1 Toute adoption ou révocation d'adoption est régie par la législation de l'État contractant dont l'adoptant est ressortissant à la date de dépôt de la demande d'adoption ou de révocation.

2 En cas d'adoption ou de révocation, si l'enfant est ressortissant d'un autre État contractant, le consentement du représentant légal et de l'autorité compétente, ainsi que le consentement de l'enfant, doivent être obtenus si la législation de l'État contractant dont l'enfant est ressortissant l'exige.

3 Si l'enfant est adopté par des époux ressortissants d'États contractants différents, l'adoption ou sa révocation s'effectue sous réserve des conditions prévues par la législation des deux États contractants.

4 L'organe judiciaire de l'État contractant dont l'adoptant est ressortissant à la date de dépôt de la demande d'adoption

Article 31 – Establishment and Challenging of Paternity or Maternity

Paternity and maternity shall be established and challenged according to the legislation of the Contracting State of which the child is a national by birth.

Article 32 – Relations Between Parents and Children

1 The rights and obligations of parents and children, including the parental obligations to maintain children, shall be subject to the legislation of the Contracting State where they are jointly domiciled or, in the absence of such joint domicile, the mutual rights and obligations of the parents and their child shall be subject to the legislation of the Contracting State of which the child is a national.

Should a claimant so request, maintenance obligations shall be subject to the legislation of the Contracting State where the child is domiciled.

2 The maintenance obligations of adult children in favour of their parents and the maintenance obligations of other family members shall be subject to the legislation of the Contracting State where they shared a joint residence. If they had no such joint residence, such obligations shall be subject to the legislation of the Contracting State of which the claimant is a national.

3 The courts competent in proceedings concerning relations between parents and children shall be those of the Contracting State whose legislation is applicable by virtue of paragraphs 1 and 2 of the present Article.

4 The enforcement of court judgments rendered in proceedings concerning the upbringing of children shall proceed in the manner prescribed by the legislation of the Contracting State where the child is resident.

5 The Contracting States shall assist one another in tracking down a respondent in proceedings for the recovery of alimony where there is reason to believe that the respondent is to be found in another Contracting State and a court has ordered a search for the respondent.

Article 33 – Tutorship and Guardianship

1 Tutorship and guardianship shall be appointed or terminated according to the legislation of the Contracting State of which the ward covered by such tutorship or guardianship is a national.

2 Relations between a tutor or guardian and their ward shall be subject to the legislation of that Contracting State whose judicial authority has appointed the tutor or guardian.

3 The obligation to act as a tutor or guardian shall be imposed according to the legislation of the Contracting State of which the person to act in that capacity is a national.

4 The tutor or guardian of a person who is a national of one Contracting State shall be a national of another Contracting State if resident in the Contracting State where such tutorship or guardianship is to be exercised.

Article 34 – Competence of Contracting States' Judicial Authorities in Matters of Tutorship and Guardianship

The judicial authorities competent in proceedings for the appointment or termination of tutorship or guardianship shall be those of the Contracting State of which the ward covered by such tutorship or guardianship is a national, unless otherwise established hereunder.

Article 35 – Procedure for Taking Measures by Way of Tutorship and Guardianship

1 Where necessary to take measures towards tutorship or guardianship in the interest of a national of one Contracting State who is domiciled or resident or whose property is located in another Contracting State, a judicial authority of the latter Contracting State shall promptly notify that judicial authority competent under Article 34 above accordingly.

2 In cases brooking no delay, a judicial authority of another Contracting State may itself initiate the necessary temporary measures under the latter's own legislation. In such case, it shall promptly notify that judicial authority competent under Article 34 above accordingly. Such measures shall continue in effect until that judicial authority specified in Article 34 above resolves otherwise.

Article 36 – Procedure for Transfer of Tutorship or Guardianship

1 That judicial authority competent under Article 34 above may transfer tutorship or guardianship to a judicial authority of another Contracting State where the ward covered by such tutorship or guardianship is domiciled or resident or where such person's property is located. The tutorship or guardianship concerned shall then be deemed transferred with effect as from the moment when the judicial authority addressed accepts such tutorship or guardianship and notifies the requesting judicial authority accordingly.

2 That judicial authority accepting tutorship or guardianship pursuant to paragraph 1 of the present Article shall exercise the same in the manner prescribed by the legislation of its own Contracting State.

Article 37 – Adoptions

1 An adoption shall take effect or be rendered ineffective under the legislation of that Contracting State of which the foster parent was a national when filing an application for such adoption to become valid or be terminated.

2 The adoption of a child who is a national of another Contracting State shall take effect or be rendered ineffective subject to consent from such child's lawful representative and a competent government agency, as well as from the child himself if required under the legislation of the Contracting State of which the child is a national.

3 If a child is adopted by spouses one of whom is a national of one Contracting State and the other is a national of another Contracting State, the adoption shall take effect or be rendered ineffective on those terms as established by the legislation of both Contracting States.

4 The judicial authority competent in proceedings for an adoption to take effect or be rendered ineffective shall be that

ou de révocation est compétent en la matière, sauf dans le cas prévu à l'alinéa 3 du présent article, auquel cas l'organe judiciaire compétent est celui de l'État contractant sur le territoire duquel est ou était situé le dernier domicile ou résidence commun des époux.

PARTIE IV – RAPPORTS JURIDIQUES PATRIMONIAUX

Article 38 – Droit de propriété

1 Le droit de propriété afférent à des biens immobiliers est régi par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel lesdits biens sont situés. La nature immobilière d'un bien est définie conformément à la législation de l'État contractant sur le territoire duquel ledit bien est situé.

2 Le droit de propriété afférent à du matériel roulant soumis à immatriculation est régi par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel est située l'autorité immatriculant le matériel roulant concerné.

3 La création et l'extinction du droit de propriété ou autre droit réel afférent à des biens sont régies par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel lesdits biens étaient situés à la date de survenance de l'acte ou autre obligation dont découle la création ou l'extinction dudit droit.

4 La création et l'extinction du droit de propriété ou autre droit réel afférent à des biens faisant l'objet d'une transaction sont régies par la législation du lieu de conclusion de la transaction, sauf convention contraire entre les parties.

Article 39 – Forme de l'acte

1 La forme de l'acte est déterminée par la législation du lieu de la transaction.

2 La forme de l'acte relatif à un bien immobilier et aux droits y afférents est déterminée par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel est situé ledit bien.

Article 40 – Procurations

La forme et la durée de validité d'une procuration sont régies par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel la procuration est donnée.

Article 41 – Droits et obligations des parties à une transaction

Les droits et obligations des parties à une transaction sont régis par la législation du lieu où la transaction est conclue, sauf convention contraire entre les parties.

Article 42 – Réparation d'un préjudice

1 Les obligations relatives à la réparation d'un préjudice, à l'exclusion de celles découlant de contrats et d'autres actes licites, sont régies par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel a eu lieu l'acte ou autre circonstance dont découle la demande de réparation.

2 Si l'auteur du préjudice et la victime sont ressortissants du même État contractant, la législation dudit État contractant est applicable.

3 Les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel l'acte ou autre circonstance dont découle la demande de réparation a eu lieu sont compétents dans les cas visés aux alinéas 1 et 2 du présent article. La victime peut également introduire une action devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est situé le domicile du défendeur.

Article 43 – Prescription des poursuites

Les questions de prescription des poursuites sont tranchées conformément à la législation régissant les rapports juridiques correspondants.

PARTIE V – SUCCESSIONS

Article 44 – Principe d'égalité

Les ressortissants d'un État contractant donné peuvent hériter de biens ou de droits par succession légale ou par testament dans les autres États contractants, dans les mêmes conditions et limites que les ressortissants de l'État contractant concerné.

Article 45 – Droit de succession

1 Le droit de succession des biens, sauf dans le cas prévu à l'alinéa 2 du présent article, est régi par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel était situé le dernier domicile permanent du testateur.

2 Le droit de succession des biens immobiliers est régi par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel est situé le bien concerné.

Article 46 – Transfert de la succession à l'État

Si, en vertu de la législation de l'État contractant applicable à la succession, l'État est successeur irrégulier, les biens successoraux mobiliers sont dévolus à l'État contractant dont le testateur était ressortissant à la date de son décès, les biens successoraux immobiliers étant dévolus à l'État contractant sur le territoire duquel ils sont situés.

Article 47 – Testaments

La capacité d'une personne à établir et à modifier un testament, ainsi que la forme du testament et de ses avenants, sont régies par le droit de l'État contractant sur le territoire duquel était situé le domicile du testateur à la date de l'acte. Cependant, le testament ou avenant ne peut être réputé nul du fait d'un vice de forme, si la forme satisfait aux exigences légales du lieu où l'acte a été dressé.

Article 48 – Compétence en matière de succession

1 Les organes judiciaires de l'État contractant sur le territoire duquel était situé le domicile du testateur à la date de son décès sont compétents en matière de succession de biens mobiliers.

2 Les organes judiciaires de l'État contractant sur le territoire duquel sont situés les biens sont compétents en matière de succession de biens immobiliers.

of the Contracting State of which the foster parent was a national when filing an application for such adoption to become valid or be terminated or, in the case specified in paragraph 3 of the present Article, that of the Contracting State where the spouses have or had their last joint domicile or residence.

PART IV – PROPERTY RELATIONS

Article 38 – Ownership Rights

1 Ownership rights in real property shall be subject to the legislation of the Contracting State where it is located. The question of which property falls under the category of real property shall be determined according to the legislation of the Contracting State where it is located.

2 Ownership rights in vehicles liable to be recorded in state registers shall be subject to the legislation of the Contracting State where the judicial authority that has registered the corresponding vehicle is located.

3 Ownership rights or other rights *in rem* in property shall arise and be terminated under the legislation of the Contracting State where such property was located when that act or another circumstance which has resulted in such rights arising or being terminated took place.

4 Ownership rights or other rights *in rem* in any property constituting the subject matter of a transaction shall be subject to the legislation of the Contracting State where such transaction was executed, unless the parties agree otherwise.

Article 39 – Form of Transaction

1 The form of a transaction shall be subject to the legislation of the Contracting State where it is executed.

2 The form of a transaction involving real property and related rights shall be subject to the legislation of the Contracting State where such real property is located.

Article 40 – Power of Attorney

The form and validity period of a power of attorney shall be subject to the legislation of the Contracting State where such power of attorney is issued.

Article 41 – Rights and Obligations of Parties to Transaction

The rights and obligations of the parties to a transaction shall be subject to the legislation of the Contracting State where such transaction is executed, unless the parties agree otherwise.

Article 42 – Compensation for Damage

1 Any obligations to provide compensation for damage, other than those which arise out of or in connection with contracts or other legitimate acts, shall be subject to the legislation of the Contracting State where that act or another circumstance which has resulted in the claims of such damages took place.

2 If the tortfeasor and the victim are nationals of the same Contracting State, the legislation of this Contracting State shall be applied.

3 The court competent to deal with such matters as are specified in paragraphs 1 and 2 of the present Article shall be that of the Contracting State where that act or other circumstance which has constituted grounds for the claims of damages took place. The aggrieved party may also have recourse to a court in the Contracting State where the respondent is resident.

Article 43 – Statute of Limitations

Any period of limitation matters shall be subject to the legislation that is applicable to the respective legal relationship.

PART V – SUCCESSION

Article 44 – Principal of Equality

The nationals of each of the Contracting States may inherit property or rights in the other Contracting States by law or testament on the same terms and to the same extent as its own nationals.

Article 45 – Succession Rights

1 Other than in that case which is provided for in paragraph 2 of the present Article, succession rights in property shall be subject to the legislation of that Contracting State where the testator was last domiciled.

2 Succession rights in real property shall be subject to the legislation of that Contracting State where such real property is located.

Article 46 – Procedure for Decedent's Estate to Pass Onto the State

If the State is a successor under the legislation of a Contracting State which is applicable to a succession, the movable estate shall pass onto the Contracting State of which the testator was a national at the time of his demise, while the real estate shall pass onto that Contracting State where such property is located.

Article 47 – Testament

A person's ability to draw up and revoke a testament, as well as the form of the testament and that of the act revoking the same, shall be subject to the legislation of that Contracting State where the testator was resident when executing the document. However, neither a testament nor an act revoking the same may be invalidated by reason of failure to observe the prescribed form if its form complies with the relevant requirements in effect in the Contracting State where the document was executed.

Article 48 – Competence in Succession Matters

1 The judicial authorities competent in succession proceedings over movable estate shall be those of the Contracting State where the testator was resident at the time of his demise.

2 The judicial authorities competent in succession proceedings over real estate shall be those of the Contracting State where such property is located.

3 Les dispositions des alinéas 1 et 2 du présent article s'appliquent également à l'examen des litiges découlant d'une procédure relative à une succession.

Article 49 – Compétence des représentations diplomatiques ou des services consulaires en matière de succession

Les représentations diplomatiques ou services consulaires d'un État contractant donné sont compétents pour représenter leurs ressortissants devant les organes judiciaires des autres États contractants en matière de succession, notamment concernant les litiges y afférents, sauf dans les cas concernant le droit à répudiation d'une succession, sans procuration spéciale, si le ressortissant concerné est absent ou n'a pas nommé de représentant.

Article 50 – Protection de la succession

1 En conformité avec leur législation nationale, les organes judiciaires des États contractants prennent les mesures nécessaires pour protéger ou administrer toute succession abandonnée sur leur territoire par des ressortissants d'autres États contractants.

2 La représentation diplomatique ou le service consulaire de l'État contractant dont le testateur est ressortissant doit être informé dans les meilleurs délais des mesures prises au titre de l'alinéa 1 du présent article. Ladite représentation ou ledit service peut participer à la mise en œuvre des dites mesures.

3 Sur demande de l'organe judiciaire compétent en matière de succession, de la représentation diplomatique ou du service consulaire concerné, les mesures prises au titre de l'alinéa 1 du présent article peuvent être modifiées, annulées ou suspendues.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES DÉCISIONS

Article 51 – Reconnaissance et exécution des décisions

Chaque État contractant reconnaît et exécute les décisions suivantes, rendues sur le territoire des autres États contractants dans les conditions prévues par la présente Convention :

a) décisions des organes judiciaires en matière civile et familiale, y compris les accords judiciaires en la matière et les actes notariés relatifs aux obligations financières (ci-après dénommés les « décisions ») ;

b) décisions rendues par les tribunaux dans des affaires pénales relatives à la réparation d'un préjudice.

Article 52 – Reconnaissance des décisions non exécutoires

1 Les décisions non exécutoires par nature ayant acquis la force de la chose jugée, rendues par les organes judiciaires de chaque État contractant, sont reconnues sur le territoire des autres États contractants sans procédure particulière, sous réserve que :

a) les organes judiciaires de l'État contractant requis n'aient pas rendu de décision antérieure ayant acquis la force de la chose jugée dans la même affaire ;

b) conformément à la présente Convention ou, dans les cas non prévus par cette dernière, conformément à la législation de l'État contractant sur le territoire duquel la décision doit être reconnue, l'affaire ne concerne pas la compétence exclusive des organes judiciaires dudit État contractant.

2 Les dispositions de l'alinéa 1 du présent article concernent également les décisions en matière de tutelle et de curatelle et les décisions relatives à la dissolution du mariage rendues par les organes judiciaires compétents au titre de la législation de l'État contractant sur le territoire duquel est rendue la décision.

Article 53 – Demande d'exécution forcée d'une décision

1 Toute demande d'exécution forcée d'une décision doit être déposée auprès du tribunal compétent de l'État contractant dans lequel la décision doit être exécutée. Elle peut également être déposée auprès du tribunal ayant statué sur l'affaire en première instance, qui transmet alors la demande au tribunal compétent pour statuer sur cette dernière.

2 Toute demande doit être accompagnée :

a) de la décision ou d'une copie certifiée de cette dernière, ainsi que d'un document officiel indiquant que la décision a acquis la force de la chose jugée et est exécutoire ou qu'elle est assortie de l'exécution provisoire, si cela n'est pas établi par la décision elle-même ;

b) d'un document établissant que la partie à l'encontre de laquelle la décision a été rendue par défaut a été convoquée en bonne et due forme au tribunal et, en cas d'incapacité d'ester en justice, a été dûment représentée ;

c) d'un document confirmant l'exécution partielle de la décision à la date de son envoi ;

d) d'un document confirmant l'accord des parties en matière de compétence conventionnelle.

3 La demande d'exécution forcée et les documents joints seront accompagnés d'une traduction certifiée dans la langue de l'État contractant requis ou en russe.

Article 54 – Procédure de reconnaissance et d'exécution forcée des décisions

1 Les demandes de reconnaissance et d'exécution forcée des décisions visées à l'article 51 sont examinées par les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel doit intervenir l'exécution forcée.

2 Le tribunal examinant la demande de reconnaissance et d'exécution forcée d'une décision se contente d'établir que les conditions prévues par la présente Convention ont été observées. Dans le cas où lesdites conditions ont été observées, le tribunal rend une décision d'exécution forcée.

3 Les modalités d'exécution forcée sont définies par la législation de l'État contractant sur le territoire duquel l'exécution forcée doit intervenir.

Projet sur les jugements et instruments régionaux

3 The provisions of paragraphs 1 and 2 of the present Article shall also be applicable to disputes arising out of succession proceedings.

Article 49 – Competence of Diplomatic Missions and Consular Offices in Succession Matters

The diplomatic missions or consular offices of each of the Contracting States may represent its nationals, if these are absent or have failed to appoint their representatives, in succession matters, including disputes, without a power of attorney (but shall not be entitled to renounce succession rights).

Article 50 – Measures to Protect Estate

1 The judicial authorities of the Contracting States shall take the measures necessary under their legislation to protect that estate left on their territories by any nationals of the other Contracting States or to manage such estate.

2 The diplomatic mission or consular office of the Contracting State of which the successor is a national shall be promptly notified of those measures taken pursuant to paragraph 1 of the present Article. Such mission or office may take part in the implementation of such measures.

3 Those measures taken in accordance with paragraph 1 of the present Article may be modified, called off, or suspended upon an appropriate petition lodged by a judicial authority competent to conduct succession proceedings, or by a diplomatic mission or consular office.

SECTION III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF JUDGMENTS

Article 51 – Recognition and Enforcement of Judgments

On the terms and conditions herein contained, each of the Contracting States shall recognize and enforce the following judgments rendered in the other Contracting States:

a) judgments rendered by judicial authorities in civil and family cases, including amicable settlements approved by courts in such cases and notarial acts in respect of monetary obligations ("judgments"); and

b) judgments rendered by courts in criminal cases and ordering damages to be paid.

Article 52 – Recognition of Unenforceable Judgments

1 Those judgments which have been rendered by any judicial authorities in any Contracting State and become *res judicata* which, by their nature, do not require enforcement shall be recognized in the other Contracting States without the need for any special further proceedings unless:

a) a judicial authority in the Contracting State addressed has already rendered a judgment in the case and such judgment has the effect of *res judicata*; or

b) in accordance with this Convention or, in those cases left uncovered hereunder, with the legislation of the Contracting State where the judgment is to be recognized, the matter falls within the exclusive competence of the judicial authorities of such Contracting State.

2 The provisions of paragraph 1 of the present Article shall be also applicable to judgments concerning tutorship and guardianship, as well as divorces, and rendered by such judicial authorities as are competent to decide such matters under the legislation of the Contracting State where the corresponding judgments have been rendered.

Article 53 – Petitions for Enforcement of Judgments

1 A petition for the enforcement of a judgment shall be filed with a competent court in the Contracting State where such judgment is to be executed. Such petition may also be lodged with the court of first instance that has rendered the judgment. Such court shall then resend the petition to that court competent to decide on the same.

2 Such petition shall be accompanied by:

a) judgment or its certified copy, as well as an official document evidencing that the judgment has the effect of *res judicata* and is enforceable or that it is to be enforced before becoming *res judicata*, unless this follows from the judgment itself;

b) document to confirm that the party who did not take part in the proceedings and against whom the judgment has been rendered was duly served timely summons to the court or, if procedurally incapable, was duly represented;

c) document confirming a partial enforcement of the judgment by the time it was sent; and

d) document attesting to the parties' agreement in matters subject to contractual jurisdiction.

3 A petition for the enforcement of a judgment, and accompanying documents shall be submitted together with their certified translations into the language of the Contracting State addressed or into Russian.

Article 54 – Procedure for Recognition and Enforcement of Judgments

1 Such petitions for the recognition and enforcement of judgments as are provided for in Article 51 shall be considered by appropriate courts of the Contracting State where such enforcement is sought.

2 A court considering a petition for the recognition and enforcement of a judgment shall limit itself to determining that the relevant terms of this Convention have been observed. Subject to their observance, the court shall rule to proceed with the enforcement sought.

3 The enforcement procedure shall be subject to the legislation of the Contracting State where such enforcement is sought.

Article 55 – Refus de reconnaissance et d'exécution forcée

La reconnaissance des décisions visées à l'article 52 et la délivrance d'une autorisation d'exécution forcée peuvent être refusées dans les cas suivants :

a) conformément à la législation de l'État contractant sur le territoire duquel a été rendue la décision, cette dernière n'a pas acquis la force de la chose jugée ou n'est pas exécutoire, sauf dans les cas où la décision est assortie de l'exécution provisoire ;

b) le défendeur n'a pas participé à la procédure en raison de l'absence de remise d'une convocation en bonne et due forme au défendeur ou à son représentant ;

c) dans une affaire entre les mêmes parties, concernant le même objet et pour les mêmes motifs, une décision ayant la force de la chose jugée a déjà été rendue sur le territoire de l'État contractant où la décision doit être reconnue et exécutée ou une décision rendue par un tribunal d'un État tiers y est reconnue, ou encore les organes judiciaires dudit État contractant ont déjà entamé une procédure concernant ladite affaire ;

d) conformément aux dispositions de la présente Convention ou, dans les cas non prévus par cette dernière, conformément à la législation de l'État contractant sur le territoire duquel la décision doit être reconnue et exécutée, l'affaire concerne la compétence exclusive de ses organes judiciaires ;

e) en l'absence de document confirmant l'accord des parties en matière de compétence conventionnelle ;

f) le délai de prescription de l'exécution forcée prévu par la législation de l'État contractant dont le tribunal exécute la décision est écoulé.

CHAPITRE IV – ENTRAIDE JUDICIAIRE ET RELATIONS JUDICIAIRES EN MATIÈRE PÉNALE

PARTIE I – EXTRADITION

Article 56 – Obligation d'extradition

1 Conformément aux conditions exposées dans la présente Convention, les États contractants s'engagent à se livrer sur demande des personnes se trouvant sur leur territoire, aux fins de les poursuivre au pénal ou de mettre un jugement à exécution.

2 L'extradition pour poursuites pénales intervient pour les actes réprimés et punis par une peine privative de liberté d'au moins un an en vertu des lois des États contractants requis et requérant.

3 L'extradition pour mise à exécution d'un jugement intervient pour les actes réprimés en vertu des lois des États contractants requis et requérant, quand la personne réclamée a été condamnée à une peine privative de liberté d'au moins six mois.

Article 57 – Refus d'extradition

1 L'extradition est refusée dans les cas suivants :

a) la personne réclamée est ressortissante de l'État contractant requis ;

b) à la date de réception de la demande, conformément à la législation de l'État contractant requis, des poursuites pénales ne peuvent être entamées ou le jugement ne peut être mis à exécution du fait de l'expiration du délai de prescription ou pour toute autre raison légitime ;

c) la personne réclamée a déjà été jugée pour la même infraction sur le territoire de l'État contractant requis ou bien l'affaire a été classée sans suite à la suite d'une décision ayant la force de la chose jugée ;

d) conformément à la législation de l'État contractant requérant ou requis, l'infraction fait l'objet d'une action pénale particulière que le parquet n'est pas tenu d'engager et qui peut être exercée par la victime elle-même (*častnoe obvinenie*).

2 L'extradition peut être refusée si l'infraction en rapport avec laquelle l'extradition est demandée a été commise sur le territoire de l'État contractant requis.

3 En cas de refus d'extradition, l'État contractant requérant doit être informé des motifs du refus.

Article 58 – Demandes d'extradition

1 Toute demande d'extradition doit contenir les renseignements suivants :

a) nom des organes judiciaires requérant et requis ;

b) description des circonstances de fait de l'acte et texte de loi de l'État contractant requérant en vertu duquel ledit acte est reconnu comme une infraction, avec mention des mesures punitives prévues par ladite loi ;

c) nom, prénom et patronyme de la personne réclamée, année de naissance, nationalité, domicile ou résidence et, si possible, signalement, photographie, empreintes digitales et autres renseignements sur sa personne ;

d) renseignements sur l'étendue du préjudice causé par l'infraction.

2 Toute demande d'extradition pour poursuites pénales doit être accompagnée d'une copie certifiée de la décision de placement en détention provisoire.

3 Toute demande d'extradition pour mise à exécution d'un jugement doit être accompagnée d'une copie certifiée du jugement, avec mention de l'acquisition de la force de la chose jugée, et du texte de la loi pénale en vertu de laquelle la personne a été condamnée. Si la personne a déjà purgé une partie de sa peine, il convient également de le mentionner.

4 Les demandes d'extradition et les documents joints sont dressés conformément aux dispositions de l'article 17.

Article 55 – Refusal of Recognition and Enforcement of Judgments

The recognition of a judgment pursuant to Article 52 and the declaration of enforceability may be refused if:

a) the judgment does not have the effect of *res judicata* or is not enforceable under the legislation of the Contracting State of origin, unless such judgment is enforceable before becoming *res judicata*; or

b) the respondent did not take part in the proceedings as a result of either the respondent itself or its duly authorized representative not having been duly served timely summons to the court; or

c) a judgment has already been rendered and has the effect of *res judicata*, or a judgment rendered by a court in a third State has already been recognized, in the Contracting State addressed in a case involving the same parties, regarding the same subject matter, and based on the same cause of action, or a judicial authority in that Contracting State has already instituted proceedings in such case; or

d) pursuant to this Convention or, in those cases not addressed hereunder, to the legislation of the Contracting State addressed, a judicial authority of that Contracting State has exclusive jurisdiction over the matter concerned; or

e) there is no documented evidence to confirm that the parties have agreed on contractual jurisdiction in respect of the matter in question; or

f) the period of limitation applicable to enforcement according to the legislation of the Contracting State addressed has expired.

SECTION IV – LEGAL ASSISTANCE AND LEGAL RELATIONS IN CRIMINAL MATTERS

PART I – EXTRADITION

Article 56 – Obligation of Extradition

1 The Contracting States hereby agree on the terms and conditions herein contained to extradite certain persons found on their territories to one another upon request for such persons to be held criminally liable or face the punishment already fixed for them in appropriate sentences.

2 Extradition procedures shall be invoked to hold a person criminally liable for such acts as are punishable – by imprisonment of at least one year or by stricter penalties – according to the legislation of both that Contracting State seeking such extradition and the Contracting State addressed.

3 Extradition procedures shall be invoked to administer the punishment already fixed for such acts as are punishable according to the legislation of both that Contracting State seeking such extradition and the Contracting State addressed where the person concerned has been sentenced to imprisonment of at least six months or to a stricter penalty.

Article 57 – Refusal of Extradition

1 No extradition shall take place if:

a) the person sought is a national of the Contracting State addressed;

b) at the time when the extradition request was received, no criminal prosecution was possible according to the legislation of the Contracting State addressed or the sentence may not be executed due to the expiry of the period of limitation or for any other legal reason; or

c) a sentence has already been passed in the Contracting State addressed to convict the person sought for the same crime or a resolution has already been issued and became *res judicata* in such Contracting State to dismiss the proceedings in the case; or

d) the criminal prosecution is sought on private charges (upon the victim's request) according to the legislation of the Contracting State requesting such extradition or of the Contracting State addressed.

2 An extradition request may be refused if the crime for which the person in question is sought has been committed in the Contracting State addressed.

3 Should its extradition request be refused, the requesting Contracting State shall be advised of the reason for such refusal.

Article 58 – Extradition Request

1 An extradition request shall indicate or contain the following:

a) names of the requesting judicial authority and the judicial authority addressed;

b) description of the facts of the corresponding act and the text of the requesting Contracting State's law qualifying such act as a crime, with an indication of the punishment due for such crime under the law;

c) first name, middle name, surname, year of birth, nationality, and domicile or residence address of the person to be extradited, as well as, if possible, a description of such person's appearance, his photograph, fingerprints, and other personal data; and

d) information about the extent of the damage caused by the crime.

2 An extradition request for criminal prosecution purposes shall be accompanied by a certified copy of the resolution ordering that the person concerned be taken into custody.

3 An extradition request for the purposes of enforcing a sentence shall be accompanied by a certified copy of such sentence bearing a note to confirm that it has come into force and by the text of that provision in the criminal law whereby such person has been convicted. If the convict has already served a part of the sentence, this shall also be reported.

4 Extradition requests and accompanying documents shall be executed in accordance with the requirements set out in Article 17.

Article 59 – Renseignements complémentaires

1 Si la demande d'extradition ne contient pas tous les renseignements nécessaires, l'État contractant requis peut demander des renseignements complémentaires dans un délai d'un mois. Ce délai peut être renouvelé une fois sur demande de l'État contractant requérant.

2 Si l'État contractant requérant ne fournit pas les renseignements supplémentaires dans le délai fixé, l'État contractant requis doit mettre en liberté la personne placée en détention provisoire.

Article 60 – Recherche et placement en détention provisoire en vue d'une extradition

Sur réception d'une demande d'extradition, l'État contractant requis prend immédiatement les mesures nécessaires pour rechercher et placer en détention provisoire la personne réclamée, sauf dans les cas où l'extradition ne peut intervenir.

Article 61 – Placement en détention provisoire ou garde à vue avant la réception de la demande d'extradition

1 Toute personne réclamée peut, sur demande, être placée en détention provisoire ou en garde à vue avant la réception de la demande d'extradition. À cet effet, la demande doit comporter la référence de la décision de placement en détention provisoire ou du jugement ayant la force de la chose jugée et doit préciser que la demande d'extradition suivra. La demande de placement en détention provisoire avant la réception de la demande d'extradition peut être envoyée par courrier, télégraphe, télex ou télécopie.

2 Une personne peut être placée en garde à vue sans que la demande visée à l'alinéa 1 ci-dessus ne soit présentée, s'il existe des motifs légitimes de soupçonner qu'elle a commis, sur le territoire d'un autre État contractant, une infraction entraînant son extradition.

3 L'autre État contractant doit être informé sur-le-champ de tout placement en détention provisoire ou en garde à vue avant la réception de la demande d'extradition.

Article 61 bis *– Recherche de personnes avant la réception de la demande d'extradition*

1 Sur demande, les États contractants rechercheront une personne avant la réception de la demande d'extradition s'il existe des motifs de supposer que ladite personne se trouve sur le territoire de l'État contractant requis.

2 Le mandat de recherche est établi conformément aux dispositions de l'article 7 et doit contenir le signalement le plus précis possible de la personne recherchée, ainsi que toute autre information permettant d'établir sa résidence; il doit demander son placement en détention provisoire et indiquer que la demande d'extradition sera présentée ultérieurement.

3 Le mandat de recherche doit être accompagné d'une copie certifiée de la décision de l'autorité compétente relative au placement en détention provisoire ou du jugement ayant la force de la chose jugée, de renseignements concernant la partie non purgée de la peine, ainsi que d'une photographie et des empreintes digitales de la personne (si possible).

4 L'État contractant requérant doit être informé sur-le-champ du placement en détention provisoire d'une personne et de tout autre résultat des recherches.

Article 61 ter – Calcul de la durée de détention provisoire

En cas d'extradition, la durée de détention d'une personne placée en détention provisoire conformément aux dispositions des articles 60, 61 et 61 *bis* de la présente Convention est imputée sur la durée générale de détention prévue par la législation de l'État contractant vers lequel la personne est extradée.

Article 62 – Mise en liberté d'une personne placée en garde à vue ou en détention provisoire

1 Toute personne placée en détention provisoire conformément à l'alinéa 1 de l'article 61 et à l'article 61 *bis* doit être mise en liberté en cas de notification de l'État contractant requérant concernant la nécessité de mettre ladite personne en liberté ou si l'État contractant requis n'a pas reçu la demande d'extradition accompagnée de tous les documents visés à l'article 58 dans un délai de quarante jours à compter de la date du placement en détention provisoire.

2 Toute personne placée en garde à vue conformément à l'alinéa 2 de l'article 61 doit être mise en liberté si la demande de placement en détention provisoire au titre de l'alinéa 1 de l'article 61 n'est pas reçue dans le délai de garde à vue prévu par la législation.

Article 63 – Extradition différée

Si la personne réclamée fait l'objet de poursuites pénales ou est jugée pour une autre infraction sur le territoire de l'État contractant requis, sa remise peut être différée jusqu'à l'arrêt des poursuites pénales, jusqu'à la mise à exécution du jugement ou jusqu'à une éventuelle remise de peine.

Article 64 – Extradition temporaire

1 Si le fait de différer la remise tel que prévu à l'article 63 est susceptible d'entraîner l'expiration du délai de prescription pénale ou de porter préjudice à l'enquête criminelle, la personne réclamée peut être remise temporairement.

2 Toute personne remise temporairement doit être rendue une fois achevée la procédure relative à l'affaire pénale pour laquelle elle a été remise et ce, au plus tard trois mois à compter de la date de sa remise. Ce délai peut être prolongé dans certains cas justifiés.

Article 65 – Concours de demandes d'extradition

Si des demandes d'extradition arrivent de plusieurs États, l'État contractant requis décide souverainement à quelle demande il convient de faire droit.

Projet sur les jugements et instruments régionaux

Article 59 – Additional Data

1 If an extradition request does not contain all of the required information, the Contracting State addressed may request additional data to be made available over a period of up to one month. Such period may be further extended by up to one month on the basis of an appropriate petition from the requesting Contracting State.

2 Should the requesting Contracting State fail to provide the additional data requested on time, the Contracting State addressed shall release the person taken into custody.

Article 60 – Search for Person and Taking Into Custody

Immediately upon receiving an extradition request, the Contracting State addressed shall take the measures necessary to track down the person sought and take him into custody, except in cases where such extradition may not take place.

Article 61 – Taking Into Custody or Detention Prior to Receipt of Extradition Request

1 On the basis of a special petition to such effect, the person sought may be taken into custody even before the receipt of an extradition request in his respect. Such petition shall refer to the resolution ordering that the person concerned be taken into custody or to the sentence having the effect of *res judicata*, and shall promise that the extradition request is forthcoming. Such petition requesting that a person be taken into custody before the receipt of an extradition request may be submitted by mail, telex, or fax.

2 The person concerned may also be detained without that petition provided for in paragraph 1 of the present Article if there are statutory grounds for suspecting such person of having committed such crime in another Contracting State as will entail his extradition.

3 The other Contracting State shall be immediately advised of any such person having been taken into custody or detained before the receipt of an extradition request in his respect.

Article 61-1 – Search for Person Prior to Receipt of Extradition Request

1 Upon being petitioned to do so, the Contracting States shall search for certain persons prior to receiving a request for their extradition where there is reason to believe that such persons may be found in the Contracting State thus petitioned.

2 Such search petitions shall be executed in accordance with the requirements of Article 7 above, and shall contain the fullest possible description of the person sought along with any other data making it possible to establish his whereabouts, as well as a request to take such person into custody along with a promise that an extradition request in his respect is forthcoming.

3 A search petition shall be accompanied by a certified copy of a resolution issued by a competent judicial authority and ordering that the person concerned be taken into custody or by a sentence having the effect of *res judicata*, information about the time still to be served thereby, and the wanted person's photograph and fingerprints, if any.

4 The Contracting State petitioning a search shall be immediately advised of the taking of the corresponding person into custody or of the other results of the search.

Article 61-2 – Calculation of Time Spent in Custody

The time spent in custody by a person taken into custody by virtue of Articles 60, 61, and 61-1 shall be counted, should such person be extradited, towards the total period spent in custody in accordance with the legislation of the Contracting State to which the person has been extradited.

Article 62 – Release of Person Detained or Taken Into Custody

1 That person taken into custody in accordance with paragraph 1 of Articles 61 and 61-1 shall be released upon the receipt of the requesting Contracting State's notice requiring such person to be set free or if the Contracting State addressed fails to receive an extradition request complete with all accompanying documents required by Article 58 hereof within 40 days from the day on which the person concerned was taken into custody.

2 That person detained in accordance with paragraph 2 of Article 61 shall be released unless a petition for such person to be taken into custody pursuant to paragraph 1 of Article 61 is received within the statutory detention period.

Article 63 – Deferral of Extradition

If a person requested to be extradited has been held criminally liable or convicted of other crime committed in the Contracting State addressed, the extradition of such person may be deferred pending the completion of such criminal prosecution, enforcement of the sentence, or release from punishment.

Article 64 – Temporary Extradition

1 Where the deferral of extradition as provided for in Article 63 may entail the expiry of the period of limitation applicable to criminal prosecution or interfere with the investigation of the crime, the person requested to be extradited may be extradited temporarily.

2 The person that was extradited temporarily shall be returned upon the completion of the act making part of the criminal proceedings for which such person has been extradited, but at all times within three months from the extradition date. Where substantiated, such period, however, may be extended.

Article 65 – Collision of Extradition Requests

Where extradition requests are received from several countries, the Contracting State addressed shall decide which request to grant at its own discretion.

Judgments Project and CIS States

Article 66 – Limites aux poursuites pénales d'une personne remise

1 Sans le consentement de l'État contractant requérant, la personne remise ne peut faire l'objet de poursuites pénales ni être soumise à une peine en rapport avec une infraction commise avant son extradition autre que celle pour laquelle elle a été remise.

2 En outre, l'extradition ne peut se faire vers un État tiers sans le consentement de l'État contractant requérant.

3 Le consentement de l'État contractant requérant n'est pas nécessaire si la personne remise ne quitte pas son territoire ou si elle y retourne de son plein gré dans un délai d'un mois après l'arrêt des poursuites pénales ou, en cas de condamnation, dans un délai d'un mois après l'expiration de la peine ou une éventuelle remise de peine. Ce délai ne tient pas compte de la période pendant laquelle la personne remise n'aura pas pu quitter le territoire de l'État contractant requérant pour des raisons indépendantes de sa volonté.

Article 67 – Transfert de la personne remise

L'État contractant requis informe l'État contractant requérant des lieu et date de l'extradition. Si l'État contractant requérant ne prend pas en charge la personne réclamée dans un délai de quinze jours à compter de la date fixée pour son extradition, ladite personne doit être mise en liberté.

Article 67 bis *– Placement réitéré en garde à vue ou en détention provisoire*

La mise en liberté d'une personne conformément à l'alinéa 2 de l'article 59, aux alinéas 1 et 2 de l'article 62 et à l'article 67 n'empêche pas un nouveau placement en garde à vue ou en détention provisoire en vue de l'extradition de la personne réclamée en cas de réception ultérieure d'une demande d'extradition.

Article 68 – Ré-extradition

Si la personne remise se soustrait aux poursuites pénales ou à la peine et retourne sur le territoire de l'État contractant requis, elle sera extradée suite à toute nouvelle demande sans qu'il soit nécessaire de fournir les éléments visés aux articles 58 et 59.

Article 69 – Notification du résultat d'une procédure pénale

Les États contractants se communiquent le résultat de la procédure pénale à l'encontre de la personne extradée. Une copie de la décision finale est fournie sur demande.

Article 70 – Transit

1 Sur demande d'un État contractant donné, chaque État contractant accorde le transit à travers son territoire des personnes extradées vers ledit État contractant ou remises temporairement à un État tiers.

2 La demande d'autorisation de transit est examinée selon la même procédure que la demande d'extradition.

3 L'État contractant requis autorise le transit par le moyen qu'elle juge le plus approprié.

Article 71 – Dépenses liées à l'extradition et au transit

Les dépenses liées à une extradition ou à une remise temporaire sont supportées par l'État contractant sur le territoire duquel elles ont été engagées; les dépenses liées au transit sont supportées par celui ayant présenté la demande de transit.

PARTIE II – EXERCICE DES POURSUITES PÉNALES

Article 72 – Obligation d'exercice des poursuites pénales

1 Sur commission d'un État contractant donné, chaque État contractant s'engage à exercer des poursuites pénales conformément à sa législation nationale à l'encontre de ses ressortissants soupçonnés d'avoir commis une infraction sur le territoire de l'État contractant requérant.

2 Si l'infraction en rapport avec laquelle l'action a été introduite entraîne des prétentions civiles de personnes ayant subi un préjudice du fait de l'infraction, leurs prétentions sont examinées dans le cadre de l'affaire sous réserve que lesdites personnes aient présenté une demande de réparation de préjudice.

Article 73 – Commission relative à l'exercice de poursuites pénales

1 Toute commission relative à l'exercice de poursuites pénales doit contenir:

a) la dénomination de l'organe judiciaire requérant;

b) la description de l'acte en rapport avec lequel la commission est envoyée;

c) l'indication la plus précise possible de la date et du lieu de l'acte;

d) le texte de la disposition légale de l'État contractant requérant en vertu duquel l'acte est reconnu comme une infraction, ainsi que le texte des autres dispositions légales pertinentes pour la procédure;

e) les nom et prénom de la personne soupçonnée, sa nationalité et autres renseignements sur sa personne;

f) les plaintes des victimes en rapport avec les actions pénales introduites suite à la plainte d'une victime et les demandes de réparation du préjudice;

g) l'indication de l'étendue du préjudice causé par l'infraction.

Toutes les pièces relatives aux poursuites pénales dont dispose l'État contractant requérant, y compris les preuves, doivent être jointes à la commission.

2 Sur renvoi de l'action pénale par l'État contractant requérant, l'État contractant requis poursuit l'examen de l'affaire conformément à sa législation nationale. Chacune des

Article 66 – Restrictions on Criminal Prosecution of Extradited Persons

1 A person extradited may not – other than with the consent of the Contracting State addressed – be held criminally liable or punished for any crime committed before the extradition, unless such crime constitutes the reason for such extradition.

2 Nor may such person be extradited to any third country other than with the consent of the Contracting State addressed.

3 No such consent from the Contracting State addressed shall be necessary where the person extradited failed to leave the requesting Contracting State, or voluntarily returned thereto, within one month of the completion of the criminal proceedings or, if such person has been convicted, one month of the completion of the sentence or of the release from punishment. Such period shall not include the time during which the person extradited was unable to leave the requesting Contracting State other than through his own fault.

Article 67 – Handover of Extradited Person

The Contracting State addressed shall notify the requesting Contracting State of the place and time when the extradition is to take place. If the requesting Contracting State fails to accept the person subject to extradition within 15 days of the extradition date thus scheduled, such person shall be released from custody.

Article 67-1 – Repeat Detention or Taking Into Custody

A person's release by virtue of paragraph 2 of Article 59, paragraphs 1 and 2 of Article 62, and Article 67 shall not prevent such person from being detained and taken into custody again for the purpose of extradition if an appropriate extradition request has subsequently been received.

Article 68 – Repeat Extradition

Should a person extradited evade from criminal prosecution or from the service of sentence and if it returns to the Contracting State addressed, such person shall be extradited on the basis of a new request, but without the need for those documents listed in Articles 58 and 59 to be provided.

Article 69 – Notice Reporting Results of Criminal Proceedings

The Contracting States shall keep one another informed on the results of criminal proceedings against those persons extradited thereto. Copies of final judgments shall likewise be sent upon request.

Article 70 – Transit Transportation

1 If petitioned by another Contracting State, a Contracting State shall authorize the transit transportation through its territory of those persons extradited to such other Contracting State or handed over thereto temporarily by a third country.

2 Petitions for such authorization shall be considered in accordance with the same procedure as extradition requests.

3 The Contracting State addressed shall authorize the transit transportation sought to be carried out in the manner such Contracting State itself finds the most appropriate.

Article 71 – Expenses for Extradition and Transit Transportation

Those expenses incurred for extradition or temporary handover procedures shall be borne by that Contracting State where such expenses were suffered, while transit transportation costs shall be borne by the Contracting State that has requested such transportation.

PART II – CRIMINAL PROSECUTION

Article 72 – Obligation of Criminal Prosecution

1 If requested by another Contracting State, each Contracting State shall be obliged in accordance with its own legislation to carry out the criminal prosecution of its own nationals suspected of having committed a crime in the requesting Contracting State.

2 Should that crime which has prompted the initiation of criminal proceedings entail civil law claims from its victims, such claims shall be considered as part of the proceedings provided that the claimants have filed applications for damages.

Article 73 – Criminal Prosecution Request

1 A criminal prosecution request shall indicate or contain the following:

a) name of the requesting judicial authority;

b) description of the act that has prompted the criminal prosecution request;

c) time and place of such act, which shall be indicated as exactly as possible;

d) the text of that legislative provision of the requesting Contracting State qualifying the act as a crime, as well as the texts of other legislative provisions of material relevance to the proceedings;

e) first name, surname, and nationality of the suspect, and other personal information regarding the same;

f) applications filed by victims for the institution of the criminal proceedings concerned and for damages; and

g) indication of the extent of the damage caused by the crime.

Such request shall be accompanied by the briefs prepared and evidence gathered in the course of the relevant criminal proceedings that the requesting Contracting State has at its disposal.

2 Where the requesting Contracting State sends a file covering ongoing criminal proceedings, the Contracting State addressed shall continue the investigation of such matter in accordance with its own legislation. Each of the documents attached to

pièces du dossier doit être cachetée par l'organe judiciaire compétent de l'État contractant requérant.

3 La commission et les pièces jointes sont établies conformément aux dispositions de l'article 18.

4 Si l'inculpé se trouve en détention sur le territoire de l'État contractant requérant à la date d'envoi de la commission relative à l'exercice de poursuites pénales, il est remis sur le territoire de l'État contractant requis.

Article 74 – Notification du résultat des poursuites pénales

L'État contractant requis est tenu d'informer l'État contractant requérant de la décision finale. Une copie de la décision finale est fournie sur demande de l'État contractant requérant.

Article 75 – Effets d'une décision

Si un État contractant reçoit une commission relative à l'exercice de poursuites pénales conformément à l'article 72 après qu'un jugement a acquis la force de la chose jugée ou après qu'une décision finale a été rendue par l'organe judiciaire de l'État contractant requis, l'action pénale ne peut être introduite par l'organe judiciaire de l'État contractant requérant et, si elle a déjà été introduite, les poursuites doivent être abandonnées.

Article 76 – Circonstances atténuantes et aggravantes

Lors des enquêtes criminelles et de l'examen d'affaires pénales par les tribunaux, chaque État contractant doit tenir compte des circonstances atténuantes et aggravantes prévues par la législation des États contractants, nonobstant l'État contractant sur le territoire duquel elles sont survenues.

Article 76 bis *– Reconnaissance des jugements*

Les organes judiciaires des États contractants peuvent reconnaître et tenir compte des jugements rendus par les tribunaux de l'ancienne U.R.S.S. et des républiques soviétiques en faisant partie et par ceux des autres États contractants pour trancher des questions relatives à la reconnaissance du caractère récidiviste particulièrement dangereux d'une personne, à l'établissement de la commission réitérée d'une infraction et du manquement aux obligations liées à une condamnation avec sursis, au sursis d'exécution d'un jugement ou à une libération conditionnelle.

Article 77 – Procédure d'examen des affaires relevant de la compétence de plusieurs États contractants

Lorsque plusieurs infractions relevant de la compétence des tribunaux de plusieurs États contractants sont imputées à une personne ou à un groupe de personnes, elles sont examinées par le tribunal compétent de l'État contractant sur le territoire duquel s'est achevée l'enquête préliminaire. Dans ce cas, l'affaire est examinée selon les règles de procédure dudit État contractant.

PARTIE III – DISPOSITIONS PARTICULIÈRES RELATIVES À L'ENTRAIDE JUDICIAIRE ET AUX RELATIONS JUDICIAIRES EN MATIÈRE PÉNALE

Article 78 – Remise d'objets

1 Sur demande, les États contractants s'engagent à se remettre réciproquement :

a) les objets utilisés lors de la commission d'une infraction ayant entraîné l'extradition d'une personne conformément à la présente Convention, notamment les armes du crime ; les objets acquis du fait d'une infraction ou à titre de rémunération de l'infraction, ou encore les objets que l'auteur de l'infraction a reçus en échange des objets acquis de cette manière ;

b) les objets pouvant avoir un effet probatoire dans l'action pénale ; lesdits objets sont également remis dans les cas où l'extradition de l'auteur de l'infraction ne peut avoir lieu en raison de son décès, de sa fuite ou dans d'autres circonstances.

2 Si les objets visés à l'alinéa 1 du présent article sont nécessaires à l'État contractant requis à titre de preuve dans une action pénale, leur remise peut être ajournée jusqu'à la fin de la procédure.

3 Les droits de tiers afférents aux objets remis restent en vigueur. Une fois la procédure achevée, lesdits objets doivent être restitués sur-le-champ à l'État contractant qui les avait remis.

Article 78 bis *– Remise temporaire d'une personne placée en détention provisoire ou purgeant une peine privative de liberté*

1 S'il est nécessaire d'entendre, en tant que témoin ou victime, une personne placée en détention provisoire ou purgeant une peine privative de liberté sur le territoire d'un autre État contractant, ou encore de procéder à tout autre acte d'instruction avec sa participation, ladite personne, nonobstant sa nationalité, sur demande justifiée de l'État contractant intéressé, peut être remise temporairement sur décision du procureur général (procureur) de l'État contractant requis, sous réserve qu'elle soit maintenue en détention et rendue dans le délai prescrit.

2 Toute demande de remise temporaire d'une personne visée à l'alinéa 1 du présent article est établie conformément aux dispositions de l'article 7 et doit également mentionner la durée pendant laquelle la présence de ladite personne est requise dans l'État contractant requérant.

3 La remise temporaire d'une personne visée à l'alinéa 1 du présent article ne peut intervenir :

a) si ladite personne ne donne pas son accord à la remise ;

b) si sa présence sur le territoire de l'État contractant requis est nécessaire pendant l'enquête préliminaire ou la procédure judiciaire ;

c) si ladite remise est susceptible d'entraîner le non-respect de la durée de la détention provisoire ou de la peine privative de liberté de ladite personne.

4 Les immunités prévues à l'alinéa 1 de l'article 9 s'étendent aux personnes visées à l'alinéa 1 du présent article.

the file shall be evidenced by an official stamp of the competent judicial authority of the requesting Contracting State.

3 A criminal prosecution request and accompanying documents shall be executed in accordance with the requirements of Article 18.

4 If an indictee was at the time when a criminal prosecution request was sent in custody in the requesting Contracting State, the indictee shall be taken to the Contracting State addressed.

Article 74 – Notice of Results of Criminal Prosecution

The Contracting State addressed shall notify the requesting Contracting State of the final judgment. The requesting Contracting State shall also be sent a copy of the final judgment upon request.

Article 75 – Consequences of Issue of Judgment

Where a Contracting State has been sent a criminal prosecution request by virtue of Article 72 after the sentence became *res judicata* or after a judicial authority in the Contracting State addressed issued another final judgment, no judicial authority in the requesting Contracting State may institute related criminal proceedings and that criminal case already opened shall be dismissed.

Article 76 – Mitigating or Aggravating Circumstances

During the investigation of crimes and the hearing of criminal cases by the courts, each Contracting State shall take account of those mitigating and aggravating circumstances which are provided for by the legislation of the Contracting States, regardless of the Contracting State where such circumstances have occurred.

Article 76-1 – Acknowledgement of Verdicts

When deciding whether a person should be pronounced an especially dangerous repeat offender, has committed crimes repeatedly, or breached the terms of a suspended sentence, postponement of a sentence, or parole, the judicial authorities of the Contracting States may acknowledge and act with due regard for those verdicts passed by the courts or tribunals of the former Soviet Union and its constituent republics, or the Contracting States' courts.

Article 77 – Procedure for Dealing With Cases Falling Under the Jurisdiction of Courts in Two or More Contracting States

Where a person or a group of persons are indicted on several counts falling within the jurisdiction of courts in two or more of the Contracting States, the court competent to deal with such cases shall be one in the Contracting State where the preliminary investigation has been completed. Such proceedings shall conform to the judicial procedures in effect in such Contracting State.

PART III – SPECIAL PROVISIONS ON LEGAL ASSISTANCE AND LEGAL RELATIONS IN CRIMINAL MATTERS

Article 78 – Transfer of Exhibits

1 The Contracting States shall provide one another upon request with:

a) such items as were used during a crime entailing the extradition of the criminal in accordance with this Convention, including instruments of the crime, property obtained as a result of the crime or as a reward for the crime, or assets exchanged for such property; and

b) items which may have the significance of evidence in a criminal case; they shall also be transferred where the criminal cannot be extradited as a result of the latter's demise or escape, or for other reasons.

2 Should the Contracting State addressed need those items listed in Article 78.1 above as evidence in a criminal case, their transfer may be delayed until the completion of the criminal proceedings in question.

3 Third-party rights in the items transferred shall remain valid. Following the completion of proceedings in a case, such items shall be returned, free of charge, to the Contracting State which has made them available.

Article 78-1 – Temporary Transfer of Person Held in Custody or Serving Time

1 Should it be necessary to interrogate a person held in custody or serving time in another Contracting State as a witness or a victim, or to perform any other investigative action with the participation of such person, the Contracting State addressed may transfer such person, regardless of its nationality and upon a substantiated request from the General Procurator (Prosecutor) of the requesting Contracting State, to the latter temporarily, provided that the person concerned is held in custody and returned when due.

2 A request for such temporary transfer of a person described in paragraph 1 of the present Article shall be executed in accordance with the requirements of Article 7, and shall indicate the time for which such person is required to be present in the requesting Contracting State.

3 No person described in paragraph 1 of the present Article shall be subject to such temporary transfer:

a) other than upon his own consent; or

b) if required to be present during the preliminary investigation or hearing in the Contracting State addressed; or

c) if the transfer may entail a breach of the time during which such person is required to remain in custody or in prison to serve the sentence.

4 Those persons described in paragraph 1 of the present Article shall be entitled to those guarantees granted by paragraph 1 of Article 9.

Article 79 – Notification des condamnations pénales et renseignements sur les antécédents judiciaires

1 Chaque État contractant communiquera tous les ans aux autres États contractants concernés des renseignements sur les jugements ayant acquis la force de la chose jugée rendus par ses tribunaux concernant des ressortissants desdits États contractants et leur enverra en même temps les empreintes digitales de condamnés dont il dispose.

2 Chaque État contractant fournit sur demande aux autres États contractants des renseignements sur les antécédents judiciaires de personnes déjà condamnées par ses tribunaux, si lesdites personnes font l'objet de poursuites pénales sur le territoire de l'État contractant requérant.

Article 80 – Procédure spéciale de communication

Les communications relatives aux extraditions et aux poursuites pénales sont effectuées par les procureurs généraux (procureurs) des États contractants.

Les communications relatives à l'exécution d'actes de procédure et autres, exigeant l'autorisation du procureur (tribunal), sont effectuées par les organes du ministère public selon la procédure établie par les procureurs généraux (procureurs) des États contractants.

CHAPITRE V – DISPOSITIONS FINALES

Article 81 – Application de la présente Convention

Les différends découlant de l'application de la présente Convention sont tranchés d'un commun accord par les autorités compétentes des États contractants.

Article 82 – Relation de la Convention avec d'autres traités internationaux

La présente Convention n'affecte pas les dispositions des autres traités internationaux dont les États contractants sont signataires.

Article 83 – Modalités d'entrée en vigueur

1 La présente Convention devra être ratifiée par les États l'ayant signée. Les instruments de ratification seront consignés auprès du Gouvernement de la République de Bélarus, qui exerce les fonctions de dépositaire de la présente Convention.

2 La présente Convention entrera en vigueur trente jours à compter de la date de consignation du troisième instrument de ratification auprès du dépositaire. En ce qui concerne les États dont l'instrument de ratification est consigné auprès du dépositaire après l'entrée en vigueur de la présente Convention, cette dernière entrera en vigueur trente jours à compter de la date de consignation dudit instrument de ratification.

Article 84 – Durée de la Convention

1 La présente Convention aura une durée de cinq ans à compter de la date de son entrée en vigueur. À l'issue de ladite durée, la Convention sera tacitement renouvelée de cinq ans en cinq ans.

2 Chaque État contractant peut dénoncer la présente Convention sur notification écrite au dépositaire douze mois avant l'expiration de la période de cinq ans courante.

Article 85 – Application dans le temps

La présente Convention s'étend aux rapports juridiques créés avant son entrée en vigueur.

Article 86 – Modalités d'adhésion à la Convention

D'autres États peuvent adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur avec le consentement de tous les États contractants, en remettant au dépositaire les documents relatifs à son adhésion. L'adhésion est réputée entrer en vigueur trente jour à compter de la date de réception par le dépositaire de la dernière notification de consentement à ladite adhésion.

Article 87 – Obligations du dépositaire

Le dépositaire devra informer dans les meilleurs délais tous les États ayant signé ou adhéré à la présente Convention de la date de consignation de chaque instrument de ratification ou document d'adhésion, de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention et des autres notifications qu'il aura reçues.

Fait à Minsk, le 22 janvier 1993, en un exemplaire original dressé en langue russe. L'exemplaire original est consigné dans les archives du Gouvernement de la République de Bélarus, qui en enverra une copie certifiée aux États signataires de la présente Convention.

Projet sur les jugements et instruments régionaux

Article 79 – Notices of Convictions and Criminal Records

1 Each Contracting State shall annually provide the other Contracting States with reports on *res judicata* convictions rendered by its courts against the nationals of the respective Contracting States together with the convicts' fingerprints.

2 Each Contracting State shall provide the other Contracting States, upon request and free of charge, with the criminal records of persons previously convicted by its courts if such persons are held criminally liable in the requesting Contracting State.

Article 80 – Special Liaison Procedures

Contacts regarding extradition and criminal prosecution issues shall be maintained by the General Procurators (Prosecutors) of the Contracting States.

Contacts regarding the performance of procedural or other acts requiring authorization from a public prosecutor or a court shall be maintained by public prosecutors' offices in accordance with the procedures prescribed by the General Procurators (Prosecutors) of the Contracting States.

SECTION V – FINAL PROVISIONS

Article 81 – Implementation Issues

Any issues arising out of or in connection with the implementation of this Convention shall be resolved by the competent authorities of the Contracting States by mutual agreement.

Article 82 – Convention's Relationship with Other International Agreements

This Convention shall not affect the provisions of other international agreements to which the Contracting States are parties.

Article 83 – Coming Into Force

1 This Convention shall be subject to ratification by its signatory nations. The instruments of ratification shall be surrendered for custody to the Government of the Belarus Republic, which shall act as the depositary of this Convention.

2 This Convention shall come into force on the 30th day after the day on which the third instrument of ratification is surrendered to the depositary. For each Contracting State which surrenders its instrument of ratification to the depositary after this Convention has already entered into force, this Convention shall take effect on the 30th day after the day on which its instrument of ratification was surrendered to the depositary.

Article 84 – Term

1 This Convention shall be valid for five years after its effective date. Upon the expiry of that period, this Convention shall be automatically extended, each time for another five-year term.

2 Any Contracting State may withdraw from this Convention by written notice to the depositary 12 months prior to the expiry of the five-year term then in effect.

Article 85 – Retroactive Force

This Convention shall also apply to those legal relations which have arisen before its effective date.

Article 86 – Accession Procedure

After this Convention comes into force, other nations may accede hereto – subject to the consent of all of the Contracting States – by providing the depositary with appropriate accession documents. Each accession shall be deemed effective upon the expiry of 30 days after the day on which the depositary received the last notice of consent to such accession.

Article 87 – Depositary's Obligations

The depositary shall promptly notify all of the signatories of this Convention and those nations having acceded hereto of the date on which each instrument of ratification or accession document is surrendered for custody, the Convention's effective date, and the depositary's receipt of other notices.

Done in the city of Minsk on 22 January 1993 in a single original copy in Russian. The original shall be on file in the Archives of the Government of the Belarus Republic, which shall send a certified copy of the Convention to each nation that is a party to this Convention.

Judgments Project and CIS States

Rapport sur la réunion du Comité de rédaction du 18 au 20 avril 2005 en préparation de la Vingtième session de juin 2005

PRÉPARÉ PAR ANDREA SCHULZ
PREMIER SECRÉTAIRE

Document préliminaire No 28 d'avril 2005

I. INTRODUCTION

1 Lors de sa réunion tenue les 31 mars et premier avril 2005, la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye a adopté la conclusion suivante:

« Compétence, reconnaissance et exécution des jugements en matière civile et commerciale

La Commission spéciale salue l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs de for élaboré au cours de la Commission spéciale sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, qui s'est déroulée du 21 au 27 avril 2004. Elle accueille très favorablement le fait qu'un Rapport explicatif à l'avant-projet de Convention a été préparé par les co-Rapporteurs, Trevor Hartley et Masato Dogauchi, afin de faciliter les consultations. La Commission spéciale prend également note qu'une Session diplomatique a été conviée par le Gouvernement du pays hôte et se tiendra du 14 au 30 juin 2005. Elle salue le rapport sur l'avancement des travaux préparatoires à cette Session. La Commission spéciale note qu'une réunion informelle des membres du Comité de rédaction, plus quelques participants / remplaçants ad hoc, s'est tenue à Bruxelles début février. Les personnes suivantes ont pris part à cette réunion, en qualité de membres du Comité de rédaction: Paul Beaumont, Alegría Borrás, Andreas Bucher, Masato Dogauchi, Trevor Hartley, Jeff Kovar, Gottfried Musger, Kathryn Sabo, Sun Jin et Mario Tenreiro. David Goddard, également membre du Comité de rédaction, était dans l'impossibilité de participer à la réunion. Certains membres qui n'ont pu participer à tout ou partie de la réunion, étaient représentés par d'autres participants: Alexander Matveev par Konstantin Kosorukov et Peter Trooboff par Ron Brand. Miloš Hatapka a assisté à toute la réunion, palliant ainsi l'absence partielle de Mario Tenreiro. De plus, Thierry Hoscheit (Luxembourg) a été invité afin de renforcer la participation des francophones. Jiang Danming (Chine), présent à Bruxelles pour l'audience organisée par la Commission européenne, a également pris part à la réunion. Le Bureau Permanent était, quant à lui, représenté par Andrea Schulz et Nicola Timmins.

La Commission spéciale a convenu que la réunion à Bruxelles était nécessaire et utile afin de planifier le travail futur, notamment en raison du décès soudain du président de la Commission spéciale, Allan Philip. Le Comité de rédaction, présidé par Gottfried Musger et assisté par les autres participants à la réunion de Bruxelles, devrait se réunir au Bureau Permanent du 18 au 20 avril 2005, éventuellement à des dates ultérieures si nécessaires, afin de préparer des propositions relatives à la terminologie, du fait de quelques problèmes identifiés dans l'avant-projet de Convention et dans le Rapport explicatif. La composition de ce groupe ne préjuge pas de la composition future du Comité de rédaction de la Session diplomatique. »

2 Conformément à cette conclusion, le Comité de rédaction du projet des jugements, augmenté de la plupart des participants *ad hoc* mentionnés ci-dessus, a tenu une réunion à La Haye, du 18 au 20 avril 2005. La réunion était présidée par Gottfried Musger (Autriche) et y participaient Paul Beaumont, Alegría Borrás, Ron Brand, Andreas Bucher, Masato Dogauchi, David Goddard, Trevor Hartley, Miloš Hatapka, Konstantin Kosorukov, Jeff Kovar, Kathryn Sabo, Sun Jin, Mario Tenreiro et Peter Trooboff. Thierry Hoscheit était retenu par d'autres obligations. Le Bureau Permanent était représenté par Hans van Loon, Secrétaire général et Andrea Schulz, Premier secrétaire. Les participants étaient présents à titre personnel et ne sont donc ni habilités ni disposés à engager ou lier un gouvernement quelconque.

3 Afin de faciliter la consultation au sein des États membres, le Rapport ci-après présente les propositions dégagées lors de la réunion et traduit les débats ayant mené à ces résultats sous l'intitulé de la disposition concernée. Les propositions de modification du texte actuel d'avant-projet de Convention sont indiquées en gras. En préparation de la Session diplomatique, un document de synthèse réunissant l'avant-projet de Convention et les formulations alternatives proposées sera préparé et diffusé à titre de Document de travail No 1, qui servira de base aux débats du mois de juin lors de la Session diplomatique.

4 Outre la réalisation des tâches confiées au Comité de rédaction par le mandat ci-dessus, c'est-à-dire la présentation de formulations pour les choix de politique devant être effectués par la Session diplomatique, certaines incohérences mineures dans la rédaction ont été identifiées dans l'avant-projet de Convention lors de la réunion, et des propositions pour y remédier figurent dans le présent document. Dans la version anglaise, cela s'applique à la proposition de remplacement de toute mention d'une matière « *referred to in Article 2(2)* » par « *excluded under Article 2(2)* ».

5 Du fait de contraintes de temps, le Comité de rédaction n'a pas été en mesure de préparer une version française complète des propositions de rédaction. Le texte français a été préparé par le Bureau Permanent après la réunion. Là encore, il est proposé de remédier à quelques incohérences de rédaction figurant dans l'avant-projet de Convention. Le Comité de rédaction a déjà identifié le chapeau de l'article 7, où certains mots devaient être supprimés. Par la suite, le remplacement proposé de « visée à l'article 2(2) » par « exclue en vertu de l'article 2(2) » à l'instar du texte anglais, a été ajouté par le Bureau Permanent. De même, à titre de modification résultant des décisions de rédaction prises par le Comité de rédaction au sujet des termes « *conclusion* », « *adoption* » et « *entry into force* » à l'article 23, le terme « conclure » de la version française du paragraphe 5 a été remplacé par « se joindre à » afin de correspondre au terme anglais non juridique « *enter into* » (par opposition aux termes de l'art susmentionnés qui sont utilisés dans cet article dans un contexte différent).

Réunion du Comité de rédaction – avril 2005

Report on the Meeting of the Drafting Committee of 18 to 20 April 2005 in Preparation of the Twentieth Session of June 2005

PREPARED BY ANDREA SCHULZ
FIRST SECRETARY

Preliminary Document No 28 of April 2005

I. INTRODUCTION

1 At its meeting held on 31 March and 1 April 2005, the Special Commission on General Affairs and Policy of the Hague Conference adopted the following conclusion:

"Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters

The Special Commission welcomed the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Clauses elaborated during the meeting of the Special Commission on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, which was held from 21-27 April 2004. It noted with great appreciation that an Explanatory Report on the preliminary draft Convention has been prepared by the Co-Reporters, Trevor Hartley and Masato Dogauchi, with a view to facilitating consultation. The Special Commission further took note of the fact that a Diplomatic Session has been convened by the host Government which will take place from 14 to 30 June 2005, and welcomed the progress report on preparatory work carried out in preparation of that Session. It noted that an informal meeting of the members of the Drafting Committee, plus some ad hoc replacements and attendants, had taken place in Brussels in early February. The following people participated: Paul Beaumont, Alegría Borrás, Andreas Bucher, Masato Dogauchi, Trevor Hartley, Jeff Kovar, Gottfried Musger, Kathryn Sabo, Sun Jin and Mario Tenreiro as members of the Drafting Committee. David Goddard, equally a member of the Drafting Committee, was unable to attend. Some members who were unable to attend the meeting in whole or in part were represented by others: Alexander Matveev by Konstantin Kosorukov and Peter Trooboff by Ron Brand. Miloš Hatapka also attended the meeting in full, thereby covering the partial absence of Mario Tenreiro. In addition, Thierry Hoscheit from Luxembourg was invited with a view to increasing the participation of French-speaking participants. Jiang Danming from China, who was in Brussels for the Hearing organised by the European Commission, equally participated. The Permanent Bureau was represented by Andrea Schulz and Nicola Timmins.

The Special Commission agreed that the meeting in Brussels had been necessary and useful in order to discuss future work in light of the unexpected death of the Chairman of the Special Commission, Allan Philip, and that the Drafting Committee, chaired by Gottfried Musger, assisted by those others present at the Brussels meeting, should meet at the Permanent Bureau from 18-20 April 2005, and possibly at later dates, if necessary, with a view to preparing language suggestions for some of the issues identified in the preliminary draft Convention and the Explanatory Report. The composition of this group is without prejudice to the future composition of the Drafting Committee of the Diplomatic Session."

2 In accordance with this conclusion, the Drafting Committee on the Judgments Project, plus most of the *ad hoc* participants mentioned above, held a meeting of 3 days in The Hague from 18-20 April 2005. The meeting was chaired by Gottfried Musger from Austria and attended by Paul Beaumont, Alegría Borrás, Ron Brand, Andreas Bucher, Masato Dogauchi, David Goddard, Trevor Hartley, Miloš Hatapka, Konstantin Kosorukov, Jeff Kovar, Kathryn Sabo, Sun Jin, Mario Tenreiro and Peter Trooboff. Thierry Hoscheit was unable to attend. The Permanent Bureau was represented by the Secretary General, Hans van Loon, and First Secretary Andrea Schulz. Participants attended in their personal capacity and are therefore neither in a position nor willing to commit or bind any government.

3 In order to facilitate consultation within Member States, the following Report presents the proposals achieved at the meeting and reflects the discussions leading to these results under the heading of the provisions concerned. Proposed changes to the present text of the preliminary draft Convention are highlighted in bold. In preparation of the Diplomatic Session, a consolidated document containing both the preliminary draft Convention and the proposed alternative language will be prepared and circulated as Working Document No 1 which will be the basis for the discussions in June during the Diplomatic Session.

4 In addition to carrying out the tasks conferred upon the Drafting Committee by the mandate above, *i.e.*, to provide language for the policy options to be chosen by the Diplomatic Session, some minor drafting inconsistencies were identified in the preliminary draft Convention during the meeting, and proposals to remedy them are included in this document. In the English version, this applies to the proposal to replace all references to a matter "referred to in Article 2(2)" by "excluded under Article 2(2)".

5 Due to time constraints, the Drafting Committee was not able to prepare a full French version of the drafting proposals. The French text was prepared by the Permanent Bureau after the meeting. Here as well, it is proposed to remedy some drafting inconsistencies contained in the preliminary draft Convention. The Drafting Committee already identified that this applies to the chapeau of Article 7, where some words had to be deleted. Subsequently, the suggested replacement of "*visée à l'article 2(2)*" by "*exclue en vertu de l'article 2(2)*" as in the English text was added by the Permanent Bureau. Likewise, as a consequential change to drafting decisions taken by the Drafting Committee relating to the words "conclusion", "adoption" and "entry into force" in Article 23, the word "*conclure*" in the French version of paragraph 5 was replaced by "*se joindre à*" in order to match the English, non-legal "enter into" (as opposed to the above-mentioned terms of art which are used in a different context in that Article).

II. COMMENTAIRE DES PROPOSITIONS INDIVIDUELLES DE RÉDACTION

1. Questions de rédaction ayant trait à la propriété intellectuelle

a) Article 2(2) k)

6 L'article 2(2) actuel exclut certaines matières du champ d'application de la Convention. La formulation des dispositions relatives à la propriété intellectuelle de l'article 2(2) *k)* est la suivante :

« 2 La Convention ne s'applique pas aux matières suivantes :

(...)

k) [les droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins, à l'exception des litiges fondés sur des contrats accordant une licence ou cédant de tels droits de propriété intellectuelle [y compris les litiges portant sur une contrefaçon du droit faisant l'objet du contrat] » ;[1]

La politique sous-tendant cette terminologie est la suivante :

– le contentieux portant sur la validité des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteurs et les droits voisins à titre d'objet principal du litige devrait être exclu du champ d'application de la Convention ;

– le contentieux contractuel portant sur des droits de propriété intellectuelle devrait être compris dans le champ d'application de la Convention ;

– les affaires de pure piraterie n'en relèveraient pas dans la plupart des cas car il n'y aurait pas d'accord d'élection de for.

7 Le Rapport explicatif de Masato Dogauchi et Trevor Hartley (Doc. prél. No 26) explique cette politique aux paragraphes 36 à 44. Cependant, lors de la Commission spéciale d'avril 2004, certains doutes avaient déjà été exprimés quant à savoir si la formulation de l'article 2(2) *k)* de l'avant-projet de Convention (dans sa première partie jusqu'aux premiers crochets) exprimait réellement cette politique. La technique de rédaction consistant en une très large exclusion du champ d'application (droits de propriété intellectuelle) affectée d'une exception interne (à l'exception de ...) qui définit la portée finale du champ d'application, conduit à une ambiguïté. Une autre question consiste à savoir si la formulation définissant le contentieux contractuel couvert (« fondés sur des contrats accordant une licence ou cédant ... ») est suffisamment large ou omet certains contrats qui auraient dû être couverts. L'alinéa *k)* a donc été placé entre crochets. Les consultations ultérieures ont confirmé ces doutes. Certains intéressés craignaient que lorsqu'une instance « fondée sur un contrat » est engagée, tout le contentieux de la propriété intellectuelle ne soit alors réintégré au champ d'application de la Convention, y compris le contentieux dont l'objet est la validité d'un droit de propriété intellectuelle.

8 Le second jeu de crochets internes autour de la dernière partie de l'actuel article 2(2) *k)* concerne une question distincte, bien que de nature semblable. Le paragraphe 42 du Rapport explicatif indique :

« 42 Litiges portant sur une contrefaçon. Il était prévu que la Convention s'applique aux contentieux portant sur l'étendue d'une licence de propriété intellectuelle. Une telle procédure pourra être engagée en responsabilité contractuelle ou délictuelle. Dans certains pays, les parties ne sont tenues que de plaider les faits ; il appartient au tribunal de les qualifier en droit. Le choix par le tribunal de la responsabilité contractuelle ou délictuelle pourra dépendre de ce qui est le plus facile à prouver. Dans d'autres pays, les parties elles-mêmes décident de poursuivre en contrat ou en délit. Elles peuvent avoir de bonnes raisons de choisir l'une ou l'autre solution (telles que la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts plus élevés). La plupart des délégués ont jugé que la question de savoir si une affaire relevait de la Convention ou non ne devrait pas dépendre de ces considérations accessoires. Certains délégués ont jugé que la formulation de l'alinéa k) suffisait à couvrir les procédures contractuelles aussi bien que délictuelles sans les termes supplémentaires entre crochets ; d'autres étaient d'avis que les termes supplémentaires étaient nécessaires pour éviter les malentendus. »

9 Afin de résoudre ces deux questions de rédaction, le Comité de rédaction propose le remplacement de l'article 2(2) *k)* par les paragraphes suivants :

« k) la validité des droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins ;

[k bis) la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins [, à l'exception des litiges portant sur une contrefaçon qui sont ou qui auraient pu être fondés sur un contrat tendant à la cession ou à l'utilisation de tels droits] ;] »

10 Cette rédaction expliciterait que *seules* la *validité* des droits de propriété intellectuelle (autres que les droits d'auteur et droits voisins) et – si l'alinéa *k bis*) est adopté – la *contrefaçon* de tels droits sont exclues du champ d'application. De sorte que la propriété intellectuelle en tant que telle, et notamment le contentieux contractuel portant sur la propriété intellectuelle, relève du champ d'application de la Convention. En outre, la deuxième partie de l'alinéa *k bis*) évite le danger d'une limitation trop étroite des types de contrats de propriété intellectuelle couverts : bien qu'en général, la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins échappe au champ d'application de la Convention, les litiges en matière de contrefaçon liés à des contrats y seraient inclus. L'exception des litiges en contrefaçon serait donc limitée aux affaires de simple piraterie dans lesquelles il n'existe pas de lien contractuel entre le titulaire du droit et le contrefacteur.

b) Article 2(3)

11 La formulation actuelle de l'article 2(3) de l'avant-projet de Convention (Doc. trav. No 110 révisé) est la suivante :

« Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention lorsqu'une matière visée au paragraphe 2 est soulevée à titre incident et non à titre principal. »

12 Une première proposition consiste à remplacer les termes : « visée au » de la deuxième ligne par « **exclue en vertu du** ». Lors des consultations, on a fait remarquer que la règle du paragraphe 3 a pour objet de traiter de matières exclues en vertu du paragraphe 2, et que « visée au » s'appliquerait également, par exemple, aux droits d'auteur et droits voisins qui sont mentionnés (« visés ») dans le paragraphe 2 mais non

[1] En vertu de ce projet, la validité soulevée à titre principal est exclue du champ d'application de la Convention.

Réunion du Comité de rédaction – avril 2005

II. COMMENTS ON THE INDIVIDUAL DRAFTING PROPOSALS

1. Drafting issues related to intellectual property (IP)

a) Article 2(2) k)

6 The current Article 2(2) excludes some matters from the scope of the Convention. The IP-related provision in Article 2(2) *k)* reads:

"2 The Convention shall not apply to the following matters –

(...)

k) [intellectual property rights other than copyright or related rights, except in proceedings pursuant to a contract which licenses or assigns such intellectual property rights [including proceedings for infringement of the right to which the contract relates]],[1]

The policy intended to be expressed by these words had been that:

– litigation concerning validity of IP rights other than copyright or related rights as the object of the proceedings should be excluded from the scope of the Convention,

– contractual litigation concerning IP rights should be included in the scope of the Convention,

– sheer piracy would in most cases not be covered because there would not be a choice of court agreement.

7 The Explanatory Report by Masato Dogauchi and Trevor Hartley (Prel. Doc. No 26) explains this policy in paragraphs 36-44. However, already during the Special Commission of April 2004 there were some doubts as to whether the wording of Article 2(2) *k)* of the preliminary draft Convention (in its first part until the set of internal square brackets) actually expressed this policy. The drafting technique of a very wide exclusion from scope (IP rights) with an internal exception (except ...) which defines the ultimate reach of the scope, leads to ambiguity. Another question is whether the language defining the contractual litigation covered ("pursuant to a contract which licenses or assigns ...") is broad enough or misses out some contracts that should be covered. Therefore sub-paragraph *k)* was put into square brackets. These doubts were later confirmed by consultations. Some stakeholders feared that, where proceedings were brought "pursuant to a contract", all IP litigation was thereby brought back into the scope of the Convention, including litigation which had validity of an IP right as its object.

8 The second, internal set of square brackets around the last part of current Article 2(2) *k)* relates to a separate issue, albeit of a similar nature. Paragraph 42 of the Explanatory Report states:

"42 Infringement proceedings. It was intended that the Convention should apply to litigation concerning the scope of an intellectual property licence. Such proceedings may be brought either in contract or in tort. In some countries, the parties are required only to plead the facts: it is for the court to determine the appropriate legal characterization. Whether the court chooses contract or tort may depend on which is easier to prove. In other countries, the parties themselves decide whether to sue in contract or tort. They may have good reasons (such as the opportunity to obtain higher damages) for choosing one or the other. Most delegates felt that it should not depend on these accidental considerations whether or not a case was covered by the Convention. Some delegates thought that the wording of sub-paragraph k) was sufficient to cover proceedings in both contract and tort without the additional words in square brackets; others thought that the additional words were necessary to avoid misunderstanding."

9 In order to resolve these two drafting issues, the Drafting Committee proposes to replace Article 2(2) *k)* with the following paragraphs:

"k) validity of intellectual property rights other than copyright or related rights;

[k bis*) infringement of intellectual property rights other than copyright or related rights[, except where infringement proceedings are or could have been brought pursuant to a contract for the transfer or use of such rights];]"*

10 This drafting would make clear that *only* the *validity* of IP rights (other than copyright or related rights) and – if sub-paragraph *k bis)* is adopted – *infringement* of such rights are excluded from the scope. So IP as such, and in particular IP-related contract litigation, is within the scope of the Convention. Moreover, the second part of sub-paragraph *k bis)* avoids the danger of narrowing too much the types of IP-related contracts covered: although in general, infringement of IP rights other than copyright or related rights is outside the scope of the Convention, contract-related infringement proceedings would be included in the scope. The exception for infringement proceedings would thus be narrowed to mere piracy cases where there is no contractual link between the right-holder and the infringer.

b) Article 2(3)

11 Article 2(3) of the preliminary draft Convention (Work. Doc. No 110 Revised) currently reads:

"Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter referred to in that paragraph arises merely as an incidental question and not as an object of the proceedings."

12 A first proposal is to replace the words "referred to" in the second line by "**excluded under**". During consultations it was pointed out that the rule in paragraph 3 is intended to deal with matters excluded under paragraph 2, and that "referred to" would also apply to, *e.g.*, copyright and related rights which are mentioned in ("referred to"), but not "ex-

[1] According to this draft, validity as a principal issue is excluded from the scope of the Convention.

« exclus en vertu de » celui-ci. (Cela concerne également les articles 6, 10(1) et 20(1),[2] voir ci-dessous.) La formulation suivante est donc proposée :

« Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention lorsqu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée à titre incident et non à titre principal. »

13 Une seconde proposition vise à clarifier l'effet de cette règle sur les questions incidentes d'une manière plus pratique. Le concept juridique de question incidente, par opposition à l'objet principal de l'instance, n'est pas uniformément connu dans tous les systèmes de droit. Les consultations, notamment parmi les intéressés du domaine de la propriété intellectuelle, ont indiqué que la rédaction actuelle de l'article 2(2) *k)* avec son exclusion et la dérogation ultérieure à l'exclusion, combinée avec la disposition sur les questions incidentes du paragraphe 3, constituerait une source de confusion. Le Comité de rédaction propose donc d'ajouter une deuxième phrase au paragraphe 3 qui donne un exemple de ce que la règle générale pourrait signifier d'une manière plus concrète.

« En particulier, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention du seul fait qu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée en défense. »

14 Lorsqu'un demandeur engage une instance dont l'objet relèverait du champ d'application de la Convention (par exemple, au titre de redevances dans le cadre d'une licence de propriété intellectuelle), c'est normalement en défense qu'une question échappant au champ d'application de la Convention, par exemple la nullité du droit de propriété intellectuelle, sera soulevée. Il n'y a qu'une instance unique concernant à la fois la demande initiale et le moyen de défense. La nouvelle deuxième phrase expliciterait le fait que ce moyen de défense ne place pas cette instance en tant que telle hors du champ d'application de la Convention.

15 Lorsque, par contre, une demande reconventionnelle est présentée (bien que fondée sur les mêmes arguments mentionnés ci-dessus, par exemple la nullité du droit de propriété intellectuelle), cette demande reconventionnelle constitue une demande distincte ayant son objet propre (en l'occurrence la nullité du droit de propriété intellectuelle qui, en vertu du nouvel article 2(2) *k)* proposé, serait clairement exclue du champ d'application de la Convention). Cela ne signifie pas que l'instance concernant la demande reconventionnelle ne pourrait pas se poursuivre ; mais uniquement que la Convention, y compris ses articles 5, 7 et 9, ne s'appliquerait pas à la procédure et au jugement qui en résulte *à l'égard de la demande reconventionnelle*. La demande initiale de redevances continuerait de relever de la Convention.

c) Article 6 – Sursis à statuer lié aux questions incidentes

16 La formulation actuelle de l'article 6, qui figure entre crochets, est la suivante :

« Article 6 – Sursis à statuer du tribunal élu

[La présente Convention n'empêche pas le tribunal élu de surseoir à statuer ou se dessaisir de la demande dont il est saisi, notamment afin de permettre aux tribunaux de l'État de la loi duquel découle un droit de propriété intellectuelle, de rendre un jugement sur la validité de ce droit, pourvu qu'un tel dessaisissement n'empêche pas de recommencer la procédure.] »

17 Cette disposition figure entre crochets pour plusieurs motifs exposés dans le Rapport explicatif (Doc. prél. No 26, para. 114). Bien qu'en substance, l'article ne fait que disposer que la Convention ne traite pas des questions de sursis ou de dessaisissement dans les cas visés, et les renvoie au droit interne, on a craint que l'article puisse encourager l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de ne pas connaître de l'affaire (sursis en vertu du principe de *forum non conveniens*). En outre, bien que l'intention ait été de traiter du sursis ou dessaisissement dans les cas où une matière exclue en vertu de l'article 2(2) est soulevée à titre incident, la formulation semble plus large, contredisant ainsi l'obligation en vertu de l'article 5(2) de ne pas surseoir à statuer ou se dessaisir en faveur des tribunaux d'un autre État. Une autre préoccupation concerne le délai apparemment illimité que le droit interne pourrait accorder pour un tel sursis. La nouvelle formulation suivante est donc proposée :

« Article 6 – Sursis à statuer lié aux questions incidentes

[La présente Convention n'exige ni n'empêche qu'un sursis à statuer soit ordonné par le tribunal élu pour une période raisonnablement nécessaire à un autre tribunal afin de décider d'une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2, et soulevée à titre incident, en particulier afin de permettre aux tribunaux de l'État de la loi duquel découle un droit de propriété intellectuelle de rendre un jugement sur la validité de ce droit.] »

18 L'expression « n'exige ni n'empêche » fait écho à la formulation adoptée par la Commission spéciale pour l'article 8. En outre, bien que la politique reste la même et que la Convention en général ne traite pas d'une telle suspension prévue par le droit interne, l'article 6 fixe désormais une limite dans le temps. Il rejoint ainsi l'article 5(2) qui interdit à un tribunal de refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige, et assure qu'en définitive, le tribunal élu et saisi devra reprendre et conclure la procédure. Parmi les participants, il a été jugé que la mention du dessaisissement était superflue et que dans la version anglaise, le terme non technique « *suspension* » (par opposition à « *stay* ») suffirait. En outre, la nouvelle formulation proposée limite la suspension visée dans cet article 6 aux affaires dans lesquelles une matière exclue en vertu de l'article 2(2) est soulevée à titre incident. Introduites par les termes « en particulier », les procédures concernant les droits de propriété intellectuelle dans lesquelles la validité du droit est soulevée à titre incident sont mentionnées comme exemple important ayant donné lieu à la disposition.

19 Il est proposé de modifier le titre afin de traduire le nouveau champ d'application plus restreint et de conserver le terme « *suspension* » en anglais, ainsi qu'il est utilisé dans l'article lui-même, au lieu du terme plus technique « *stay* ».

d) Article 10 – Questions incidentes

20 Ici, pour les motifs mentionnés ci-dessus, la même modification qu'aux articles 2(3) et 6 est proposée, le remplacement de « visée à » par « exclue en vertu de ».

« (1) Lorsqu'une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2 est soulevée à titre incident, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention. »

21 La règle fondamentale concernant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement se trouve à l'article 9. L'arti-

[2] Note du Bureau Permanent : à la suite d'une omission, à l'art. 20(1) les termes « *referred to in* » ont été conservés dans les documents en anglais que les participants ont ramenés de la réunion. Suite à la décision générale du Comité de rédaction d'apporter cette modification aux articles concernés, dans le présent document, les termes « *referred to in* » / « visées au » ont donc été remplacés par « *excluded under* » / « exclues en vertu du » à l'art. 20(1).

Réunion du Comité de rédaction – avril 2005

cluded under", paragraph 2. (This also applies to Articles 6, 10(1) and 20(1),[2] see below). Therefore the following wording is suggested:

"Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter excluded under that paragraph arises merely as an incidental question and not as an object of the proceedings."

13 A second proposal aims at clarifying the effect of this rule on incidental questions in more practical terms. The legal concept of incidental question versus object (or subject) of the proceedings is not equally well known in all legal systems. Consultation, in particular among IP stakeholders, has shown that the current drafting of Article 2(2) *k)* with its exclusion and the subsequent exception from the exclusion, combined with the incidental question provision in paragraph 3, would be a source of confusion. Therefore the Drafting Committee proposes to add a second sentence to paragraph 3 which exemplifies what the general rule could mean in more concrete terms.

"In particular, proceedings are not excluded from the scope of the Convention merely because a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence."

14 Where a plaintiff brings proceedings the object of which would be within the scope of the Convention (*e.g.*, for royalties under an IP licence), it is normally by way of defence that an issue outside the scope of the Convention is raised, *e.g.*, invalidity of the IP right. There is only one set of proceedings both on the initial claim and the defence. The new second sentence makes clear that such defence does not move these proceedings as such outside the scope of the Convention.

15 Where, on the other hand, a counterclaim is brought (albeit based on the same arguments just mentioned, *e.g.*, invalidity of the IP right), this counterclaim is a separate claim which has its own object (in this case the invalidity of the IP right, which, under the proposed new Article 2(2) *k)*, would be clearly excluded from the scope of the Convention). This does not mean that the proceedings on the counterclaim could not continue; it only means that the Convention, including its Articles 5, 7 and 9, would not apply to the proceedings and the resulting judgment *on the counterclaim*. The initial claim for royalties would remain within the Convention.

c) Article 6 – Suspension of proceedings in connection with incidental question

16 Article 6, which is in square brackets, currently reads:

"Article 6 – Stay of proceedings in the chosen court

[Nothing in this Convention shall prevent the chosen court from suspending or dismissing the proceedings before it, in particular in order to allow the courts of the State under the law of which an intellectual property right arose, to give a judgment on its validity, provided that such dismissal does not prevent the proceedings from being recommenced.]"

17 This provision is in square brackets for several reasons set out in the Explanatory Report (Prel. Doc. No 26, para. 114). Although in substance the Article only says that the Convention does not deal with the issues of stay or dismissal in the situations described, and leaves them to internal law, it was feared that the Article might encourage the exercise of discretion not to hear a case (stay under the doctrine of *forum non conveniens*). Moreover, while it had been intended to deal with a stay or dismissal in cases where a matter excluded under Article 2(2) arises as an incidental question, the language seems to be broader than that, thereby contradicting the obligation under Article 5(2) not to stay or dismiss proceedings in favour of the courts of another State. Another concern is the apparently unlimited time which could be allowed by internal law for such a stay. Therefore, the following new language is suggested:

"Article 6 – Suspension of proceedings in connection with incidental question

[This Convention neither requires nor precludes the suspension of proceedings before the chosen court for such reasonable time as is necessary to allow another court to decide a matter excluded under Article 2, paragraph 2, which arises as an incidental question, in particular to allow the courts of the State under the law of which an intellectual property right arose to give a judgment on its validity.]"

18 The term "neither requires nor precludes" echoes the language adopted by the Special Commission for Article 8. In addition, although the policy remains the same and the Convention does not in general deal with such suspension provided for by internal law, Article 6 now sets a time limit. It thereby links in with Article 5(2) which prohibits a court to decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State and ensures that eventually, the court chosen and seized will have to resume and finish the proceedings. Among those present, it was felt that the reference to "dismissal" was superfluous and that in the English version, the non-technical term "suspension" (as opposed to "stay") would be sufficient. Moreover, the proposed new wording limits the suspension referred to in this Article 6 to cases where a matter excluded under Article 2(2) arises as an incidental question. Introduced by the words "in particular", proceedings relating to IP rights, where validity of the right arises as an incidental question, are mentioned as a prominent example which gave rise to this provision.

19 It is proposed to change the title in order to reflect the new, narrower scope and to retain the word "suspension" in English, as used in the Article itself, instead of the more technical term "stay".

d) Article 10 – Incidental questions

20 Here, for the reasons mentioned above, the same change as in Article 2(3) and 6 is proposed, *i.e.*, to replace "referred to in" by "excluded under".

"(1) Where a matter excluded under Article 2, paragraph 2, arose as an incidental question, the ruling on that question shall not be recognised and enforced under this Convention."

21 The basic rule relating to the recognition and enforcement of a judgment can be found in Article 9. Article 10(1)

[2] Note by the Permanent Bureau: Due to an omission, in Article 20(1) the words "referred to in" were retained in the documents in English which the participants took away from the meeting. Following the general decision of the Drafting Committee to make this change in the Articles concerned, in this document, the words "referred to in" have therefore been replaced by "excluded under" in Article 20(1).

cle 10(1) concerne la (non-)reconnaissance d'une décision sur une question incidente ayant trait à une matière exclue qui est « incrustée » dans le jugement, et indique que l'effet transfrontalier d'une telle décision n'est pas régi par la Convention. Le Comité de rédaction a débattu de la question de savoir si des termes supplémentaires pourraient être ajoutés à ce paragraphe afin d'expliciter que la dérogation par rapport à l'obligation de reconnaître et d'exécuter en vertu de la Convention qui résulte de l'article 10(1) s'applique *uniquement* à la décision sur la question incidente « incrustée » et ne concerne pas le jugement dans son ensemble. Ce paragraphe vise uniquement à empêcher *la Convention*[3] de donner un effet de type « *collateral estoppel* » à cette décision. Des mots tels que « en tant que tel », « séparément », « indépendamment » et « elle-même » ont été débattus et rejetés. Il apparaît qu'aucun de ces termes n'apporterait un éclaircissement au texte actuel.

2. Article 7 – Obligations du tribunal non élu

22 Le Comité de rédaction a examiné toutes les dispositions de l'avant-projet de Convention afin de considérer si leur formulation était suffisamment large pour recouvrir les situations dans lesquelles les parties au litige sont différentes des parties initiales à l'accord (par exemple du fait d'une cession, subrogation, succession ou fusion). La seule disposition où un changement nécessaire a été identifié est l'article 7. La rédaction actuelle de son chapeau est la suivante :

« Si les parties ont conclu un accord exclusif d'élection de for qui désigne un tribunal ou les tribunaux d'un État contractant, tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir sauf si : »

23 Cela semble limiter l'application de l'article aux situations où seules les parties initiales ayant conclu l'accord d'élection de for participent par la suite à une instance devant un tribunal non élu. Afin d'assurer que ce tribunal sera tenu d'appliquer l'article 7 à toutes parties, dans la mesure où elles sont liées par un accord exclusif d'élection de for (conclu par elles-mêmes ou les liant par ailleurs), la formulation suivante est proposée :

« Un tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique, sauf si : »

24 En outre, il a été indiqué que la version française du chapeau de l'article 7 de l'avant-projet de Convention comportait des termes superflus (« qui désigne un tribunal ou les tribunaux d'un État contractant »). Ils avaient été supprimés de la version anglaise au cours de la dernière Commission spéciale car cela résultait implicitement de la définition d'un accord exclusif d'élection de for dans l'article 3 *a)*. Il a donc été proposé d'aligner la version française sur la version anglaise et de supprimer ces mots.

3. Jugements incompatibles – articles 9(1) f) et 11

a) Article 11 – Jugements rendus en violation d'un accord exclusif d'élection de for

25 L'article 11 de l'avant-projet de Convention figure entre crochets. Comme l'explique le rapport (Doc. prél. No 26, para. 172 et s.), cette règle avait pour objectif de constituer un « blocage ». Elle visait à imposer aux États contractants une obligation de ne pas reconnaître certains jugements « rendus en violation d'un accord exclusif d'élection de for », que ces jugements aient été rendus dans un État contractant ou un État non contractant.

26 Le Rapport démontre également que la formulation actuelle soulève un certain nombre de questions. Elle fait référence à l'article 7 (qui permet à un tribunal saisi mais non élu d'exercer une compétence et de connaître d'une affaire dans certains cas), mais dans une situation relevant de l'article 11, nous ne sommes plus au stade de la compétence. Au stade « articles 9 et 11 » de la reconnaissance et de l'exécution, que signifie la référence à l'article 7 pour un tribunal confronté à une demande de reconnaissance et d'exécution d'un jugement étranger ? Le tribunal doit-il vérifier si *le tribunal qui a rendu le jugement*, bien qu'il ne soit pas le tribunal élu, avait le droit de le faire en vertu de l'article 7 (ou aurait eu ce droit, si l'État d'origine avait été un État contractant) ? Ou le tribunal saisi doit-il vérifier s'il aurait *lui-même* pu rendre un jugement sur le fond en vertu d'une des exceptions à l'article 7 (que le tribunal ayant rendu le jugement ait également eu ou non ce droit), et, s'il avait cette possibilité, qu'il a également le droit de reconnaître un jugement étranger ?

27 Ces deux politiques sont mentionnées aux paragraphes 175 et suivants du Rapport explicatif, et une formulation est proposée ici pour les deux.

28 Une autre question soulignée au paragraphe 173 du Rapport explicatif et soulevée lors des débats du Comité de rédaction est celle de savoir si l'article 11 devrait s'appliquer aux jugements provenant d'États contractants aussi bien qu'à ceux provenant d'États non contractants. Cela n'a pas été débattu lors de la Commission spéciale d'avril 2004.

29 Lors des discussions, on a fait remarquer qu'il pourrait être superflu d'imposer une telle obligation de blocage à l'égard de jugements en provenance d'autres États contractants. On devrait supposer que leurs tribunaux appliqueraient la Convention, y compris son article 7, de manière appropriée. Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité même de l'article 11, mais si elle est admise, elle ne concernerait probablement que les jugements provenant d'États non contractants. De tels État ne sont cependant soumis à aucune obligation en vertu de la Convention et ne peuvent donc agir « en violation de la Convention ». Il serait donc nécessaire d'adapter la formulation.

30 Le Comité de rédaction a débattu de la question de savoir si, à la lumière de cette constatation, il serait possible de trouver une formulation plus simple que les deux variantes proposées au paragraphe 175 du Rapport explicatif. Il a également identifié le lien avec l'article 9(1) *f)* qui *permet* de refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement *en vertu de la Convention* s'il existe un jugement incompatible. L'article 11 actuel va plus loin et vise à disposer que, même lorsque ces reconnaissance et exécution pourraient être possibles en vertu du *droit interne*, elles *doivent être refusées*.

31 Le texte suivant poursuit cette politique, limitée aux jugements en provenance d'États non contractants. Il traite les jugements en provenance d'États contractants plus favorablement que les jugements en provenance d'États non contractants, parce que l'article 11 ne s'applique pas aux premiers. On espère que cela constituera une incitation à rejoindre la Convention.

« Article 11 – Jugements rendus en violation d'un accord exclusif d'élection de for

[Lorsque les parties sont liées par un accord exclusif d'élection de for, le jugement rendu dans un État non contractant,

[3] Comme indiqué en note 46 du Rapport explicatif, elle pourra recevoir effet sur un autre fondement en droit national. La Convention n'en traite pas, et il a été jugé préférable de ne pas proposer de changements de rédaction pour le rendre explicite.

Réunion du Comité de rédaction – avril 2005

relates to the (non-)recognition of a ruling on an incidental question relating to an excluded matter which is "embedded" in the judgment, and states that the transfrontier effect of such ruling is not governed by the Convention. The Drafting Committee had some discussion as to whether further words could be added to this paragraph in order to clarify that the exemption from the obligation to recognise and enforce under the Convention as stated by Article 10(1) applies *only* to the "embedded" ruling on the incidental question, and does not extend to the judgment as a whole. This paragraph only aims to prevent *the Convention*[3] from giving collateral estoppel-type effect to this ruling. Words like "as such", "separately", "independently" and "itself" were debated and abandoned. It seems that none of these words would bring greater clarity to the present text.

2. Article 7 – Obligations of a court not chosen

22 The Drafting Committee screened all provisions of the preliminary draft Convention in order to examine whether their wording is broad enough to cover situations where the parties to the dispute are different from the original parties to the agreement (*e.g.*, because of assignment, subrogation, succession, merger). The only provision where a need for a change was identified is Article 7. Its chapeau reads presently:

"Where the parties have entered into an exclusive choice of court agreement, any court in a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss the proceedings unless –"

23 This seems to limit the application of the Article to cases where only the original parties who entered into the choice of court agreement are later engaged in proceedings before a court not chosen. In order to make sure that that court would have to apply Article 7 to any parties, as long as they are bound by an exclusive choice of court agreement (concluded by themselves or otherwise binding them), the following wording is proposed:

"A court in a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies unless –"

24 Moreover, it was stated that the French version of the chapeau of Article 7 in the preliminary draft Convention contained excessive language ("*qui désigne un tribunal ou les tribunaux d'un Etat contractant*"). This had been deleted in the English version during the last Special Commission because it was implicit in the definition of an exclusive choice of court agreement in Article 3 *a)*. It was therefore suggested to bring the French version in line with the English version and delete these words.

3. Inconsistent judgments – Articles 9(1) f) *and 11*

a) Article 11 – Judgments in Contravention of exclusive choice of court agreements

25 Article 11 of the preliminary draft Convention is in square brackets. As explained in the Report (Prel. Doc. No 26, paras. 172 *et seq.*), this was intended to be a "blocking rule". Its purpose was to impose an obligation on Contracting States not to recognise certain judgments given "in contravention of an exclusive choice of court agreement", regardless of whether these judgments were given in a Contracting State or a non-Contracting State.

26 The Report equally demonstrates that the present wording raises a number of questions. It refers to Article 7 (which allows a court seised but not chosen to exercise jurisdiction and hear a case under certain conditions), but in an Article 11-situation we are no longer at the jurisdiction stage. At the "Article 9 and 11-stage" of recognition and enforcement, what does the reference to Article 7 mean for a court which is faced with a request to recognise and enforce a foreign judgment? Does the court have to check whether *the court which gave the judgment*, although it was not the chosen court, had the right to do so under Article 7 (or would have had the right, had the State of origin been a Contracting State)? Or does the court addressed have to check whether it could *itself* have given a judgment on the merits under one of the exceptions in Article 7 (regardless of whether the court which actually gave the judgment also had this right) and, if it could have done so, it is as well entitled to recognise a foreign judgment?

27 These two policies are identified in paragraphs 175 *et seq.* of the Explanatory Report, and wording is proposed there for both of them.

28 Another question pointed out in paragraph 173 of the Explanatory Report and raised during the discussions of the Drafting Committee was whether Article 11 should apply to judgments from Contracting States as well as from non-Contracting States. This was not discussed during the Special Commission of April 2004.

29 In the discussions it was pointed out that it might be superfluous to impose such a blocking obligation with regard to judgments from other Contracting States. One should trust that their courts would apply the Convention, including its Article 7, correctly. There were doubts whether Article 11 was necessary at all, but if so, it would probably only be needed for judgments from non-Contracting States. Such States, however, are not under any Convention obligation and can therefore not act "in contravention of this Convention". The wording would therefore have to be adapted.

30 The Drafting Committee discussed whether, in light of this understanding, language simpler than the two variants proposed in paragraph 175 of the Explanatory Report could be found. It also identified the link to Article 9(1) *f)* which *allows* to refuse recognition and enforcement of a judgment *under the Convention* if there is an inconsistent judgment. The current Article 11 goes beyond that and intends to state that, even where such recognition and enforcement might be possible under *internal law*, it *has to be refused.*

31 The following text maintains this policy, limited to judgments from non-Contracting States. It treats judgments from Contracting States better than judgments from non-Contracting States because Article 11 does not apply to the former. It is hoped that this will create an incentive to join the Convention.

"Article 11 – Judgments in contravention of exclusive choice of court agreements

[Where the parties are bound by an exclusive choice of court agreement, the courts of a Contracting State shall not rec-

[3] As stated in footnote 46 of the Explanatory Report, it may be given effect on some other basis under national law. The Convention does not deal with this, and it was felt preferable not to suggest any drafting changes to make this explicit.

qui aurait été rendu[4] *en violation de la présente Convention si l'État d'origine avait été un État contractant, n'est ni reconnu ni exécuté par les tribunaux d'un État contractant.]*[5]

32 Cette formulation s'appliquerait qu'il existe ou non déjà un jugement rendu par le tribunal élu dans un État contractant. Si l'article 11 impose une obligation de ne pas reconnaître un jugement en provenance d'un État non contractant en vertu du droit interne, y compris les autres traités auxquels cet État est partie, un État peut être néanmoins soumis à une obligation conventionnelle de reconnaître un tel jugement. Ce conflit sera tranché par la proposition d'article 23(3), qui prévoit la primauté des obligations conventionnelles « plus anciennes ».

33 La proposition figure entre crochets parce que l'article 11 actuel est également entre crochets, et il n'a pas encore été décidé si elle était nécessaire en fait. En outre, les crochets indiquent également que cette proposition dépend de plusieurs choix de politique restant à effectuer par la Session diplomatique, qui sont expliqués dans une certaine mesure aux paragraphes 173 et suivants du Rapport explicatif (Doc. prél. No 26).

b) Article 9(1) f)

34 L'examen ci-dessus de l'article 11, qui figure entre crochets dans l'avant-projet de Convention, a donné lieu à un réexamen de l'article 9(1) *f)*, qui traite également des jugements incompatibles.

35 Selon le texte actuel, l'existence d'un jugement rendu dans l'État où la reconnaissance et l'exécution sont recherchées – qu'il ait été rendu avant ou après le jugement à exécuter en vertu de la Convention – constitue un motif pour refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement relevant de la Convention. En outre, les jugements en provenance d'autres États contractants aussi bien que d'États non contractants peuvent constituer un motif de refuser la reconnaissance et l'exécution, à condition d'avoir été rendus avant le jugement en vertu de la Convention dont l'exécution est demandée, de remplir les conditions nécessaires à leur reconnaissance dans l'État requis, et de ne pas avoir été rendus en violation de la Convention.

36 Il est apparu que la rédaction de l'article 9(1) *f)* donne lieu à une mesure d'incertitude. Il devrait être évident qu'un jugement rendu par un tribunal élu ne sera normalement pas « en violation de la Convention », mais le texte comporte une certaine ambiguïté quant à quel jugement (celui dont la reconnaissance est recherchée en vertu de la Convention ou celui qui pourrait constituer un motif de refuser la reconnaissance ?) est visé par le terme « incompatible » dans la dernière ligne. La nouvelle proposition essaie d'apporter une réponse à cette question. En outre, comme dans l'article 11, la formulation a été adaptée afin de traduire le fait que seuls les États contractants peuvent être soumis à des obligations en vertu de la Convention et donc agir « en violation de la Convention ».

37 Dans un but de précision, le Comité de rédaction propose d'expliciter les différentes options de manière distincte et de remplacer l'article 9(1) *f)* par les dispositions suivantes :

« f) le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans un litige entre les mêmes parties dans l'État requis ; ou

g) le jugement est incompatible avec un jugement rendu antérieurement entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, à condition que le jugement rendu antérieurement réunisse les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis [en vertu d'un accord international], et à condition que

(i) pour un jugement rendu dans un État contractant, ce jugement n'ait pas été rendu en violation de la présente Convention ;

(ii) pour un jugement rendu dans un État non contractant, [ce jugement n'ait pas été rendu en violation de la présente Convention si l'État d'origine avait été un État contractant]. »

38 La dernière partie a été placée entre crochets parce qu'elle est nouvelle. Si l'État requis est tenu de reconnaître le jugement antérieur en vertu d'un traité international « plus ancien », ce qui crée implicitement une obligation de refuser la reconnaissance du jugement rendu par le tribunal élu, l'article 23(3) et sa règle sur la primauté des obligations contractuelles plus anciennes s'appliquera.

4. Article 15 – Dommages et intérêts

a) Questions secondaires de rédaction concernant le texte actuel du paragraphe 1

39 Il a été mentionné qu'au cours des consultations, la formulation de l'article 15(1) avait été critiquée comme n'étant pas entièrement claire. Elle devrait traduire la politique selon laquelle les règles sur la partie non compensatoire du jugement figurant au paragraphe 1 n'affectent pas l'obligation de reconnaître et d'exécuter une quelconque autre partie du jugement attribuant autre chose. Il a donc été proposé d'ajouter les mots « La partie d' » au début du paragraphe 1.

40 De même, sur la base d'observations reçues lors des consultations, il a été proposé d'ajouter les mots « si et » avant « dans la mesure où ». Cela ne traduit pas de changement de politique, mais selon certains apporte une plus grande précision, alors que d'autres le jugent inutile mais inoffensif.

41 La nouvelle rédaction proposée de l'article 15(1), qui n'affecte pas la formulation existante des paragraphes 2 et 3 tels qu'ils figurent dans l'avant-projet de Convention, est la suivante :

« 1 La partie d'un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnue et exécutée si, et dans la mesure où, des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis. Ce paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine. »

b) Propositions de rédaction en vue de mettre en œuvre une éventuelle décision de politique de la Session diplomatique

42 L'avant-projet de Convention préparé par la Commission spéciale d'avril 2004 comporte une note à l'article 15 qui indique que « Il a été proposé de biffer ce deuxième paragraphe. » Afin de faciliter le travail de la Session diplomatique, le Comité de rédaction propose la reformulation suivante des dispositions restantes, si le paragraphe 2 actuel devait être effectivement biffé. Ce texte est limité aux conséquences nécessaires de l'omission du paragraphe 2 pour la rédaction, et ne traduit pas la possibilité d'autres éventuelles propositions de politique résultant d'une telle suppression.

[4] Note du Bureau Permanent : on a fait remarquer après la réunion que dans un but de cohérence avec la terminologie de l'art. 9(1) *g)*, il faudrait ajouter ici le terme « *given* » [rendu], qui ne figurait pas dans le projet distribué aux participants en anglais.
[5] Cette disposition (ainsi que toutes les dispositions de la Convention) est sous réserve de l'art. 23.

Réunion du Comité de rédaction – avril 2005

ognise or enforce a judgment from a non-Contracting State if the judgment would have been given[4] *in contravention of the Convention if the State of origin had been a Contracting State.]"*[5]

32 This wording would apply regardless of whether there already is a judgment given by the chosen court in a Contracting State. While Article 11 imposes an obligation not to recognise a judgment from a non-Contracting State under internal law, including other treaties to which that State is a Party, a State may be under a treaty obligation to recognise such judgment. This conflict will be resolved by the proposed Article 23(3) which provides for the priority of "older" treaty obligations.

33 The proposal is in square brackets because the current Article 11 is also in square brackets, and it has not yet been decided whether it is at all necessary. Moreover, the brackets also indicate that this proposal is dependent on several policy choices yet to be made by the Diplomatic Session, about which some explanation can be found in paragraphs 173 *et seqq.* of the Explanatory Report (Prel. Doc. No 26).

b) Article 9(1) f)

34 The above examination of Article 11, which is in square brackets in the preliminary draft Convention, gave rise to a re-examination of Article 9(1) *f)* which equally deals with inconsistent judgments.

35 According to the present text, the existence of a judgment given in the State where recognition and enforcement is sought – regardless of whether it was given earlier or later than the judgment to be enforced under the Convention – is a reason to refuse recognition and enforcement of a Convention judgment. Moreover, both judgments from other Contracting as well as non-Contracting States can be a reason to refuse recognition and enforcement, provided that they were given earlier than the Convention judgment to be enforced, fulfill the conditions necessary for their recognition in the requested State, and were not given in contravention of the Convention.

36 It appeared that the drafting of Article 9(1) *f)* gives rise to some uncertainty. Although it should be obvious that a judgment given by a chosen court would normally not be "in contravention of the Convention", there is some ambiguity in the text as to which judgment (the one for which recognition is sought under the Convention or the one which could be a reason to refuse recognition?) the word "inconsistent" in the last line refers. The new proposal tries to remedy this. Furthermore, like in Article 11 the language was adapted in order to reflect that only Contracting States can be under Convention obligations and therefore act "in contravention of the Convention".

37 For the sake of clarity, the Drafting Committee proposes to spell out the different options separately and to replace Article 9(1) *f)* with the following:

"f) the judgment is inconsistent with a judgment given in a dispute between the same parties in the requested State; or

g) the judgment is inconsistent with an earlier judgment between the same parties and involving the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State[under an international agreement], and provided that:

i) in the case of a judgment given in a Contracting State, it was not given in contravention of this Convention;

ii) in the case of a judgment given in a non-Contracting State, [it would not have been given in contravention of this Convention if the State of origin had been a Contracting State]."

38 The last part has been placed in square brackets because it is new. If the requested State has to recognise the earlier judgment under an "older" international treaty, which implicitly creates an obligation to refuse the recognition of the judgment given by the chosen court, Article 23(3) and its rule on the priority of "older" treaty obligations would apply.

4. Article 15 – Damages

a) Minor drafting issues concerning the present text of paragraph 1

39 It was mentioned that during consultations, the language of Article 15(1) had been criticised as not being entirely clear. It should reflect the policy that the rules on the non-compensatory part of the judgment contained in paragraph 1 did not affect the obligation to recognise and enforce any other part of the judgment awarding something different. Therefore it was suggested to add the words "part of a" at the beginning of paragraph 1.

40 Equally based on comments received during consultations, it was proposed to add the words "if, and" before "to the extent that". This does not reflect any policy change, but for some it provides greater clarity while others felt that it was unnecessary but would not harm.

41 The proposed redraft of Article 15(1), which does not affect the existing wording of paragraphs 2 and 3 as contained in the preliminary draft Convention, reads as follows:

"1 A part of a judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced if, and to the extent that, a court in the requested State could have awarded similar or comparable damages. Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin."

b) Drafting proposals to implement a possible policy decision of the Diplomatic Session

42 The preliminary draft Convention prepared by the Special Commission of April 2004 contains a footnote to Article 15 which reads: "It was proposed that paragraph 2 be deleted." In order to facilitate the work of the Diplomatic Session, the Drafting Committee proposes the following redraft of the remaining provisions, should the present paragraph 2 indeed be deleted. This text is limited to the necessary drafting consequences of omitting paragraph 2, and does not reflect the possibility of further policy proposals consequential on such a deletion.

[4] Note by the Permanent Bureau: It was pointed out after the meeting that for the sake of consistency with the language used in Article 9(1) *g)*, the word "given", which was missing in the draft distributed to participants, would have to be added here in the English version.

[5] This provision (in common with all the provisions of this Convention) is subject to Article 23.

« 1 La partie d'un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnue et exécutée si, et dans la mesure où, des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis.

2 Le tribunal requis prend en considération si et dans quelle mesure le montant accordé au titre des dommages et intérêts par le tribunal d'origine sert à couvrir les frais et dépens du procès.

3 Cet article n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine. »

5. Le facteur temporel

a) Article 16 bis *– Dispositions transitoires*

43 L'avant-projet de Convention préparé par la Commission spéciale d'avril 2004 ne comporte pas encore de disposition transitoire. Il reste à décider, en particulier, si la Convention s'appliquera : .

– aux accords d'élection de for conclus avant l'entrée en vigueur de la Convention (pour l'État du tribunal élu, du tribunal saisi, du tribunal auquel sont demandées la reconnaissance et l'exécution, ou pour tous ces États ?) ; et

– dans le cas où les accords d'élection de for conclus avant l'entrée en vigueur pour un ou plusieurs des États susvisés sont également couverts, si la Convention ne s'appliquera qu'aux procédures engagées avant l'entrée en vigueur de la Convention (là encore : pour quel État ?), et qui sont en cours à la date de l'entrée en vigueur ;

– ainsi qu'à la reconnaissance et l'exécution de tout jugement rendu après l'entrée en vigueur de la Convention (pour quel État ?) mais résultant d'une procédure engagée avant.

44 La décision de politique appartient à la Session diplomatique. La question ayant été débattue ici pour la première fois, les discussions du Comité de rédaction sont rapportées ci-dessous afin de faciliter la discussion lors de la Session diplomatique :

45 La Convention a pour objet principal de protéger et de renforcer l'autonomie des parties. La réponse à la question posée au premier alinéa ci-dessus constitue le premier critère selon lequel la Convention peut atteindre cet objectif, et comment. On peut supposer que deux parties, où qu'elles résident, lorsqu'elles choisissent un tribunal d'un certain État où la Convention est en vigueur, souhaitent que la Convention s'applique. À ce moment (lors de la conclusion de leur accord), elles ne peuvent prévoir ni quand, ni si, un contentieux surgira entre elles et quels tribunaux de quels autres États pourraient être saisis par l'une d'entre elles en dépit de l'accord. Leur autonomie devant être protégée se concentre donc principalement sur le tribunal élu. Les parties sauraient que la présomption d'exclusivité de l'accord d'élection de for ainsi que les exigences de forme et les obligations imposées au tribunal élu par l'article 5 par la Convention seraient applicables.

46 Une fois le jugement relevant de la Convention rendu par le tribunal élu dans un État contractant, les parties peuvent également être assurées que la reconnaissance et l'exécution du jugement qui en résulte seront accordées en vertu de la Convention dans les autres États contractants, que la Convention ait ou non été déjà en vigueur dans l'État requis au moment de la conclusion de l'accord, au moment de l'engagement de la procédure ou au moment du prononcé du jugement. La seule chose qui compte pour l'État requis est de savoir s'il est État contractant au moment de la présentation du jugement étranger en vue de la reconnaissance et de l'exécution, et si le jugement était fondé sur un accord exclusif d'élection de for conclu après l'entrée en vigueur de la Convention dans l'État du tribunal élu.

47 Rendre la Convention applicable aux accords d'élection de for conclus avant l'entrée en vigueur pour l'État du tribunal élu aurait un effet fondamental dans les pays de *common law* : cela rendrait applicable de manière rétroactive la présomption d'exclusivité de l'accord d'élection de for qui résulte de la Convention. Cela inverserait l'état actuel du droit dans ces ressorts, sur lequel les parties se seraient probablement fondées, confiantes dans le fait que leur choix ne serait pas exclusif, et que le tribunal appliquerait le principe de *forum non conveniens* si la situation l'exigeait. En outre, elles ne pourraient pas, au moment de la conclusion de leur accord, prévoir quels autres tribunaux pourraient être saisis par l'une d'entre elles. De même, elles ne pourraient pas prévoir où, au moment où l'exécution pourrait être recherchée à l'avenir, les biens du débiteur du jugement seraient situés. L'objet de la Convention (protection de l'autonomie des parties) ne requiert donc pas une concentration sur un quelconque autre État que l'État du tribunal élu.

48 Comme indiqué ci-dessus, bien que conscient de ce que cela restreindrait l'application de la Convention dans le temps, le Comité de rédaction ne s'est pas jugé en mesure de présenter une formulation suffisamment pragmatique et utilisable en pratique pour détailler tout effet rétroactif de la Convention dépassant cette approche. Cela peut être justifié par le fait qu'une telle limitation dans le temps (aux accords d'élection de for conclus après l'entrée en vigueur pour l'État du tribunal élu) n'aurait qu'un effet temporaire jusqu'à ce qu'un plus grand nombre d'États rejoignent la Convention. Et si des parties avaient conclu un accord d'élection de for avant l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État du tribunal élu, elles pourraient le réécrire ou le modifier après cette date si elles souhaitaient bénéficier de la Convention.

49 Pour ces motifs, la règle suivante est proposée :

« Article 16 bis *– Dispositions transitoires*

1 La présente Convention s'applique aux accords exclusifs d'élection de for conclus après son entrée en vigueur pour l'État du tribunal élu. »

50 Cette règle se concentre sur la volonté des parties et sur le tribunal élu. Au moment de leur accord, les parties ne peuvent pas prévoir si l'une d'entre elles saisira par la suite un tribunal d'un autre État (contractant ou non contractant). Pour la règle générale de l'application de la Convention dans le temps, ce dernier n'est donc pas l'État sur lequel il faut se concentrer. Cependant, si la Convention s'applique à l'accord d'élection de for, et qu'une partie saisit ensuite le tribunal d'un État non contractant pour lequel la Convention entre en vigueur alors que l'instance est en cours, la question se pose à nouveau de savoir si le tribunal saisi est désormais soumis à l'obligation figurant à l'article 7, bien que cette obligation n'ait pas existé lors de l'engagement de l'instance. Les débats du Comité de rédaction ont conduit à la proposition suivante, qui suggère que l'article 7 ne s'appliquera pas au tribunal

Réunion du Comité de rédaction – avril 2005

"1 A part of a judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced if, and to the extent that, a court in the requested State could have awarded similar or comparable damages.

2 The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

3 Nothing in this Article shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin."

5. The time factor

a) Article 16 bis *– Transitional provisions*

43 The preliminary draft Convention prepared by the Special Commission of April 2004 does not yet contain a transitional provision. It has to be decided, in particular, whether the Convention shall apply to

– choice of court agreements concluded before the entry into force of the Convention (for the State of the chosen court, of the court seised, of the court addressed for recognition and enforcement or for all those States?), and

– if also choice of court agreements concluded before the entry into force of the Convention for one or more of the States mentioned above were covered, whether the Convention shall only apply to proceedings instituted before the Convention's entry into force (again: for which State?), and which are pending at the time of entry into force,

– as well as to the recognition and enforcement of any judgment given after the Convention's entry into force (for which State?) but resulting from proceedings instituted before.

44 The policy choice will be for the Diplomatic Session to make. Since the issue was now discussed for the first time, the discussions held by the Drafting Committee are reported below in order to facilitate discussions at the Diplomatic Session:

45 The main purpose of the Convention is to protect and strengthen party autonomy. The answer to the question asked in the first indent above is the first test whether and how the Convention can achieve this aim: it can be assumed that two parties, wherever they are resident, when choosing a court in a certain State where the Convention is in force, want the Convention to apply. At that point in time (when concluding their agreement), they cannot foresee when, if at all, litigation will arise between them and which courts in which other States might be seised by one of them in spite of their agreement. So their autonomy to be protected focuses largely on the chosen court. The parties would know that the presumption of exclusivity of the choice of court agreement as well as the form requirements and the obligations imposed on the chosen court by Article 5 of the Convention would apply.

46 Once the judgment, to which the Convention applies, is given by the chosen court in a Contracting State, the parties can also trust that recognition and enforcement of the resulting judgment will be granted under the Convention in other Contracting States, regardless of whether the Convention was already in force in the State addressed at the time the agreement was concluded, at the time the proceedings were instituted or at the time the judgment was given. The only thing that matters for the requested State is whether it is a Contracting State at the time when the foreign judgment is submitted for recognition and enforcement, and whether the judgment was based on an exclusive choice of court agreement concluded after the Convention entered into force in the State of the chosen court.

47 To make the Convention applicable to choice of court agreements concluded before the entry into force for the State of the chosen court would have one fundamental effect in common law countries: it would make the Convention's presumption of exclusivity of the choice of court agreement applicable retroactively. This would reverse the current legal situation in these jurisdictions, on which the parties will probably have relied, trusting that their choice would not be exclusive, and that the court could apply the doctrine of *forum non conveniens* if circumstances so required. Moreover, they could not, at the time their agreement was concluded, foresee which other courts might be seised by one of them. Likewise, they could not foresee where, at the time enforcement might be sought in the future, assets of the judgment debtor would be located. Therefore, the purpose of the Convention (protection of party autonomy) does not call for a focus on any State other than the State of the chosen court.

48 As stated before, although being aware that this would limit the scope of application in time of the Convention, the Drafting Committee felt unable to present language sufficiently pragmatic and workable to spell out any retroactive effect of the Convention going beyond this approach. This can be justified by the fact that such limitation in time (to choice of court agreements concluded after the entry into force for the State of the chosen court) would only be temporary in nature until a larger number of States has joined the Convention. And if parties had entered into a choice of court agreement before the Convention came into force for the State of the chosen court they could redo or amend it after that date if they wanted to benefit from the Convention.

49 For these reasons, the following rule is proposed:

"Article 16 bis *– Transitional provisions*

1 This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded after its entry into force in the State of the chosen court."

50 This rule focuses on the will of the parties and on the chosen court. At the time of their agreement, the parties cannot foresee whether one of them will later seise a court of another (Contracting or non-Contracting) State. Therefore, for the general rule on the Convention's application in time, the latter is not the State to focus on. However, if the Convention applies to the choice of court agreement, and then one party seises the court of a non-Contracting State for which the Convention enters into force while the proceedings are pending, the question arises again whether the court seised shall now be put under the obligation contained in Article 7, although such obligation did not exist when proceedings were commenced. Discussions in the Drafting Committee led to the following proposal, which suggests that Article 7 shall not apply to the court seized but not chosen if the Conven-

saisi mais non élu si la Convention entre en vigueur pour cet État alors que l'instance est en cours :

« 2 La Convention ne s'applique pas aux litiges intentés avant l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État du tribunal saisi. »

b) Le facteur temporel dans les autres dispositions

51 Par la suite, le Comité de rédaction a examiné un certain nombre de dispositions comportant un facteur temporel.

aa) Article 1(2)

52 Il a été jugé que l'élément temporel de l'article 1(2) impliquait un choix de politique, et les alternatives de rédaction étaient déjà suffisamment identifiées par les différents éléments de texte entre crochets dans l'avant-projet de Convention. Aucune proposition de rédaction n'a donc été formulée pour cet article.

bb) Article 18 – Limitation de compétence

53 Le Comité de rédaction a noté que le texte actuel de l'article 18 ne comporte aucune référence à un élément temporel. Le groupe a cherché à identifier la politique sous-tendant l'article. Comme indiqué aux paragraphes 210 et suivants du Rapport explicatif (Doc. prél. No 26), l'intention est d'accorder aux États qui ne souhaitent pas mettre leur système juridique à la disposition de parties extérieures dépourvues de lien une possibilité de l'éviter. Par contre, le sentiment selon lequel le champ d'application de la Convention ne devrait pas être limité plus qu'il n'est strictement nécessaire était largement partagé. Le groupe a donc été d'avis que la politique choisie par la Commission spéciale d'avril 2004 était que, tant qu'il existait un lien avec l'État du tribunal élu à un moment quelconque (soit lors de la conclusion de l'accord, soit lors de l'engagement de l'instance), l'instance devrait relever de la Convention sans possibilité de déclaration de dérogation. Certains étaient d'avis que la formulation actuelle, sans mention de temps, exprimait déjà ce choix de politique. D'autres ont suggéré qu'une formulation supplémentaire, qui est donc proposée entre crochets, pourrait clarifier la politique déjà visée :

« Article 18 – Limitation de compétence

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu de situation du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige [, ni au moment de la conclusion de l'accord, ni au moment de l'ouverture de la procédure]. »

54 En outre, il est proposé de remplacer les termes « couverts par un accord exclusif d'élection de for » par « auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique » afin d'aligner cet article sur la formulation utilisée dans d'autres dispositions.

cc) Article 19 – Limitation à la reconnaissance et à l'exécution

55 L'article 19 de l'avant-projet de Convention comporte déjà un élément de temps : il s'applique « lorsque les parties ont leur résidence dans l'État requis et lorsque la relation entre les parties ainsi que tous les autres éléments pertinents au litige, autres que le lieu de situation du tribunal élu, sont liés uniquement à l'État requis, au moment de la conclusion de l'accord. » Dans le Rapport explicatif (Doc. prél. No 26, note 214), on fait remarquer qu'il existe une certaine ambiguïté quant à savoir si l'élément temporel s'applique à la fois à la résidence des parties et à la relation entre les parties ainsi qu'à tous les autres éléments pertinents au litige.

56 Le Comité de rédaction a tenu une discussion sur cette question. Il a été jugé qu'on pourrait également examiner ultérieurement (par exemple, lorsqu'un jugement est présenté en vue de la reconnaissance et de l'exécution) si, au moment de la conclusion de l'accord, les parties avaient leur résidence dans l'État requis. La plupart des participants ont jugé qu'il était toutefois impossible pour le tribunal saisi d'évaluer si, au moment de la conclusion de l'accord, la relation entre les parties et tous les autres éléments pertinents au litige étaient liés uniquement à l'État requis. Dans la plupart des cas, il n'existait pas encore de litige au moment de la conclusion de l'accord, de sorte que les éléments pertinents à un litige futur pouvaient difficilement être examinés à l'égard de leurs relations avec un État particulier. Demander à un tribunal différent de le faire rétroactivement a semblé encore plus difficile en pratique. La plupart des participants ont donc conclu que la politique avait dû être de n'appliquer cette exigence de temps qu'à la résidence des parties. Cependant, cette proposition n'a pas reçu l'approbation de tous. Les questions de politique ne devant pas être tranchées par le Comité de rédaction, et à la lumière de l'intention originale des rédacteurs du projet, il est donc proposé de faire remonter les mots « au moment de la conclusion de l'accord » avant « les parties ont leur résidence dans l'État requis » afin d'expliciter que l'exigence de temps s'applique *en tout état de cause* à la résidence des parties. Son application aux autres facteurs de rattachement de cette disposition reste une question ouverte au regard de cette reformulation proposée, et une décision de politique devra être prise par la Session diplomatique.

« Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque, au moment de la conclusion de l'accord, les parties ont leur résidence dans l'État requis et que la relation entre les parties ainsi que tous les autres éléments pertinents au litige, autres que le lieu de situation du tribunal élu, sont liés uniquement à l'État requis. »

6 La question de la souplesse: Article 7 – Obligations du tribunal non élu et article 20 – Déclarations à l'égard de matières particulières

57 Par le passé, il a été identifié une certaine tension entre une Convention aussi obligatoire et prévisible que possible, d'une part, et les règles de droit national ou international qui excluent l'autonomie des parties à l'égard de certaines matières particulières, d'autre part. En particulier, ce conflit pourrait surgir lorsque la loi de l'État d'un tribunal saisi mais non élu (art. 7) ou de l'État où la reconnaissance et l'exécution sont recherchées (art. 9) prétend à une compétence exclusive dans une matière à laquelle l'accord d'élection de for s'applique, mais il existe également d'autres fondements pour refuser de donner effet à un accord d'exclusif d'élection de for.

58 En pareil cas, le tribunal – tenu par la Convention de ne pas connaître de l'affaire en vertu de l'article 7 ou de reconnaître et d'exécuter le jugement étranger en vertu de l'article 9 alors que selon cet État ses propres tribunaux conservent une compétence (et qui dans certains États est jugée exclusive) – est confronté à un conflit. Dans certains cas extrêmes, l'ordre public pourrait constituer la solution mais il est peu probable que le conflit avec les règles internes relatives à la compétence exclusive atteigne ce seuil dans certains ressorts. En outre, dans certains systèmes de droit, le concept d'ordre public concerne l'intérêt général plutôt que l'intérêt d'une seule personne, y compris une partie.

59 Le Rapport explicatif (Doc. prél. No 26, annexe I) décrit plusieurs solutions possibles qui impliqueraient une modification de l'article 7. Trois d'entre elles sont mentionnées

Réunion du Comité de rédaction – avril 2005

tion enters into force for that State while the proceedings are pending:

"2 This Convention shall not apply to proceedings instituted before the Convention entered into force in the State of the court seised."

b) The time factor in other provisions

51 Subsequently, the Drafting Committee examined a number of provisions which contain a time element.

aa) Article 1(2)

52 It was felt that the time element in Article 1(2) involved a policy choice, and the drafting alternatives were already sufficiently identified by the different text elements in square brackets of the preliminary draft Convention. So no drafting proposals were made for this Article.

bb) Article 18 – Limitation of jurisdiction

53 The Drafting Committee noted that the current text of Article 18 does not contain any reference to a time element. The group tried to identify the policy behind the Article. As stated in paragraphs 210 ***et seq.*** of the Explanatory Report (Prel. Doc. No 26), the intention is to give those States who do not wish to make their legal system available to unconnected external parties, a possibility to avoid this. On the other hand, the feeling that the scope of the Convention should not be narrowed more than absolutely necessary by this declaration was widely shared. Therefore, the group felt that the policy chosen by the Special Commission of April 2004 was that, as long as there was a connection with the State of the chosen court at any time (either at the time the agreement was concluded or at the time of commencement of proceedings), the proceedings should be within the scope of the Convention without a possibility for an opt-out declaration. Some were of the opinion that the current wording, without a time reference, already expressed this policy choice. Others suggested that some additional wording, which is therefore proposed in square brackets, might clarify the policy already intended:

"Article 18 – Limitation of jurisdiction

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute[either at the time the agreement is concluded or at the time of commencement of the proceedings].

54 Moreover, it is suggested to replace the words "covered by an exclusive choice of court agreement" by "to which an exclusive choice of court agreement applies" in order to bring this Article in line with the language used in other provisions.

cc) Article 19 – Limitation of recognition and enforcement

55 Article 19 of the preliminary draft Convention already contains a time element: it applies "if the parties are resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, are connected only with the requested State, at the time the agreement is concluded." In the Explanatory Report (Prel. Doc. No 26, footnote 214) it is pointed out that there is some ambiguity as to whether that time element applies to both the residence of the parties and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute.

56 The Drafting Committee had a discussion on this question. It was felt that it could be examined also at a later date (*e.g.*, when the judgment is submitted for recognition and enforcement) whether, at the time the agreement was concluded, the parties were resident in the requested State. Most participants considered it to be impossible, however, that the court addressed could assess whether, at the time the agreement had been concluded, the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute had been connected only with the requested State. There was, in most cases, no dispute at the time the agreement was concluded, so that the elements relevant to a then future dispute could hardly be examined with regard to their relationship with a particular State. To expect a different court to do that retroactively seemed even more impractical. Therefore most participants concluded that the policy must have been to apply this time requirement only to the residence of the parties. However, there was no full agreement on this issue. Therefore, since policy issues were not to be decided in the Drafting Committee, and in light of the original intention of the proponents of the draft, it is proposed to move the words "at the time the agreement is concluded" to before the words "the parties are resident in the requested State" in order to make it clear that the time requirement refers *in any event* to the residence of the parties. Whether it also applies to the other connecting factors of this provision remains open under this proposed redraft, and a policy choice will have to be made by the Diplomatic Session.

"Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment of a court in another Contracting State if, at the time the agreement is concluded, the parties are resident in the requested State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, are connected only with the requested State."

6 The problem of flexibility: Article 7 – Obligations of a court not chosen and Article 20 – Declarations with respect to specific matters

57 In the past, a certain tension was identified between making the Convention as mandatory and predictable as possible, on the one hand, and rules of national or international law which exclude party autonomy with regard to specific subject matters, on the other hand. In particular, this conflict could arise where the law of the State of a court seised but not chosen (Article 7) or of the State where recognition and enforcement is sought (Article 9) claims exclusive jurisdiction over a specific matter to which the choice of court agreement applies, but there are also other bases for not enforcing exclusive choice of court agreements.

58 In such cases, the court – obliged by the Convention not to take the case under Article 7 or to recognise and enforce the foreign judgment under Article 9 while in the view of this State its own courts retain jurisdiction (which in some States is considered exclusive) over the matter in question – is in a conflict. In some extreme cases, public policy might be the way out but the conflict with internal rules on exclusive jurisdiction is unlikely to reach that threshold in certain jurisdictions. Moreover, in some legal systems the concept of public policy refers to general interests rather than the interests of any particular individual, including a party.

59 The Explanatory Report (Prel. Doc. No 26, Annex I) describes several possible solutions which would involve changing Article 7. Three of them are mentioned in footnote 7

dans la note 7 de l'article 7 de l'avant-projet de Convention (Doc. trav. No 110 révisé). Le Comité de rédaction n'a pas traité de ces options car elles ont été suffisamment exposées dans cette note et dans le Rapport explicatif.

60 De surcroît, le Rapport explicatif a proposé un système de déclaration à titre d'alternative possible à cet égard (voir Doc. prél. No 26, annexe I). Le Comité de rédaction propose la formulation suivante à cet effet :

« Article 20 – Déclarations à l'égard de matières particulières

1 Un État peut déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention à une matière particulière autres que celles exclues en vertu de[6] l'article 2, paragraphe 2 [et qui relève de la compétence exclusive des tribunaux de cet État].

2 À l'égard d'une telle matière, la Convention ne s'applique pas dans les autres États contractants lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne un tribunal de l'État ayant fait la déclaration.

3 La déclaration peut être faite lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ou à tout moment ultérieur et pourra être modifiée ou retirée à tout moment.

4 La déclaration est notifiée au dépositaire.

5 Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion prendra effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné.

6 Une déclaration faite ultérieurement, ainsi qu'une modification ou le retrait d'une déclaration prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Une telle déclaration ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for conclus avant qu'elle ne prenne effet.[7]

61 L'article prévoit une déclaration à l'égard de matières particulières, semblables à celles énumérées à l'article 2(2). Les termes entre crochets à la fin du paragraphe 1 visent à limiter encore plus la portée de la déclaration, à savoir aux matières relevant de la compétence exclusive de l'État déclarant, parce que l'existence d'une telle compétence exclusive dans le droit interne de cet État constituera dans la plupart des cas le motif de la déclaration. (On rappelle qu'un conflit possible avec la compétence exclusive prévue par un autre traité sera déjà tranché par le nouvel article 23 proposé.) La mention d'une « compétence exclusive » figure entre crochets parce que d'un point de vue comparatif, le terme comporte une certaine ambiguïté, voire est inconnu de certains systèmes de droit.

62 Si un État fait une telle déclaration, il n'appliquera pas la Convention aux matières qui relèvent de cette déclaration. De sorte que les tribunaux de cet État pourront se déclarer compétents en dépit d'un accord exclusif d'élection de for en faveur des tribunaux d'un autre État contractant, et l'État déclarant ne sera pas tenu de reconnaître un jugement rendu par le tribunal élu dans un autre État contractant.

63 Lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne un tribunal d'un État ayant fait la déclaration, la Convention ne s'appliquera pas dans les autres États contractants. En d'autres termes, les tribunaux de ces autres États contractants ne seraient pas tenus de se déclarer incompétents en vertu de l'article 7 s'ils étaient saisis en dépit de l'accord, et un jugement rendu par le tribunal élu dans l'État ayant fait cette déclaration ne sera pas reconnu et exécuté dans les autres États contractants en vertu de l'article 9. Ceci permet la réciprocité et la transparence, et devrait constituer une incitation à ne pas tirer avantage de manière excessive de la possibilité de déclaration.

64 Les déclarations en vertu de cet article sont possibles au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion et à tout moment ultérieur. Cette dernière disposition crée une souplesse supplémentaire lorsque de nouvelles matières essentielles surviennent *après* l'entrée en vigueur de la Convention pour un État particulier. Cependant, une déclaration faite après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné ne couvrira pas les accords d'élection de for conclus avant que la déclaration ne prenne effet. Cela renforce l'autonomie des parties et la transparence.

7. Article 23 – Rapports avec d'autres instruments internationaux

65 Le Rapport explicatif (Doc. prél. No 26, para. 222 à 239), de même que les consultations effectuées par les parties à la négociation, ont indiqué que l'article 23 ne traite pas encore de tous les conflits possibles entre cette Convention et les autres instruments internationaux d'une manière satisfaisante. Il lui faut réglementer les rapports entre cette Convention et les autres instruments généraux portant sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution, ainsi qu'avec les instruments portant sur des matières particulières. Il lui faut également réglementer les rapports entre cette Convention et des instruments antérieurs ou postérieurs, de même que les rapports entre cette Convention et la réglementation des Organisations régionales d'intégration économique (ORIE), notamment la Communauté européenne. Le texte existant implique notamment les problèmes suivants :

66 Le paragraphe 4 a été rédigé en vue de la déconnexion de la *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale* de Bruxelles du 27 septembre 1968 (Convention de Bruxelles I), la *Convention sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale* du 16 septembre 1988 (Convention de Lugano), et le *Règlement du Conseil (CE) No 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire et la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale* (Règlement de Bruxelles I). Le Rapport explicatif a fait remarquer que ce paragraphe n'est pas suffisant pour résoudre les conflits survenant avec la Convention de Lugano parce que tous les États parties à la Convention de Lugano ne deviendront pas nécessairement parties à la Convention de La Haye. Cela pourrait entraîner pour les États parties à la fois à la Convention de La Haye et à celle de Lugano des obligations contraires tant à l'égard des États parties à la Convention de La Haye que des autres États parties à la Convention de Lugano qui ne sont pas parties à la Convention de La Haye. Des conflits semblables peuvent survenir pour d'autres instruments si tous les États qui y sont parties ne rejoignent pas la Convention de La Haye.

67 En outre, selon sa lettre, il serait difficile d'appliquer le paragraphe 4 au Règlement de Bruxelles I parce qu'il ne s'ap-

[6] Note du Bureau Permanent : à la suite d'une omission à l'art. 20(1) les termes « *referred to in* » ont été conservés dans les documents en anglais que les participants ont ramenés de la réunion. Suite à la décision générale du Comité de rédaction d'apporter cette modification aux articles concernés, dans le présent document, les termes « *referred to in* » / « visées au » ont donc été remplacés par « *excluded under* » / « exclues en vertu du » à l'art. 20(1).

[7] Les dispositions relatives à l'établissement de la déclaration ont été insérées dans ce projet afin de faciliter la lecture. Elles pourront être retirées de l'art. 20 et être insérées à l'art. 29 traitant des déclarations une fois les dispositions finales complétées.

Réunion du Comité de rédaction – avril 2005

to Article 7 of the preliminary draft Convention (Work. Doc. No 110 Revised). The Drafting Committee did not deal with these options because they have been sufficiently set out in that footnote and in the Explanatory Report.

60 Moreover, in the Explanatory Report a declaration system was proposed as a possible alternative (see Prel. Doc. No 26, Annex I, p. 59). The Drafting Committee suggests the following language for this:

"Article 20 – Declarations with respect to specific matters

1 A State may declare that it will not apply the Convention to a specific matter other than those excluded under[6] *Article 2, paragraph 2[which falls within the exclusive jurisdiction of the courts of that State].*

2 With regard to that matter, the Convention shall not apply in other Contracting States where an exclusive choice of court agreement designates a court of the State that made the declaration.

3 The declaration may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

4 The declaration shall be notified to the depositary.

5 A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.

6 A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the depositary. Such a declaration shall not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect."[7]

61 The Article provides for a declaration with regard to a specific subject matter, similar to those listed in Article 2(2). The words in square brackets at the end of paragraph 1 intend to limit the coverage of the declaration even more, namely to matters which fall within the exclusive jurisdiction of the State making the declaration because the existence of such exclusive jurisdiction in the internal law of that State will in most cases be the reason for a declaration. (It is recalled that a possible conflict with exclusive jurisdiction provided for in another treaty will already be resolved by the proposed new Article 23.) The reference to "exclusive jurisdiction" is in square brackets because from a comparative point of view, this term bears some ambiguity and is not even known in some legal systems.

62 If a State makes such declaration, it will not apply the Convention to matters covered by the declaration. So the courts of that State may take jurisdiction despite an exclusive choice of court agreement in favour of the courts of another Contracting State, and the State making the declaration is under no obligation to recognise a judgment given by the chosen court in another Contracting State.

63 Where an exclusive choice of court agreement designates a court of the State that made the declaration, the Convention will not apply in other Contracting States. In other words, the courts of these other Contracting States would not be obliged to decline jurisdiction under Article 7 if they were seised in spite of the agreement, and a judgment given by the chosen court in the State that made the declaration will not be recognised and enforced in other Contracting States under Article 9. This provides for reciprocity and transparency and should be an incentive not to take advantage of the declaration possibility in an excessive way.

64 Declarations under this Article are possible both at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession and at any time thereafter. The latter allows further flexibility where new critical matters arise *after* the entry into force of the Convention for a particular State. However, a declaration made after the entry into force of the Convention for the State concerned will not cover choice of court agreements concluded before the declaration takes effect. This strengthens party autonomy and transparency.

7. Article 23 – Relationship with other international instruments

65 The Explanatory Report (Prel. Doc. No 26, paras. 222-239) as well as consultations carried out by the negotiating parties have shown that Article 23 does not yet deal with all possible conflicts between this Convention and other international instruments in a satisfactory way. It has to regulate the relationship between this Convention and other general instruments on jurisdiction, recognition and enforcement as well as instruments on specific subject matters, between this Convention and earlier or later instruments, and between this Convention and legislation of Regional Economic Integration Organisations (REIOs), in particular the European Community. Some of the problems with the existing text are:

66 Paragraph 4 was drafted with a view to disconnecting the *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 27 September 1968 (Brussels I Convention), the *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 16 September 1988 (Lugano Convention) and *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* (the Brussels I Regulation). The Explanatory Report has pointed out that this paragraph is not sufficient to solve the conflicts arising with the Lugano Convention because not all States Parties to the Lugano Convention might become Parties to the Hague Convention. This might put those States Parties to both the Hague and the Lugano Convention under conflicting obligations vis-à-vis Hague States and other Lugano States which are not Hague States. Similar conflicts may arise for other instruments if not all States Parties to them join the Hague Convention.

67 Moreover, on the face of it, it would be difficult to apply paragraph 4 to the Brussels I Regulation because it only

[6] Note by the Permanent Bureau: Due to an omission, in Article 20(1) the words "referred to in" were retained in the documents in English which the participants took away from the meeting. Following the general decision of the Drafting Committee to make this change in the Articles concerned, in this document, the words "referred to in" have therefore been replaced by "excluded under" in Article 20(1).

[7] Provisions in relation to the making of declarations have been included in this draft for ease of reference. When the final clauses are drafted, these provisions can be removed from Article 20 and included in the general Article 29 dealing with declarations."

plique qu'aux instruments internationaux auxquels un État contractant est partie. Cependant, la Communauté européenne, qui sera probablement également une partie contractante à la Convention, n'est pas un « État contractant » au Règlement de Bruxelles I. Le Rapport explicatif souligne d'autres difficultés.

68 Le Comité de rédaction propose donc un nouvel article 23 restructuré. Cet article traite de *conflits* entre la Convention de La Haye et d'autres instruments internationaux – il recouvre des situations où la Convention comme l'instrument « veulent » s'appliquer et mènent à des résultats différents. Cet article n'est pertinent et applicable que dans les États parties à la Convention de La Haye qui sont également parties à l'instrument. Dans les autres États (parties à la Convention de La Haye ou à l'instrument), le conflit ne se présente pas.

69 De tels « autres instruments » peuvent être des conventions « générales » (telles que celles de Lugano et la *Convention sur l'entraide judiciaire et les relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale* (Minsk, 22 janvier 1993, modifiée le 28 mars 1997 – Convention de Minsk)), des conventions portant sur des matières particulières (droit maritime, droit du transport), la réglementation des ORIE (de nature générale et particulière à la fois) – voir paragraphe 6.

70 Le texte suivant est proposé :

Paragraphe 1 : Primauté de « l'autre » instrument à titre de principe général

« 1 À l'exception de ce qui est prévu aux paragraphes 2 et 4, cette Convention n'affecte pas les instruments internationaux en vigueur dans un État contractant, conclus avant ou après la présente Convention, sauf déclaration contraire des États contractants liés par un tel instrument. »

71 La règle générale est que l'autre instrument s'applique. Le facteur temporel (que l'autre instrument soit antérieur à la Convention de La Haye ou non) est sans importance. Sauf lorsqu'elle prime en vertu des paragraphes 2 et 4, la Convention de La Haye ne s'applique que lorsque les parties à l'autre instrument font une déclaration à cet effet.

72 Le paragraphe 1 ne recouvre que les situations où tous les États parties à la Convention de La Haye dotés d'un lien pertinent avec l'affaire sont *aussi* des États parties à l'instrument. Cela n'est pas dit expressément, mais résulte des termes « À l'exception de ce qui est prévu au(x) paragraphe(s) 2 » en début de paragraphe.

Paragraphe 2 : Primauté de la Convention de La Haye

« 2 La présente Convention prévaut sur tout autre instrument international applicable dans un État contractant, conclu avant ou après la présente Convention, si le tribunal élu est situé, ou si une des parties réside, dans un État contractant dans lequel l'instrument n'est pas applicable. »

73 S'il existe un lien pertinent entre l'affaire et un État partie à la Convention de La Haye qui n'est pas également partie à l'instrument, la Convention de La Haye prime. Le lien pertinent est défini par la résidence d'une partie ou par le lieu de situation du tribunal élu.

74 Comme le paragraphe 1, le paragraphe 2 s'applique, que l'autre instrument soit ou non antérieur à la Convention de La Haye. Cela entraîne deux conséquences :

a) les États de La Haye souhaitant conclure des instruments (futurs) seront tenus, en vertu de la Convention de La Haye, de déterminer le champ d'application de l'instrument futur d'une manière qui, dans les conditions de l'article 23(2), accorde la primauté à la Convention de La Haye, ou d'insérer une clause de déconnexion dans le nouvel instrument.

b) dans le cas d'instruments plus anciens que la Convention de La Haye, le paragraphe 2 peut entraîner un conflit entre deux obligations conventionnelles (voir note 17 de l'avant-projet de Convention). Ce conflit est réglé par le paragraphe 3.

Paragraphe 3 : Respect des obligations conventionnelles « plus anciennes »

« [3 Nonobstant le paragraphe 2, un État contractant n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention dans la mesure où cette application serait incompatible avec ses obligations à l'égard d'un État non contractant, en vertu d'un traité conclu préalablement à l'adoption du texte de la présente Convention[, et à l'égard duquel l'État contractant a fait une déclaration en vertu du présent paragraphe].] »

Alternative au paragraphe 3 :

[3. Nonobstant le paragraphe 2, un État contractant n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention dans la mesure où cette application serait incompatible avec ses obligations à l'égard d'un État non contractant en vertu d'un traité entré en vigueur pour cet État contractant avant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention pour cet État contractant[, et à l'égard duquel l'État contractant a fait une déclaration en vertu du présent paragraphe].]

75 Le paragraphe 3 recouvre une situation assez rare qui doit toutefois, sur l'insistance de certaines délégations, être résolue : dans un État qui est partie à la fois à la Convention de La Haye et à un traité international (plus ancien), un tribunal est confronté à une affaire comportant un lien pertinent, au sens du paragraphe 2, avec un État partie à la Convention de La Haye mais non partie au traité. En vertu du paragraphe 2, la Convention de La Haye serait donc applicable. Par contre, ce tribunal est tenu, en vertu du traité « plus ancien », d'appliquer ce traité parce qu'il existe un lien pertinent au sens du traité (par exemple, la résidence ou la nationalité d'une partie) avec un État partie au traité qui n'est pas également partie à la Convention de La Haye. Dans ces circonstances, le paragraphe 3 dispose que le tribunal ne sera pas obligé de violer l'ancien traité en appliquant la Convention de La Haye. L'obligation plus ancienne se voit donc accorder la primauté.

76 Il y a deux versions du paragraphe 3 qui traduisent des options différentes pour définir les obligations conventionnelles « plus anciennes ». En vertu du paragraphe 3 dans le texte principal, les dates pertinentes sont définies une fois pour toutes d'une manière « objective ». Le facteur déterminant est la conclusion du traité avant ou après l'adoption de la Convention de La Haye. « L'adoption » est l'accord des parties ayant pris part à la rédaction d'une Convention avec sa forme et sa teneur. Sauf indication contraire résultant des circonstances, le fait de l'adoption n'implique pas le consentement à être lié par la Convention.[8] Dans le cas d'autres Conventions de La Haye et de celle-ci, l'adoption est la signature de l'acte final le jour de la clôture de la Session diplomatique.[9] La date de « conclusion », qui est la date pertinente pour les autres traités en question, est dans le cas d'un traité bilatéral la date de sa signature par les deux États. Un traité multilatéral est généralement considéré comme ayant été conclu lors de la signature de l'acte final (ou autre mode d'adoption) ou, le cas échéant,

[8] A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2000, p. 66.
[9] Voir également l'art. 9 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Réunion du Comité de rédaction – avril 2005

applies to international instruments to which a Contracting State is a Party. However, the European Community which will probably also be a Contracting Party to this Convention, is not "a Contracting State" to the Brussels I Regulation. Other difficulties are pointed out in the Explanatory Report.

68 The Drafting Committee therefore proposes a restructured new Article 23. This Article deals with *conflicts* between the Hague Convention and other international instruments – it covers situations where both the Convention and the instrument "want" to be applied and lead to different results. This Article is only relevant and applicable in "Hague States" which are also "instrument States". In other (Hague or instrument) States, the conflict does not exist.

69 Such "other instruments" can be "general" conventions (like Lugano and the *Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family, and Criminal Matters* (Minsk, 22 January 1993, as amended on 28 March 1997) – the Minsk Convention), conventions on specific subject matters (maritime law, transport law), legislation of REIOs (both with a general and a specific character) – see paragraph 6.

70 The following text is proposed:

Paragraph 1: Priority of the "other" instrument as general principle

"1 Except as provided in paragraphs 2 and 4, this Convention shall not affect any international instrument in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, unless a contrary declaration is made by the Contracting States bound by such instrument."

71 The general rule is that the other instrument applies. The time factor (whether the other instrument is prior to the Hague Convention or not) is irrelevant. Except where it prevails under paragraphs 2 and 4, the Hague Convention only applies where the Parties to the other instrument make a declaration to this effect.

72 Paragraph 1 only covers situations where all Hague States with a relevant connection to the case are *also* instrument States. This is not explicitly said, but follows from the "Except as provided in paragraph(s) 2" at the beginning of the paragraph.

Paragraph 2: Priority of the Hague Convention

"2 This Convention shall prevail over any international instrument applicable in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, if the chosen court is situated, or a party is resident, in a Contracting State in which the instrument is not applicable."

73 If there is a relevant connection of the case to a Hague State which is not also an instrument State, the Hague Convention has priority. The relevant connection is defined by either the residence of a party or the location of the chosen court.

74 Like paragraph 1, paragraph 2 applies irrespective of whether the other instrument is prior to the Hague Convention or not. This has two consequences:

a) Hague States which want to conclude (future) instruments will have the obligation, under the Hague Convention, to determine the scope of application of the future instrument in a way that, under the conditions of Article 23(2), gives priority to the Hague Convention, or to insert a disconnection clause in the new instrument.

b) In case of instruments which are "older" than the Hague Convention, paragraph 2 may lead to a conflict of two treaty obligations (see footnote 17 of the preliminary draft Convention). This conflict is solved by paragraph 3.

Paragraph 3: Respect for "older" treaty obligations

"[3 Notwithstanding paragraph 2, a Contracting State shall not be required to apply this Convention to the extent that to do so would be incompatible with obligations to a non-Contracting State under a treaty concluded prior to the adoption of the text of this Convention[, and in respect of which the Contracting State has made a declaration under this paragraph].]"

Alternative version of paragraph 3:

"[3. Notwithstanding paragraph 2, a Contracting State shall not be required to apply this Convention to the extent that to do so would be incompatible with obligations to a non-Contracting State under a treaty which entered into force for that Contracting State prior to the date on which this Convention entered into force for that Contracting State[, and in respect of which the Contracting State has made a declaration under this paragraph].]"

75 Paragraph 3 covers a rather rare situation which, however, as some delegations maintain, must be resolved: In a State which is party both to the Hague Convention and an (older) international treaty, a court is confronted with a case with a relevant connection, in the sense of paragraph 2, to a Hague State, which is not also a treaty State. So under paragraph 2, the Hague Convention would apply. On the other hand, this court is obliged, under the "older" treaty, to apply that treaty, because there exists a relevant connection under the treaty (*e.g.*, the residence or the nationality of a party) with a treaty State which is not also a Hague State. Under these circumstances, paragraph 3 provides that the court will not be obliged to violate the "older" treaty obligation by applying the Hague Convention. Thus, the "older" obligation is given priority.

76 There are two versions of paragraph 3 which reflect different options to define "older" treaty obligations. Under paragraph 3 in the main text, the relevant dates are defined once and for all in an "objective" way. The decisive factor is whether the treaty was concluded before or after the adoption of the Hague Convention. "Adoption" is the agreement of the States which took part in the drawing up of a Convention with its form and content. Unless the circumstances suggest otherwise, the act of adoption does not amount to consent to be bound by the Convention.[8] In case of this and other Hague Conventions, the adoption is the signing of the Final Act on the closing day of the Diplomatic Session.[9] The date of "conclusion", which is the relevant date for the other treaties in question, is, in case of a bilateral treaty, the date on which it is signed by both States. A multilateral treaty is generally regarded as having been concluded on signature of the Final Act (or other means by which it is adopted), or, if applicable,

[8] A. Aust, Modern Treaty Law and Practice, 2000, p. 66.
[9] See also Article 9 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

April 2005 Drafting Committee Meeting

à la date d'ouverture du traité à la signature, si elle est postérieure.[10] De sorte que la question de savoir si la Convention de La Haye ou le traité s'applique serait tranchée de la même façon pour tous les États parties à la Convention et à un traité particulier car pour chaque Convention il y aurait une date unique de conclusion ou d'adoption.

77 La version alternative du paragraphe 3 concerne l'entrée en vigueur effective du traité et de la Convention de La Haye dans l'État en cause (lorsqu'un tribunal doit décider s'il accorde la primauté à la Convention de La Haye ou au traité). Cela pourrait sembler plus « logique » en vertu du droit public international (parce que ce serait en fait l'obligation plus ancienne *de l'État concerné* qui prévaudrait), mais pourrait entraîner une confusion pour les praticiens des différents États contractants. Ils ne disposeront pas d'une réponse claire quant à l'application de la Convention ou du traité. Dans le cas de traités multilatéraux, cette question pourra recevoir des réponses différentes dans chaque État contractant qui est également partie au traité (parce que l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye et du traité pourrait se faire à des dates différentes). Dans le cas d'un contrat commercial multinational devant être évalué en rapport avec plusieurs traités multilatéraux en conflit, cette tâche paraît quasiment insurmontable.

78 L'article 3 ne couvre pas les instruments des ORIE. À notre connaissance, les seuls instruments d'ORIE existants sont actuellement ceux de la Communauté Européenne (Règlement de Bruxelles I, Règlement sur le titre exécutoire européen). Mais parce qu'en vertu du droit communautaire, il n'est pas possible que certains États membres de la Communauté se joignent à la Convention de La Haye alors que d'autres ne le font pas, la question dont traite le paragraphe 3 ne se posera jamais. Les instruments communautaires relèvent donc exclusivement soit du paragraphe 1 (« affaire interne » à la Communauté) soit du paragraphe 2 (lien pertinent avec un État non membre de la communauté). De ce fait, il n'est pas nécessaire de mentionner les instruments des ORIE au paragraphe 3. Mais cela ne nuirait pas non plus.

79 Les dispositions entre crochets au paragraphe 3 prévoient un système de déclaration destiné à apporter de nouveaux éclaircissements à la question de la primauté.

Paragraphe 4 : Règle particulière pour la reconnaissance

« 4 Nonobstant le paragraphe 2, la présente Convention ne restreint pas l'application d'un instrument international en vigueur dans un État contractant, conclu avant ou après la présente Convention, aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for. [Toutefois, le jugement ne sera pas reconnu ou exécuté dans une mesure moindre qu'en vertu de la présente Convention.] »

80 Le paragraphe 4 traite de la reconnaissance et de l'exécution de jugements rendus dans un État de La Haye par un tribunal élu par un accord exclusif d'élection de for. Selon la première phrase du paragraphe 4, un tel jugement pourra également être reconnu en vertu d'un autre instrument. Comme l'article 9 de la Convention ne l'interdit pas, cette première partie du paragraphe 4 semble dépourvue d'objet. Cependant, la partie entre crochets du paragraphe 4 (dernière phrase) expliciterait que la Convention prévaut quant à l'étendue de la reconnaissance et de l'exécution dans un cas où l'autre instrument serait moins favorable que la Convention.

81 Le paragraphe 4 ne traite pas des obligations résultant d'autres instruments internationaux *de ne pas* reconnaître les jugements rendus par un tribunal élu (par exemple, du fait de l'obligation de reconnaître un jugement antérieur d'un autre tribunal incompatible avec le jugement « de La Haye »). Ces situations sont traitées par les paragraphes 1-3 :

– si seuls des États de l'instrument sont en cause, l'instrument prévaut (para. 1) ;

– si un État partie à la Convention de La Haye qui n'est pas État de l'instrument est en cause, la Convention de La Haye prévaut (para. 2) ;

– s'il existe une obligation conventionnelle plus ancienne envers un État autre qu'un État partie à la Convention de La Haye de ne pas reconnaître le jugement « de La Haye », cette obligation prévaut (para. 3).

Paragraphe 5 : Instruments concernant des matières particulières

« 5 [Nonobstant les paragraphes 2 et 4, la présente Convention n'affecte pas la possibilité, pour un ou plusieurs États contractants, d'appliquer ou de se joindre à des instruments internationaux qui, concernant des matières particulières, régissent la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si tous les États concernés sont parties à la présente Convention.][11]

82 Les instruments concernant des matières particulières relèvent des paragraphes 1 à 3. Là encore, les règles suivantes seront donc applicables :

– si seuls des États parties à l'instrument sont en cause, l'instrument prévaut (para. 1) ;

– si un État partie à la Convention de La Haye mais non partie à l'instrument est en cause, la Convention de La Haye prévaut (para. 2) ;

– s'il existe une obligation conventionnelle plus ancienne envers un État autre qu'un État partie à la Convention de La Haye (notamment une compétence exclusive à l'égard de matières relevant de l'instrument), cette obligation prévaut (para. 3).

83 Le paragraphe 5 modifierait ces règles pour les instruments *futurs* concernant des matières particulières. En vertu du paragraphe 2, la Convention de La Haye, en cas de conflit, primerait sur l'instrument si un État partie à la Convention mais non partie à l'instrument est impliqué dans l'affaire. Par contre, le paragraphe 5 entraînerait une primauté absolue des instruments futurs concernant des matières particulières. Il existe des précédents pour une telle règle, par exemple à l'article 57 de la Convention de Lugano. Cependant, en théorie tout au moins, une telle règle pourrait saper la structure de la Convention. Cette disposition figure donc entre crochets. Comme l'exprime la note, le paragraphe 5 pourrait être considéré comme étant inutile si un système de déclaration est adopté. En ce cas, les États contractants de la Convention de La Haye seraient libres de devenir parties à des instruments ultérieurs sur des matières particulières. Lorsque de tels instruments comportent des règles incompatibles avec la Convention de La Haye (par exemple, sur la compétence exclusive), les États concernés pourraient faire une déclaration en vertu de l'article 20 proposé, ce qui entraînerait la non-application de la Convention de La Haye à cette matière. Il n'y aurait alors aucun conflit. Dans ce contexte, les instruments seraient traités de la même manière que des règles nationales (nouvelles) des États contractants à la Convention de La Haye relatives à la compétence exclusive.

[10] A. Aust (*supra* note 8), p. 66.

[11] Si un système de déclaration tel qu'envisagé à l'art. 20 révisé est adopté, ce paragraphe ne sera peut-être pas nécessaire.

Réunion du Comité de rédaction – avril 2005

on the date the treaty is opened for signature, whichever is the later.[10] So the question whether the Hague Convention or the treaty applies would be answered for all States Parties to the Convention and a specific treaty in the same way because for each Convention, there would only be one single date of conclusion or adoption.

77 The alternative version of paragraph 3 relates to the actual entry into force of the treaty and the Hague Convention in the State concerned (where a court has to decide whether it gives priority to the Convention or the treaty). This may seem more "logical" under public international law (because it would really be the "older" obligation *of the State concerned* which prevails), but it may lead to confusion for practitioners in different Contracting States. They will not have a clear answer whether the Convention or the treaty will apply. In case of multilateral treaties, this question could be answered differently in each Contracting State which is also party to the treaty (because both the entry into force of the Hague Convention and of the treaty could be at different dates). In case of a multinational commercial contract which has to be assessed in relation to several conflicting multilateral treaties, this seems a daunting task.

78 Article 3 does not cover instruments of REIOs. As far as we can see, the only *existing* REIO instruments are at present those of the European Community (Brussels I Regulation, European Enforcement Order Regulation). But because under Community law, it is not possible that some Community Member States join the Hague Convention and others do not, the question dealt with in paragraph 3 will never arise. Thus, Community instruments fall exclusively either under paragraph 1 ("internal case" of the Community) or under paragraph 2 (relevant connection with a non-EC State). Because of that, it is not necessary to mention REIO instruments in paragraph 3. But it would not harm either.

79 The bracketed language in paragraph 3 provides for a declaration system intended to add further clarity to the priority problem.

Paragraph 4: Special Rule for Recognition

"4 Notwithstanding paragraph 2, this Convention shall not restrict the application of an international instrument in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement. [However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.]"

80 Paragraph 4 deals with the recognition and enforcement of judgments given in a Hague State by a court designated in an exclusive choice of court agreement. According to the first sentence of paragraph 4, such judgment may also be recognised under another instrument. As Article 9 of the Convention does not exclude this, this first part of paragraph 4 seems to be a non-rule. However, the bracketed part of paragraph 4 (last sentence) would make clear that the Convention prevails as to the extent of recognition and enforcement where the other instrument would be less favourable than the Convention.

81 Paragraph 4 does not deal with obligations under other international instruments *not* to recognise judgments given by a chosen court (*e.g.*, because of the obligation to recognise an older judgment of another court which is inconsistent with the "Hague" judgment). These cases are covered by paragraphs 1-3:

- If only instrument States are involved, the instrument would prevail (para. 1).

- If a Hague State which is not an instrument State is involved, the Hague Convention would prevail (para. 2).

- If there is an "older" treaty obligation versus a non-Hague State not to recognise the "Hague" judgment, this obligation would prevail (para. 3).

Paragraph 5: Instruments on specific subject matters

"5 [Notwithstanding paragraphs 2 and 4, this Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to apply or to enter into international instruments which, in relation to specific subject matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if all States concerned are Parties to this Convention.]"[11]

82 Instruments on specific subject matters are covered by paragraphs 1-3. So once again, the following rules apply:

- If only instrument States are involved, the instrument would prevail (para. 1).

- If a Hague State which is not an instrument State is involved, the Hague Convention would prevail (para. 2).

- If there is an "older" treaty obligation versus a non-Hague State (in particular exclusive jurisdiction over matters covered by the instrument), this obligation would prevail (para. 3).

83 Paragraph 5 would change these rules for *future* instruments on specific subject matters. Under paragraph 2, the Hague Convention would, in case of conflict, prevail over the instrument if a Hague State which is not party to the instrument, is involved in the case. Contrary to that, paragraph 5 would lead to an absolute priority of future instruments on specific subject matters. There are precedents for such a rule, for instance in Article 57 of the Lugano Convention. However, at least in theory, such rule could undermine the Convention framework. Therefore, this provision is in square brackets. As expressed in the footnote, paragraph 5 could be seen as unnecessary if a declaration system is adopted. In this case, Contracting States of the Hague Convention would be free to become parties to future instruments on specific matters. Where such instruments contain rules inconsistent with the Hague Convention (*e.g.*, on exclusive jurisdiction), the States concerned could make a declaration under the proposed Article 20, which would lead to the non-application of the Hague Convention to that matter; so no conflict would exist. Instruments would in this context be treated in the same way as (new) national rules of Hague Contracting States on exclusive jurisdiction.

[10] A. Aust (*supra* note 8), p. 66.

[11] If a declaration system of the kind envisaged in the revised Article 20 is adopted, this paragraph may not be necessary.

84 Dans la version française produite par le Bureau Permanent, à titre de changement résultant des décisions de rédaction prises par le Comité de rédaction au sujet des mots «*conclusion*», «*adoption*» et «*entry into force*» dans l'article 23, le terme «conclure» a été remplacé par «se joindre à» afin de correspondre au terme anglais non juridique «*enter into*» (par opposition aux termes de l'art susmentionnés qui sont utilisés dans un contexte différent dans cet article). Comme expliqué pour le paragraphe 3, une décision de politique devra être prise quant à savoir si le moment pertinent pour définir quel traité est «plus ancien» devrait être objectif (c-à-d. une date par Convention) ou subjectif (en considérant chaque État séparément). Deux versions différentes ont donc été proposées pour le paragraphe 3. En ce qui concerne le paragraphe 5, le même choix résultant des termes «*enter into*» (qui peut désigner l'un ou l'autre) devrait être fait si une formulation plus précise selon l'orientation mentionnée ici était souhaitée, mais aucune proposition de rédaction n'a été débattue lors de la réunion.

Paragraphe 6 : définition d'un «instrument international»

«6 Aux fins de cet article, «instrument international» signifie un traité international ou des règles établies par une organisation internationale en vertu d'un traité international.»

85 Cette définition figure également à l'article 23 de l'avant-projet de Convention. Il est à noter que le paragraphe 6 n'est pas pertinent pour la question des «obligations résultant d'un traité conclu antérieurement» en vertu du paragraphe 3.

8. Questions d'assurance

86 Lors d'une réunion préparatoire informelle tenue à Bruxelles les 1er et 2 février 2005 (voir ci-dessus p. 4), le groupe avait examiné certains problèmes concernant les questions d'assurance. Des préoccupations avaient été exprimées lors de la dernière réunion de la Commission spéciale selon lesquelles le texte devrait clairement prévoir que le contentieux résultant d'un contrat d'assurance ou de réassurance ne serait pas exclu du champ d'application de la Convention si le risque assuré était une matière exclue en vertu de l'article 2(2) (voir para. 47 du Rapport explicatif, Doc. prél. No 26). Des préoccupations semblables ont été exprimées quant au fait que la clarification de l'article 15 ne devrait pas servir à refuser la reconnaissance et l'exécution de la totalité de la condamnation lorsqu'un jugement a ordonné à un assureur ou réassureur de rembourser des dommages punitifs ou excessifs sur la base d'un contrat d'assurance ou de réassurance, c'est-à-dire lorsque ces dommages et intérêts constituaient le risque assuré (voir para. 204 du Rapport explicatif, Doc. prél. No 26). Le Comité de rédaction n'a pas eu le temps d'examiner ces projets antérieurs lors de sa réunion des 18 au 20 avril, mais a demandé qu'ils soient inclus dans ce Rapport pour mémoire :

Option 1 :

Deux paragraphes (x1, x2 ou x3 plus y) à ajouter à la fin de l'article 15 :

Article 15

(x1) Le fait qu'un jugement impose à un assureur d'indemniser l'assuré du versement de dommages et intérêts non compensatoires ou de dommages et intérêts compensatoires excessifs ne permet en aucun cas à un tribunal d'un État contractant de limiter sa reconnaissance ou son exécution.

(x2) Les paragraphes qui précèdent ne s'appliquent pas à un jugement rendu dans le cadre d'un contrat d'assurance dans la mesure où le jugement impose à l'assureur d'indemniser l'assuré du versement de dommages et intérêts non compensatoires ou de dommages et intérêts compensatoires excessifs.

(x3) Aux fins du présent article, les dommages et intérêts ne sont pas considérés comme non compensatoires ou manifestement excessifs s'ils ont été accordés afin d'indemniser l'assuré dans le cadre d'un contrat d'assurance.

(y) Aux fins du paragraphe qui précède, l'assurance comprend la réassurance.

Option 2 :

Article distinct «horizontal» clarifiant les questions d'assurance / réassurance dans toute la Convention

Article Y (sur les contrats d'assurance)

[(1) L'assurance n'est pas exclue du champ d'application de la présente Convention du seul fait qu'elle concerne l'une des matières **exclues en vertu du**[12] paragraphe 2 de l'article 2.]

(2) La reconnaissance et l'exécution d'un jugement imposant à un assureur d'indemniser l'assuré dans le cadre d'un contrat d'assurance ne seront pas refusées, en tout ou partie, du seul fait que les dommages et intérêts indemnisés pourraient être qualifiés de non compensatoires ou de manifestement excessifs.

[(3) L'article 15 ne s'applique pas à un jugement imposant à un assureur d'indemniser l'assuré dans le cadre d'un contrat d'assurance.]

(4) Aux fins du présent article, l'assurance comprend la réassurance.

Note. Il faudra clarifier s'il est également nécessaire de mentionner l'indemnisation des détenteurs de polices et ayants-droit.

[12] Note du Bureau Permanent : à la suite de la décision générale du Comité de rédaction de remplacer les termes «*referred to in*» / «visées au» par «*excluded under*» / «exclues en vertu du» dans le présent document, ce changement a été effectué dans l'art. Y(1) par le Bureau Permanent.

84 In the French version produced by the Permanent Bureau, as a consequential change to drafting decisions taken by the Drafting Committee relating to the words "conclusion", "adoption" and "entry into force" in Article 23, the word "*conclure*" was replaced by "*se joindre à*" in order to match the English, non-legal "enter into" (as opposed to the above-mentioned terms of art which are used in a different context in that Article). As explained for paragraph 3, there is a policy choice to be made as to whether the relevant moment for defining which treaty is "older' should be objective (*i.e.*, one date per Convention) or subjective (focusing on each State concerned separately). Therefore, two different versions are proposed for paragraph 3. Concerning paragraph 5, the same choice implied in the words "enter into" (which could mean both) would have to be made if more precise language along the lines just mentioned were desired, but no drafting suggestions were discussed at the meeting.

Paragraph 6: Definition of "international instrument"

"6 For the purposes of this Article, "international instrument" means an international treaty or rules made by an international organisation under an international treaty."

85 This definition is also contained in Article 23 of the preliminary draft Convention. It should be noted that paragraph 6 is not relevant for the question of "prior treaty obligations" under paragraph 3.

8. Insurance matters

86 At an informal preparatory meeting held in Brussels on 1 and 2 February 2005 (see above p. 4), the group had looked into some problems concerning insurance matters. Concerns had been raised at the last Special Commission meeting that from the text it should be clear that litigation arising out of a contract for insurance or reinsurance would not be excluded from the scope of the Convention if the insured risk was a matter excluded under Article 2(2) (see para. 47 of the Explanatory Report, Prel. Doc. No 26). There were similar concerns raised about clarifying that Article 15 could not be used to refuse recognition and enforcement of the full award where a judgment ordered an insurer or reinsurer to reimburse punitive or excessive damage on the basis of a contract of insurance or reinsurance, *i.e.*, where these damages constituted the insured risk (see para. 204 of the Explanatory Report, Prel. Doc. No 26). The Drafting Committee did not have time to examine these earlier drafts at its meeting from 18-20 April but requested that they should be included in this Report for the sake of information:

<u>*Option 1:*</u>

Two paragraphs (x1, x2 or x3 plus y) to be added at the end of Article 15:

Article 15

(x1) The fact that a judgment requires an insurer to indemnify the insured against payment of non-compensatory damages or excessive compensatory damages shall not under any circumstances permit a court of a Contracting State to limit its recognition or enforcement.

(x2) The preceding paragraphs shall not apply to a judgment rendered pursuant to a contract of insurance to the extent that the judgment requires the insurer to indemnify the insured against payment of non-compensatory damages or excessive compensatory damages.

(x3) For the purpose of this Article, damages shall not be considered as non-compensatory or grossly excessive if they have been awarded to indemnify the insured under the terms of a contract of insurance.

(y) For the purpose of the preceding paragraph, insurance includes reinsurance.

<u>*Option 2:*</u>

"Horizontal" separate article clarifying insurance/reinsurance issues throughout the Convention

Article Y (on insurance contracts)

[(1) Insurance is not excluded from the scope of this Convention merely because it relates to any of the **matters excluded under**[12] Article 2 paragraph 2.]

(2) Recognition and enforcement of a judgment requiring an insurer to indemnify the insured pursuant to a contract of insurance shall not, in whole or in part, be refused solely because the damages indemnified could be characterised as non-compensatory or grossly excessive.

[(3) Article 15 does not apply to a judgment requiring an insurer to indemnify the insured pursuant to a contract of insurance.]

(4) For the purpose of this Article, insurance includes reinsurance.

N.B. It has to be clarified whether reference should also be made to the indemnification of policy-holders and beneficiaries.

[12] Note by the Permanent Bureau: Following the general decision of the Drafting Committee to replace the words "referred to in" by "excluded under" in the present document, this change was implemented by the Permanent Bureau in Article Y(1).

ANNEXE

QUESTIONS DE RÉDACTION LIÉES À LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Remplacer l'article 2(2) k) par le texte suivant :

k) la validité des droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins ;

[k bis*) la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins [, à l'exception des litiges portant sur une contrefaçon qui sont ou qui auraient pu être fondés sur un contrat tendant à la cession ou à l'utilisation de tels droits] ;] ou*

Modifier l'article 2(3) comme suit :

Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention lorsqu'une matière *exclue en vertu du* paragraphe 2 est soulevée à titre incident et non à titre principal.

En particulier, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention du seul fait qu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée en défense.

Article 6 – Sursis à statuer lié aux questions incidentes

[La présente Convention n'exige ni n'empêche qu'un sursis à statuer soit ordonné par le tribunal élu pour une période raisonnablement nécessaire à un autre tribunal afin de décider d'une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2, et soulevée à titre incident, en particulier afin de permettre aux tribunaux de l'État de la loi duquel découle un droit de propriété intellectuelle de rendre un jugement sur la validité de ce droit.]

Article 10 – Questions incidentes

Lorsqu'une matière *exclue en vertu de* l'article 2, paragraphe 2 est soulevée à titre incident, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

PARTIES

Article 7 – Obligations du tribunal non élu

Un tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir lorsqu'il est saisi *d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique,* sauf si :

JUGEMENTS INCOMPATIBLES

Remplacer l'article 9(1) *f)* par le texte suivant :

f) le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans un litige entre les mêmes parties dans l'État requis ; ou

g) le jugement est incompatible avec un jugement rendu antérieurement entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, à condition que le jugement rendu antérieurement réunisse les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis [en vertu d'un accord international], et à condition que

(i) pour un jugement rendu dans un État contractant, ce jugement n'ait pas été rendu en violation de la présente Convention ;

(ii) pour un jugement rendu dans un État non contractant, [ce jugement n'ait pas été rendu en violation de la présente Convention si l'État d'origine avait été un État contractant].

Article 11 – Jugements rendus en violation d'un accord exclusif d'élection de for

[Lorsque les parties sont liées par un accord exclusif d'élection de for, le jugement rendu dans un État non contractant, qui aurait été rendu[13] *en violation de la présente Convention si l'État d'origine avait été un État contractant, n'est ni reconnu ni exécuté par les tribunaux d'un État contractant.]*[14]

Article 15 – Dommages et intérêts

1 *La partie d'un* jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnue et exécutée *si, et* dans la mesure où, des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis. Ce paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine.

Si le paragraphe 2 de l'article 15 est supprimé, l'article 15 pourrait être révisé de la manière suivante :[15]

1 *La partie d'*un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnue et exécutée *si, et* dans la mesure où, des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis.

2 Le tribunal requis prend en considération si et dans quelle mesure le montant accordé au titre des dommages et intérêts par le tribunal d'origine sert à couvrir les frais et dépens du procès.

3 Cet *article* n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine.

LE FACTEUR TEMPOREL

Article 16 bis *– Dispositions transitoires*

1 La présente Convention s'applique aux accords exclusifs d'élection de for conclus après son entrée en vigueur pour l'État du tribunal élu.

[13] Note du Bureau Permanent : on a fait remarquer après la réunion que dans un but de cohérence avec la terminologie de l'art. 9(1) *g)*, il faudrait ajouter ici le terme « *given* » [rendu], qui ne figurait pas dans le projet distribué aux participants en anglais.
[14] Cette disposition (ainsi que toutes les dispositions de la Convention) est sous réserve de l'art. 23.
[15] Ce texte est limité aux modifications rédactionnelles résultant de la suppression du paragraphe 2 et ne reflète pas d'autres propositions possibles relevant de cette suppression.

Réunion du Comité de rédaction – avril 2005

ANNEX

IP-RELATED DRAFTING ISSUES

Article 2(2) k) – replace with the following paragraphs:

k) validity of intellectual property rights other than copyright or related rights;

[k bis) infringement of intellectual property rights other than copyright or related rights[, except where infringement proceedings are or could have been brought pursuant to a contract for the transfer or use of such rights];] or

Article 2(3) – amend as follows:

Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter *excluded under* that paragraph arises merely as an incidental question and not as an object of the proceedings.

In particular, proceedings are not excluded from the scope of the Convention merely because a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence.

Article 6 – Suspension of proceedings in connection with incidental question

[This Convention neither requires nor precludes the suspension of proceedings before the chosen court for such reasonable time as is necessary to allow another court to decide a matter excluded under Article 2, paragraph 2, which arises as an incidental question, in particular to allow the courts of the State under the law of which an intellectual property right arose to give a judgment on its validity.]

Article 10 – Incidental questions

1 Where a matter *excluded under* Article 2, paragraph 2, arose as an incidental question, the ruling on that question shall not be recognised and enforced under this Convention.

PARTIES

Article 7 – Obligations of a court not chosen

A court in a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss *proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies* unless –

INCONSISTENT JUDGMENTS

Replace Article 9(1) *f)* with the following:

f) the judgment is inconsistent with a judgment given in a dispute between the same parties in the requested State; or

g) the judgment is inconsistent with an earlier judgment between the same parties and involving the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State[under an international agreement], and provided that:

i) in the case of a judgment given in a Contracting State, it was not given in contravention of this Convention;

ii) in the case of a judgment given in a non-Contracting State, [it would not have been given in contravention of this Convention if the State of origin had been a Contracting State].

Article 11 – Judgments in contravention of exclusive choice of court agreements

[Where the parties are bound by an exclusive choice of court agreement, the courts of a Contracting State shall not recognise or enforce a judgment from a non-Contracting State if the judgment would have been given[13] *in contravention of the Convention if the State of origin had been a Contracting State.]*[14]

Article 15 – Damages

1 A *part of a* judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced *if, and* to the extent that, a court in the requested State could have awarded similar or comparable damages. Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.

If paragraph 2 of Article 15 is deleted, Article 15 could be redrafted as follows:[15]

1 A *part of a* judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced *if, and* to the extent that, a court in the requested State could have awarded similar or comparable damages.

2 The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

3 Nothing in this *Article* shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.

THE TIME FACTOR

Article 16 bis *– Transitional provisions*

1 This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded after its entry into force in the State of the chosen court.

[13] Note by the Permanent Bureau: It was pointed out after the meeting that for the sake of consistency with the language used in Article 9(1) *g)*, the word "given", which was missing in the draft distributed to participants, would have to be added here in the English version.

[14] This provision (in common with all the provisions of this Convention) is subject to Article 23.

[15] This text is limited to the necessary drafting consequences of omitting paragraph 2, and does not reflect the possibility of further policy proposals consequential on such a deletion.

2 La Convention ne s'applique pas aux procédures entamées avant l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État du tribunal saisi.

Article 18 – Limitation de compétence

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de connaître des litiges *auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique* s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu de situation du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige *[, ni au moment de la conclusion de l'accord, ni au moment de l'ouverture de la procédure].*

Article 19 – Limitation à la reconnaissance et à l'exécution

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque, *au moment de la conclusion de l'accord,* les parties ont leur résidence dans l'État requis et que la relation entre les parties ainsi que tous les autres éléments pertinents au litige, autres que le lieu de situation du tribunal élu, sont liés uniquement à l'État requis.

Article 20 – Déclarations à l'égard de matières particulières

1 Un État peut déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention à une matière particulière autre que celles exclues en vertu de[16] *l'article 2, paragraphe 2 [et qui relève de la compétence exclusive des tribunaux de cet État].*

2 À l'égard d'une telle matière, la Convention ne s'applique pas dans les autres États contractants lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne un tribunal de l'État ayant fait la déclaration.

3 La déclaration peut être faite lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ou à tout moment ultérieur et pourra être modifiée ou retirée à tout moment.

4 La déclaration est notifiée au dépositaire.

5 Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion prendra effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné.

6 Une déclaration faite ultérieurement, ainsi qu'une modification ou le retrait d'une déclaration prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Une telle déclaration ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for conclus avant qu'elle ne prenne effet.[17]

Article 23 – Rapports avec d'autres instruments internationaux

1 À l'exception de ce qui est prévu aux paragraphes 2 et 4, cette Convention n'affecte pas les instruments internationaux en vigueur dans un État contractant, conclus avant ou après la présente Convention, sauf déclaration contraire des États contractants liés par un tel instrument.

2 La présente Convention prévaut sur tout autre instrument international applicable dans un État contractant, conclu avant ou après la présente Convention, si le tribunal élu est situé, ou si une des parties réside, dans un État contractant dans lequel l'instrument n'est pas applicable.

[3 Nonobstant le paragraphe 2, un État contractant n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention dans la mesure où cette application serait incompatible avec ses obligations à l'égard d'un État non contractant, en vertu d'un traité conclu préalablement à l'adoption du texte de la présente Convention [, et à l'égard duquel l'État contractant a fait une déclaration en vertu du présent paragraphe].]

4 Nonobstant le paragraphe 2, la présente Convention ne restreint pas l'application d'un instrument international en vigueur dans un État contractant, conclu avant ou après la présente Convention, aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for. [Toutefois, le jugement ne sera pas reconnu ou exécuté dans une mesure moindre qu'en vertu de la présente Convention.]

[5 Nonobstant les paragraphes 2 et 4, la présente Convention n'affecte pas la possibilité, pour un ou plusieurs États contractants, d'appliquer ou de se joindre à des instruments internationaux qui, concernant des matières particulières, régissent la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si tous les États concernés sont parties à la présente Convention.][18]

6 Aux fins de cet article, « instrument international » signifie un traité international ou des règles établies par une organisation internationale en vertu d'un traité international.

Alternative au paragraphe 3:

[3 Nonobstant le paragraphe 2, un État contractant n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention dans la mesure où cette application serait incompatible avec ses obligations à l'égard d'un État non contractant en vertu d'un traité entré en vigueur pour cet État contractant avant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention pour cet État contractant [, et à l'égard duquel l'État contractant a fait une déclaration en vertu du présent paragraphe].]

[16] Note du Bureau Permanent: à la suite d'une omission à l'art. 20(1), les termes « *referred to in* » ont été conservés dans les documents en anglais que les participants ont ramenés de la réunion. À la suite de la décision générale du Comité de rédaction d'apporter cette modification aux articles concernés, dans le présent document, les termes « *referred to in* » / « visées au » ont donc été remplacés par « *excluded under* » / « exclues en vertu du » à l'art. 20(1).

[17] Les dispositions relatives à l'établissement de la déclaration ont été insérées dans ce projet afin de faciliter la lecture. Elles pourront être retirées de l'art. 20 et être insérées à l'art. 29 traitant des déclarations une fois les dispositions finales complétées.

[18] Si un système de déclaration tel qu'envisagé à l'art. 20 révisé est adopté, ce paragraphe ne sera peut-être pas nécessaire.

Réunion du Comité de rédaction – avril 2005

2 This Convention shall not apply to proceedings instituted before the Convention entered into force in the State of the court seised.

Article 18 – Limitation of jurisdiction

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to determine disputes *to which an exclusive choice of court agreement applies* if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute*[either at the time the agreement is concluded or at the time of commencement of the proceedings].*

Article 19 – Limitation of recognition and enforcement

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment of a court in another Contracting State if, *at the time the agreement is concluded,* the parties are resident in the requested State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, are connected only with the requested State.

Article 20 – Declarations with respect to specific matters

1 A State may declare that it will not apply the Convention to a specific matter other than those excluded under[16] *Article 2, paragraph 2[which falls within the exclusive jurisdiction of the courts of that State].*

2 With regard to that matter, the Convention shall not apply in other Contracting States where an exclusive choice of court agreement designates a court of the State that made the declaration.

3 The declaration may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

4 The declaration shall be notified to the depositary.

5 A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.

6 A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the depositary. Such a declaration shall not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect.[17]

Article 23 – Relationship with other international instruments

1 Except as provided in paragraphs 2 and 4, this Convention shall not affect any international instrument in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, unless a contrary declaration is made by the Contracting States bound by such instrument.

2 This Convention shall prevail over any international instrument applicable in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, if the chosen court is situated, or a party is resident, in a Contracting State in which the instrument is not applicable.

[3 Notwithstanding paragraph 2, a Contracting State shall not be required to apply this Convention to the extent that to do so would be incompatible with obligations to a non-Contracting State under a treaty concluded prior to the adoption of the text of this Convention[, and in respect of which the Contracting State has made a declaration under this paragraph].]

4 Notwithstanding paragraph 2, this Convention shall not restrict the application of an international instrument in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement. [However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.]

5 [Notwithstanding paragraphs 2 and 4, this Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to apply or to enter into international instruments which, in relation to specific subject matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if all States concerned are Parties to this Convention.][18]

6 For the purposes of this Article, "international instrument" means an international treaty or rules made by an international organisation under an international treaty.

Alternative version of paragraph 3:

[3 Notwithstanding paragraph 2, a Contracting State shall not be required to apply this Convention to the extent that to do so would be incompatible with obligations to a non-Contracting State under a treaty which entered into force for that Contracting State prior to the date on which this Convention entered into force for that Contracting State[, and in respect of which the Contracting State has made a declaration under this paragraph].]

[16] Note by the Permanent Bureau: Due to an omission, in Article 20(1) the words "referred to in" were retained in the documents in English which the participants took away from the meeting. Following the general decision of the Drafting Committee to make this change in the Articles concerned, in this document, the words "referred to in" have therefore been replaced by "excluded under" in Article 20(1).

[17] Provisions in relation to the making of declarations have been included in this draft for ease of reference. When the final clauses are drafted, these provisions can be removed from Article 20 and included in the general Article 29 dealing with declarations.

[18] If a declaration system of the kind envisaged in the revised Article 20 is adopted, this paragraph may not be necessary.

Observations relatives à l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for

Comments on the Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements

Document préliminaire No 29 de mai 2005
Preliminary Document No 29 of May 2005

PREMIÈRE PARTIE / PART I – OBSERVATIONS DES ÉTATS MEMBRES / COMMENTS RECEIVED FROM MEMBER STATES

Germany

Germany very much appreciates the draft report and would like to express its thanks to the authors. The report is highly valued. As follows are a few comments regarding details:

Note 63: It should be clarified that neither the convention nor the report regulates whether an agreement is binding in respect of third parties. This question is outside of the scope of the convention.

Note 127: The phrase "very serious injustice" is an absolute exception and should be described in a more narrow sense. It would not appear to be sufficient if there is no fair trail. Besides this, some examples should be given of in which cases this rule does not apply (for example: if the state of the chosen court does not provide for the pre-trial discovery of documents).

Note 179 ff.: An explanation should be given as to why authentic instruments are not covered by the convention. This question was discussed in the plenary.

Note 183: The text of the draft does not include a provision for other cases. Therefore there is no basis in the text for the sentence "In other cases, it is assumed ... ."

Note 197: It seems to me that neither the present report nor the former report take into account the full wording of Article 15, paragraph 2. This provision stipulates that, besides the circumstances in the requested state, the circumstances in the state of origin have to be taken into account ("including those").

Note 208: The wording "it must be reasonable ..." should be deleted because this causes much uncertainty.

Note 245: It would be helpful if the cases dealt with in the last sentence of note 245 could be explained in detail.

Note 250: A REIO should also have the right to denounce the convention (the text of Article 30 should also be changed; all this must be discussed in the plenary).

Israel

Dear Mr van Loon,

While reviewing the current draft of the Convention on judgments, concerns were raised within our ministry regarding the application of the Convention to standard contracts.

Under Israel's Standard Contracts Act of 1982, a choice of court clause, or a condition that confers on the supplier the choice of court, is presumed to be grossly unfair to the customer. Unless the supplier can establish the fairness of the clause, it will be ruled to be void.

It should be pointed out that our Standard Contracts Act applies equally to business contracts and consumer contracts. Consequently, the future Convention may apply to choice of court clauses as mentioned in this Act.

A difficulty may arise when a foreign supplier company enters into a contract with an Israeli company, with a clause designating a foreign court as the court of choice. The circumstances may be such that the law of the contract is the Israeli law and the choice of court clause, void. This may happen, for instance, if the supplier pursues customers in Israel and the contract was concluded in Israel, with a clause designating a foreign court. In such cases the court of origin may not necessarily find the clause void, but an Israeli court will be unable to enforce the foreign judgment. This may typically be the case where the customer is a small businessman of commercial entity.

Accordingly, I would propose that choice of court provisions in standard contracts be excluded from the Convention.

Sincerely yours,

Beni Rubin

Japan

The Government of Japan would like to express its deepest appreciation for and sincere compliment to the remarkable results achieved by members of the drafting committee, *Co-rapporteurs*, Professor Trevor C. Hartley and Professor Masato Dogauchi, and all of the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law.

We are very pleased to be given an opportunity to submit our following preliminary comments at the request of the Permanent Bureau in L.c. ON No 34(04).

Article 2.1 k)

It should be excluded from the scope of the Convention if the validity of intellectual property rights other than copyright or related rights is consisted as a principal issue. This is because the jurisdiction over proceedings relating to such a matter as a principal issue should be exclusively conferred on the courts of a State in which the deposit or the registration of the right has taken place. Consequently, all the brackets should be deleted.

Article 5.3 b), *7* e) *and 9.1* bis

The phrase "unless the parties designated a specific court," which is in the brackets, should be deleted, because otherwise the chosen court of a Contracting State which can not hear the

case in accordance with the rules on internal allocation could not transfer the case to another court of the same state, and such a result should be avoided in order to secure a smooth administration of justice within an internal mechanism. For the same reasons, the brackets of Article 7 *e)* and Article 9.1 *bis* should be deleted.

Article 6

The brackets of Article 6 should be deleted because the judgment on the validity of an intellectual property right given by the court of a State under the law of which the right arose should prevail over the judgments given by courts of another State.

There is an argument that this article might encourage dishonest parties to ask for proceedings to be suspended simply as a time-wasting tactic (See, Draft Report Paragraph 114). It should be stressed, however, that, as stated in Paragraph 111 of the draft report, this article does not intend to create any obligation of the chosen court to suspend or dismiss the proceedings before it.

Article 9(1) f)

A foreign judgment recognizable and enforceable under national law has the same legal effect, whether or not it is based on an international agreement. It is not appropriate that, while a recognizable and enforceable foreign judgment under an international agreement prevails over a foreign judgment given by the chosen court under this draft Convention, a recognizable and enforceable foreign judgment not based on an international agreement does not. Consequently, the bracketed phrase, "under an international agreement," should be deleted.

Article 10

Paragraph 4 of this article as stated in footnote 10 should be added when paragraphs 2 and 3 are provided. This is because a judgment with "erga omnes" effect relating to the matter referred to in Article 2, Paragraph 2 which is inconsistent with a ruling on that matter as an incidental question causes problems similar to intellectual property cases.

Article 15

If the Convention provides that Article 15 does not apply to a judgment requiring an insurer to indemnify the insured pursuant to a contract of insurance (or reinsurance) with respect to non-compensatory damages, the provision should clearly indicate that its scope of application is limited only to reinsurance (including retrocession) between insurance companies.

Suisse

Monsieur le Secrétaire général,

Nous vous remercions de nous donner l'occasion de prendre position sur l'objet cité en exergue. L'Office fédéral de la justice a effectué une consultation auprès des milieux intéressés qui a montré une bonne acceptation du projet. Sur la base, entre autres, de ces résultats, nous sommes en mesure de faire le commentaire qui suit. Nous nous réservons toutefois la possibilité d'étayer et de préciser notre position durant la Conférence diplomatique de juin.

1. Champ d'application

Nous pouvons en principe accepter que le projet soit interprété quant aux *accords exclusifs d'élection de for* (art. 1, ch. 1). En revanche, nous sommes tout à fait conscients qu'une extension englobant les accords non exclusifs d'élection de for correspondrait à une pratique très largement répandue dans les États de *common law*. Une telle extension augmenterait toutefois considérablement la complexité de l'instrument. Il faudrait alors probablement régler les questions de litispendance afin de prévenir d'éventuels jugements contradictoires.

Peut-être pourrait-on envisager la possibilité d'étendre l'application de cet instrument à des conventions attributives de for qui prévoiraient alternativement des fors dans différents États en excluant tout autre for qui ne serait pas mentionné dans la convention. Indépendamment de cela, il convient de noter que le texte de l'article 3 n'indique pas la solution à suivre lors d'accords dit « asymétriques » prévoyant un for exclusif pour les procédures engagées par l'une des parties mais pas pour celles engagées par l'autre. Comme indiqué dans le projet de rapport explicatif (Nos 72 et 80), l'appréciation du caractère exclusif dépendrait probablement dans ce cas de la partie qui a concrètement engagé la procédure. Il nous semble cependant que ce point pourrait être utilement clarifié dans le texte du futur instrument.

Concernant le champ d'application matériel, il n'est à notre avis pas souhaitable qu'une différence soit faite entre les cas relatifs au *droit d'auteur* et ceux concernant *un autre droit de propriété intellectuelle*. Une réglementation collective de tous les droits de propriété intellectuelle serait plus appropriée. En outre, il arrive souvent, précisément dans le domaine des droits de propriété intellectuelle, que plusieurs droits de protection soient concernés simultanément. Nous considérons également insatisfaisante la proposition demandant que seuls les litiges concernant des contrats de licence relatifs à la propriété intellectuelle soient soumis à la Convention. Dans tous les cas, l'appréciation de la violation de la propriété intellectuelle devrait être effectuée par le juge choisi conjointement avec l'appréciation du contrat de licence. Dans ce contexte, la question de la validité *inter partes* des droits de propriété intellectuelle devrait être soumise à l'appréciation du juge à titre incident. Parallèlement, la reconnaissance ainsi que l'exécution de ces jugements devraient être garanties sans condition par la Convention. Par contre, la décision concernant l'inscription au registre et la validité *erga omnes* devrait être réservée au juge de l'État pour lequel la protection du droit de propriété intellectuelle est demandée.

Dans le cas d'un examen portant sur une matière exclue du champ d'application par l'article 2 alinéa 2 effectué à titre incident uniquement, la procédure y relative tombe également dans le champ d'application de la Convention. Les **contrats d'assurance et de réassurance** concernant le risque lié à ces matières entreraient alors également dans le champ d'application de la Convention. Une disposition éliminant tout doute sur la question serait toutefois la bienvenue.

2. Compétence du tribunal élu (art. 5)

Selon la règle de l'article 5, le tribunal élu examine la validité de l'accord d'élection de for **à la lumière de son propre droit**. La disposition n'est pas assez explicite sur la question de savoir s'il en résulte un renvoi incluant les règles régissant les conflits de lois de l'État de juridiction, ou n'alors que l'application des règles, tant procédurales que matérielles, de cet État. L'Office fédéral de la justice souhaiterait une clarification de la question dans le sens de la première interprétation.

L'article 5 alinéa b prévoit la possibilité que la **compétence locale** puisse être déplacée en vertu du droit de l'État du tribunal élu, à l'intérieur de cet État contractant, à un autre tribunal que le tribunal élu (voir aussi art. 7 al. E) et art. 9 ch. 1 *bis*). L'Office fédéral de la justice craint que ce genre de règle ne nuise à la prévisibilité du tribunal compétent.

3. Obligation du tribunal non élu de se dessaisir de l'affaire (art. 7)

Selon l'Office fédéral de la justice, la question de la *validité de l'accord d'élection de for* sera probablement examinée par le tribunal saisi uniquement à la lumière du droit de l'État du tribunal élu (art. 5 ch. 1).

Le projet contient une exception judicieuse à la règle du refus sous la forme d'une réserve de l'*ordre public* de l'État du tribunal saisi (art. 7 lit. c). L'élément de l'"injustice très grave" est assorti à cette règle. Ce terme n'étant pas clair, il devrait être biffé. La Délégation suisse a proposé plusieurs options de remplacement (note de bas de page 4, option ii) et iii)).

4. Reconnaissance et exécution

L'Office fédéral de la justice soutient l'opinion que le *montant des dommages et intérêts non compensatoires* accordés dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution de jugements étrangers conformément à l'art. 15 ch. 1 doit être expressément limité au niveau de l'État requis.

Dans le cas où ces dommages et intérêts non compensatoires représentent le risque explicitement assuré, la limitation de l'art. 15 ne doit pas s'appliquer. Même si ce résultat découle du texte existant, il est malgré tout nécessaire de le clarifier. Le texte complémentaire du rapport explicatif (n° 47 et 204-206) n'atteint ce but que de manière insuffisante et requiert donc une explication.

5. Rapport avec d'autres instruments, en particulier avec la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano), ainsi que le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

L'article 23 est principalement taillé sur les deux instruments cités en exergue. Toutefois, il convient de tenir compte d'autres instruments en parallèle, comme par exemple la Convention de Minsk (1993) et le Protocole de Buenos Aires (1994).

En principe, afin de prévenir d'éventuels conflits entre les conventions, le projet accorde la primauté aux instruments antérieurs (art. 23 para. 2). Ce principe est toutefois relativisé par le paragraphe 4 de cet article qui prévoit l'application de la Convention :

– lorsqu'une des parties réside dans un État contractant ;

– et lorsque le tribunal élu se situe également dans un État contractant.

La Convention de Lugano et le Règlement du Conseil prévoient les mêmes conditions d'application territoriale. Le projet de La Haye ne doit pas être qualifié de Convention spéciale au sens de l'article 27 alinéa 1 de la Convention de Lugano qui aurait la priorité par rapport à ce dernier.

De ce fait, le projet de La Haye et la Convention de Lugano se recoupent. Le projet prétend résoudre le conflit de convention qui en résulte en défaveur des instruments antérieurs. Cette position est problématique du fait que les États membres de ces instruments pourraient s'abstenir de ratifier la Convention de La Haye.

L'exemple suivant illustre ce cas : Un Américain ouvre action contre un Suisse auprès du tribunal élu à Londres. Admettons que les États-Unis d'Amérique ainsi que le Royaume-Uni (resp. l'UE) aient ratifié la Convention, sans que ce soit le cas pour la Suisse. D'après l'article 23 paragraphe 4 de la Convention de La Haye, le juge londonien devrait appliquer celle-ci et non pas la Convention de Lugano, bien que ce faisant il violerait la Convention de Lugano applicable entre le Royaume-Uni (resp. l'UE) et la Suisse.

Le rapport de la Convention de La Haye avec le Règlement du Conseil est en outre réglé à l'article 26. Selon cette disposition, l'Union européenne est considérée comme unique partie contractante dans certaines situations. Une considération différente de la relation entre la Convention de La Haye et des instruments existants peut alors en découler. Le rapport à l'article 23 nécessite donc une clarification.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Secrétaire général, l'assurance de notre considération distinguée.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE

Section du droit international privé

Alexander R. Markus

copie : Ambassade de Suisse à La Haye

United States of America

This note offers comments on the 2004 Report on the Preliminary Draft Convention, and takes the opportunity to offer views on what the final Report might look like. We appreciate very much the supreme effort that the *rapporteurs* have made in preparing the 2004 Report, and look forward to cooperative and productive efforts to prepare the final Report following a successful Diplomatic Conference.

Note on the Final Report

The 2004 Report on the Preliminary Draft played a role in the preparation of a final convention that the final Report of the adopted convention will not play. Although the comments on the 2004 Report set out below are drafted with respect to the addition or deletion of specific language, we recommend strongly that that the final Report not start with the draft of the 2004 Report. There are simply too many places where the approach of the 2004 Report is unsuitable for a Final Report. It is important for the final Report to start with a fresh approach.

The goal of any final report on an adopted Convention is to explain the intention of the parties to the negotiation. In our view, the Report should focus on presenting a clear and concise overview of the Convention, and outlining the core concepts and purposes of the Convention. It should be both a tool for the well informed, and an introduction for the uninformed. In general, it should not seek to raise and discuss all possible misinterpretations. If a matter has been specifically discussed in the Diplomatic Conference, and there has been a request for it to be clarified in the Report, then it would be appropriate to go into hypothetical examples. But in general, the *rapporteurs* should avoid writing a detailed review and

analysis of the text. In particular, it is in our view inappropriate for the Report to offer an interpretation of the plain language of the text if that interpretation was not specifically discussed at the Diplomatic Conference. That is for future academic work.

The Report might begin with an overview that highlights that the three basic rules of the Convention are found in Articles 5, 7, and 9. By simply beginning with Article 1, the Report could create the impression that a front-to-back read can help one best understand the Convention. Our experience is that this kind of reading can create problems, as it does for people who come to the Brussels Convention and Regulation for the first time and try to read it in consecutive order. The Report should begin with an introduction to the core rules:

1) The chosen court has exclusive jurisdiction and must exercise it (Article 5);

2) A court not chosen must (with limited exceptions) defer to the chosen court (Article 7);

3) Contracting States will recognize and enforce judgments resulting from choice of court jurisdiction (Article 9).

If it is adopted, the Drafting Committee text of Article 11 may also be viewed as adding a fourth basic rule: Courts in contracting states will not recognize and enforce judgments from non-contracting state courts that are in violation of exclusive choice of court agreements.

Comments on 2004 Report

Introduction

Note: No reason to recite history of the larger project in the final report. The new convention will stand entirely on its own.

Para 4, line 8: "must" vice "can"

Para 7 – this para is unnecessary. Why apply terminology of the previous (failed) project to this one? Becomes very silly to talk about this new convention in terms of the "gray area."

Article 1

Para 10 – Article 1(2) has nothing to do with territorial units, and it is confusing and misleading to lump them in here. This paragraph should end at the end of the second line with "... should apply without restriction in domestic cases." It should not be occasion to foreshadow discussion of federal state/REIO issues. It should not suggest that to apply this one must determine what "state" means. Moreover, this para fails to note that article 1(2) only applies to determine the application of Chapter II (jurisdiction).

Para 14, line 5 – "may also" vice "would"

Para 15. Not so sure that "civil and commercial" is "standard" in OAS and former Soviet Union countries' conventions. Line 2 should say: "...standard in Hague Conventions [footnote to Service and Evidence Conventions]. It is generally interpreted to exclude public..." Footnote might be to the Reports on those conventions or to the Implementation Guides.

Para 15, line 5 and footnote 17 – Disagree with the statement that it is "necessary" to use both terms. Both terms may be helpful to some legal systems, but is confusing to others. Using only "commercial" would be helpful and understandable to some systems but confusing to others. In any case, any term could be used if it was clear that it was an autonomous definition. Thus, the footnote is misleading.

Article 2

p. 2, footnote 22 – Put this in the text of the report.

Para 29, line 1 – Redraft for clarity: "Another example of the exclusion for antitrust/competition matters would be the rule..."

line 5 – "against public policy" vice "wrong"

line 6 – "the rule" vice "it"

para 39, line 5 – add "generally" before "agree"

line 9 – "precisely" vice "only"

Footnote 42 – add "under its own law and outside the Convention" after "them"

Para 48, lines 2-3 – "where specifically provided" vice "in those areas expressly covered by it (jurisdiction, and recognition and enforcement of foreign judgments)"

Para 53 – Delete as unnecessary.

Para 54 – This para is unclear – does it imply de novo review of the existence of the ch/ct agreement? If so, that should be discussed in Article 3 and 9. There is no reason to refer to rules of evidence.

Footnote 58 – this is extremely misleading. Must make clear that the autonomous rule of this convention is to have a *different* outcome from Ruffer and similar. Goal is the Ivey-type result, not to have the Convention be applied differently in different countries. This is a critical point. Pocar/Nygh report was clear and correct.

Para 59 – why exclude bail bonds?? Never discussed and should not be dismissed here. Footnote 59 cites a case that seems unrelated to bail bonds. All very unclear.

Article 3

Para 63 – Third party issues is complex and will have results based on local law. Why go into this? There is no convention rule.

Para 72, last sentence – this statement, under which one party can *convert* a non-exclusive ch/ct agreement into an exclusive ch/ct agreement can't be right. Don't recall ever having agreement on this.

Para 80 – Cannot understand the meaning of the first sentence.

Para 82. Cannot understand the discussion of consideration or what its place is in the report. Cannot understand the rationale for additional language suggested at the end of the para. There is an issue whether under Article 9 the F2 court can determine that there was no actual agreement on ch/ct (no meeting of the minds/consent) and therefore F1 had no jurisdiction. Needs to be resolved and addressed in report.

Article 4

Para 95, line 4 – "the question is left to internal law" vice "the question is more difficult"

Para 97 – this is misleading. There may be other factors involved in determining what is "appropriate" – this implies that EC court can't refuse to hear a case in favor of *lis pendens* in the court not chosen.

Article 5

Para 105 – add reference to court-made rules (common law countries)

Article 6

Para 114 – this will necessarily be redrafted – intent is to be a savings clause only and apply to all excluded matters under Article 2 in context of being considered as an incidental question.

Article 7

Footnote 122 – there is a recent Australian case like this.

Para 124 – should refer in first sentence to choice of law rules of court as done in para 125.

Para 128 – Should not/not redraft the provision ("manifestly contrary to fundamental principles of public policy" into "manifestly part of its public policy")? Report needs to resist the inclination to redraft this carefully negotiated provision. Restate the provision in its own words and note that it is intended to apply not to technical violations of mandatory rules, but to set a very high threshold. If this is not the intent, then we would insist on deleting the choice of law rule in 7 *a)*.

Article 9

Para 141 and footnote 153 – We had understood 9(1) *c) ii)* to be an extraordinary remedy, with an extremely high threshold where service was carried out in such a fashion that it constituted a violation of local sovereignty – e.g., if a foreign judicial officer came illegally to serve. We extremely surprised to read in the report that it could be interpreted to cover routine instances where a civil law country deems foreign service to violate even technical requirements of local law. This is unacceptable to us – we had thought there was broad acceptance of the approach in *c) i)*. This provision serves no purpose if it is only an example of the application of a public policy exception. If some were to read it to permit technical violations of the Hague or other conventions and local law to be grounds for declaring local sovereignty to be violated, the convention would be severely undermined. The case cited in footnote 153 – our understanding had been that under Japanese judicial precedent, foreign service by mail would not be a ground in itself not to enforce a judgment. Rather, the court would look to see where the defendant was unfairly prejudiced – for example, by being served in a foreign language.

Footnote 154 – add "in some serious way" after conflicts, and "mandatory" before "substantive law." This is a critical point – the high threshold for the application of public policy is critical to the effective and uniform application of the Convention. Must make clear that the mere existence of a statute or regulation that might somehow conflict with the judgments is not grounds for a public policy refusal of recognition and enforcement.

Discussion of 9(1) *f)* – Do not agree and/or do not understand various parts of the discussion here, including the relationship to Article 11. However, this was clarified by the Drafting Committee, and the final report should carefully track the final provision.

Paras 146-152 – Discussion in final Report must track conclusion of text in Article 11.

Footnote 165 – There was no agreement on this categorical conclusion. It is is also inconsistent with the text of paragraph 153.

Para 154 – Drafting is unclear – appears to say that revision au fond is permitted under Chapter III. Perhaps add the word "limited" before "review" in line 2.

Article 11

Discussion of this article is not clear; drafting committee made some progress in narrowing and clarifying the provision. The final report should track closely the text and rationale for any final agreed text.

Articles 12 and 13

Para 180 – Report describes a situation that will not be known or understood to common law courts – enforcement but not recognition – where the settlement does not even resolve the dispute between the parties, but is intended to be enforced. It is not easy for a common law court to be expected to understand that the judicial settlement under Article 12 is only a "contractual defence to the claim." Report leaves out the critical, agreed point, that a person wanting to enforce a transaction judiciare in a common law court (where it is unknown) must produce a court order that is enforceable per Article 13(1) *d)*. This comes in paras 184-185. There must be a specific reference to Article 13(1) *e)* and an admonition to civil law parties to get a court statement that the settlement is judicial enforceable in the country of origin. It is very important for the final Report to include such practice-oriented directions.

Article 14

Para 14 – not clear the reason for the discussion of no special procedures. Don't recall consensus or extended discussion of this point in the special commissions, and do not see the basis for the recommended language.

Article 15

This section departs in a major way from the carefully negotiated text of this provision, which has changed very little over several years of negotiations, and was the subject of a careful explanation in the Pocar/Nygh Report. The Report departs in significant ways from the actual text of Article 15 and from the explanation of the Pocar/Nygh Report, adding unhelpful glosses that significantly lower the high threshold of the provision.

Para 190 – intent was for 15(2) to cover only grossly excessive damages, not non-compensatory damages. This is a major departure from the agreed text.

Para 190 & 194 et seq. The provision addresses "*grossly* excessive damages." The report departs from this standard in a number of places, referring only to "excessive" damages – this is a substantial and unjustified departure from the plain language of the text. Moreover, there was no discussion that we recall to the effect that 15(2) should apply to non-compensatory damages. If there was discussion, there was certainly no consensus.

Paragraph 193 – This paragraph is self-contradictory. The first sentence states that in certain circumstances, "the part of the foreign judgment awarding non-compensatory damages will never be recognized or enforced." The final sentence

Observations/Comments

states that "In all cases, however, it is permitted to recognize and enforce the judgment to the full amount." The first sentence should be deleted.

Para 195, last line – "the aware cannot be reduced solely for this reaon" vice "the award cannot normally be reduced for this reason" – it can *never* be reduced solely on the basis of the standards in F2 – this was the clear intent of the provision.

Para 196 – There is no requirement for that the F2 court *will* reduce damages. This is a major and unjustified departure from the text. It must read "may"

Para 197 – There is no justification for the Report to depart from the Pocar/Nygh report because there was "strong criticism" by "several delegations." There were also strong statements on the other side. The Report should not be weighing and balancing the strength of the debate. Paragraph 197 should end after the words "...State of origin" in the first sentence. The rest is the reporters' gloss for which there is no consensus. The statement that "if 'standards' are to be applied, they must be those of the requested State" is contrary to the plain language of 15(2) regarding "grossly excessive damages." The test is, and must, be the standards of the judgment state.

Para 198 – Delete this paragraph. We do not agree that the term "standard" suggests rules, but do not understand what it means to the say the "test is not one of rules but of judgment." In other parts of the convention (e.g., Article 7), delegations seem to abjure giving discretionary powers to courts.

Para 199 – Reference in first sentence to "excessive" should be "grossly excessive." Last sentence should be deleted. While it may be fair to compare the threshold of a public policy exception (at least in common law courts) to the threshold here, it is not correct to declare that the "essential question" becomes whether there a public policy violation here. That is a reporters' gloss for which there is no consensus.

Para 207 – adding a "genuine attempt" standard here is interesting, but it is not easier to apply and has no basis in the text. Third sentence should be revised to begin: "If a statute or contract provides an estimate for a fair level of compensation in advance..." Could add a sentence making clear that this is done to reduce to burden, time, and cost of proving exact amount of damages, and give some examples. In the last sentence, it should be revised to begin: "If, on the other hand, the provision provides for a sum for purposes of punishment rather than compensation, the damages would be non-compensatory." Could add a real example.

Article 23

Para 226 – last line refers to Article 11 – this is unclear since effect of Article 11 was unclear.

Various drafting solutions in the report, and much of the specific commentary on this article have been overtaken by the drafting committee work and will have to be completely rewritten.

Para 241 – As I understand it, UK could not/not apply Article 22 since it has not opted out of EU competence over these matters.

Article 26

Para 246 – References to Articles 1, 18, and 19 may make sense for the EU, but not for any and all REIOs. An REIO might not have wide enough competence to encompass all these articles.

SECONDE PARTIE / PART II – OBSERVATIONS DES OBSERVATEURS / COMMENTS RECEIVED FROM OBSERVERS

International Trademark Association

January 2005

The International Trademark Association (INTA) appreciates the opportunity to submit comments on the draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements of the Hague Conference (Draft). INTA's Hague Convention Subcommittee chaired by Judith Sapp prepared these comments, which are limited to those provisions of the Draft that affect the interests of trademark owners.

Should any of our comments be unclear or require elaboration, The Hague Convention Subcommittee will be pleased to provide supplemental information or clarification on request.

1. Article 1(1)

INTA supports limitation of the Convention to recognition and enforcement of judgments given on the basis of exclusive choice of court agreements.

2. Article 1(2)

Application of the Draft to trademark agreements will benefit trademark owners. Therefore, INTA supports the narrowest exception from application of the Draft, requiring the parties to be resident in the Contracting State of the court seized at the time the agreement is concluded and at the time of commencement of proceedings for the exception to apply.

3. Article 2(1) a)

INTA does not support changes to this provision, including the exclusion of all physical persons from the scope of the Draft. Physical persons may be parties to agency and distribution agreements in respect of trademarked goods and may be parties also to trademark license agreements. Trademark owners would benefit from inclusion of such agreements within the scope of the Draft. For the same reasons, INTA does not support exclusion of non-profit organizations from the scope of the Draft.

4. Article 2(2) k)

INTA's overriding concern in respect of the Draft is that decisions on trademark validity should be within the exclusive jurisdiction of the courts or administrative agencies of the State where the rights arose and that decisions of trademark validity made by other States should not be within the scope of the Draft. INTA's Board of Directors has adopted a resolution to this effect.

INTA does not believe that the current wording of Article 2(2) *k)* excludes trademark validity determinations from the scope of the Draft. A decision on trademark validity rendered in the context of proceedings over a trademark license agreement would be within the scope of the Draft as currently worded. As claims of trademark validity often

arise in disputes over trademark license agreements, INTA believes it is of critical importance that the current wording of Article 2 *k)* be revised to exclude trademark validity determinations.

Another problem with the current Article 2(2) *k)* is its limitation of agreements within the scope of the Draft to license agreements and assignment agreements. Trademark owners enter into many other sorts of agreements, such as agency agreements, distribution agreements, and coexistence agreements. It would benefit trademark owners for these agreements to be within the scope of the Draft.

INTA strongly supports the alternative wording proposed in paragraph 45 of the Preliminary Draft Report, which addresses our concerns. This alternative wording is set out below.

2 *bis*

a) The Convention shall not apply to intellectual property rights other than copyright or related rights, except –

i) in proceedings pursuant to a contract for the transfer or use of such intellectual property rights; or

ii) in proceedings for infringement, provided that the infringement also constitutes a breach of contract that could have formed the basis of proceedings between the parties under sub-sub-paragraph (i) above.

b) Proceedings do not fall within sub-paragraph *a)* above merely because they constitute a counterclaim to proceedings to which that sub-paragraph applies.

c) The Convention shall not apply to rulings on the validity of intellectual property rights other than copyright or related rights, even if given in proceedings to which sub-paragraph *a)* applies.

INTA strongly supports also the incidental question provisions of Article 2(3) and Article 10(1). The incidental question "exception" of Article 2(3) ensures that trademark owners will not be deprived of the benefits of the Draft by validity questions raised in defense of contractual claims, while Article 10(1) ensures that rulings on trademark validity made in the course of contractual proceedings will not be enforceable under the Draft. INTA is inclined toward support of the incidental question provisions of Article 6, Article 10(2), and Article 10(3) but is engaged in further study of these provisions.

5. Article 5(1) and 5(2)

INTA supports the exercise of jurisdiction by the parties' chosen court whenever reasonably possible, and in accordance with the provisions of Article 5(1) and 5(2) as currently drafted. INTA believes, however, that when a court other than the parties' chosen court is seized and exercises jurisdiction under one of the exceptions of Article 7, the chosen court should be allowed to decline jurisdiction.

6. Article 5(3) b)

It seems clear that the Draft cannot and should not affect national rules on internal allocation of jurisdiction. If national rules of internal allocation of jurisdiction in the Contracting State chosen by the parties to an agreement require transfer of the case to a court other than that chosen by the parties, the case must be transferred.

INTA is of the opinion that the enforceability under the Draft of judgments rendered by courts to which cases were transferred by virtue of rules on internal allocation of jurisdiction is more likely to benefit trademark owners than exclusion of such judgments from enforcement. INTA therefore supports deletion of the bracketed language in this provision, i.e., "[unless the parties designated a specific court]".

7. Article 7 a)

As noted in the European Commission Consultation Paper, deletion of the words "under the law of the State of the chosen court" in Article 7 *a)* would undermine significantly the objectives of the Draft. INTA, therefore, would prefer that these words remain in the Draft.

INTA members have expressed concern that Article 7 does not contain an exclusion for choice of court agreements obtained by fraud, either substantive or procedural. Concerns have been raised also about the inclusion of non-negotiated agreements within the scope of the Draft.

8. Article 7 c)

INTA supports rephrasing Article 7 *c)* to read "giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice or would be contrary to fundamental principles of public policy of the State of the court seized." Barring such rephrasing, INTA supports at a minimum the deletion of "very" in the phrase "giving effect to the agreement would lead to a very serious injustice." If Article 7 *c)* is construed or amended to permit the courts of Member States of the EU to exercise jurisdiction in derogation of the jurisdiction of the parties' chosen court, the utility of the Draft to trademark owners will be decreased significantly.

9. Article 7 d)

INTA supports retention of Article 7 *d)*. Instances in which the provision would be necessary and desirable include those in which the site of the parties' chosen court has been the subject of a natural disaster such as flood or earthquake or a less natural disaster such as civil war or terrorist attack.

10. Article 7 e)

INTA supports the exercise of jurisdiction by the parties' chosen court whenever possible. If the parties have chosen "the courts of New York" and the federal district court of the Eastern District of New York declines jurisdiction because the case belongs in the Southern District, we do not believe the courts of Missouri or France should be able to exercise jurisdiction.

Although there are arguments to be made on both sides of this question, INTA is inclined to support the prohibition of the exercise of jurisdiction by a court not chosen when the chosen court has transferred jurisdiction as a result of its rules on the internal allocation of jurisdiction. In the example above, INTA would support the exercise of jurisdiction by the federal district court of the Southern District of New York and the prohibition of the exercise of jurisdiction by the courts of Missouri or France.

INTA, therefore, supports inclusion of the bracketed language at the end of this Article, "[except where it has transferred the case to another court of the same State as permitted by Article 5, paragraph 3 *b)*]."

Observations/Comments

11. Article 9

INTA does not support addition of a requirement that a judgment of a chosen court be enforceable under the Draft only if the decision of the chosen court sets out the ground of its exercise of jurisdiction as the parties' exclusive choice of court agreement. Chosen courts may not set out in their judgments the grounds on which they based their jurisdiction or may set out those grounds either incompletely or incorrectly. It would be detrimental to the interests of trademark owners for a judgment to be denied recognition and enforcement under the Draft because the chosen court failed to include a proper statement of jurisdictional grounds.

12. Article 9(1) a)

INTA is not in favor of permitting the State addressed to review whether the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court. The chosen court will have held the agreement to be valid either implicitly or explicitly before its judgment reaches the court addressed. Permitting the court addressed to "second guess" the chosen court would create a dangerous loophole for evasion of the Draft, to the detriment of trademark owners.

13. Article 9(1) b)

INTA supports revising Article 9(1) *b)* to read "a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the State of the chosen court."

14. Article 9(1) c)

INTA believes the protection accorded to the defendant by Article 9 *c)* to be sufficient, neither too extensive nor too limited.

15. Article 9(1) d)

INTA supports inclusion of fraud as a ground for non-recognition in the Draft and believes Article 9(1) *d)* to be necessary and desirable. Although we have made the point before, INTA reiterates that it strongly favors deletion of "in connection with a matter of procedure" from the wording of Article 9(1) *d)*. Courts may construe "procedural fraud" very narrowly and permit enforcement of judgments obtained by bribery, perjury, and the like. We believe that a judgment obtained by substantive fraud should be no more entitled to enforcement under the Draft than a judgment obtained by procedural fraud.

INTA does not regard the issue of procedural fraud as covered by the public policy exception of Article 9(1) *e)*.

16. Article 9(1) e)

INTA supports the current wording of the public policy exception in this Article.

17. Article 9(1) f)

INTA believes the solution of Article 9(1) *f)* relating to the non-recognition of incompatible judgments to be satisfactory. If the state addressed is faced with inconsistent decisions, one from the chosen court and one from the court of another Contracting State, INTA believes that the judgment from the court of another Contracting State should be given priority only if the state addressed finds the decision of the chosen court to have been obtained by fraud.

18. Article 9(4)

INTA supports the current wording of Article 9(4).

19. Article 10(2)

INTA supports inclusion of Article 10(2) as a necessary corollary to the principle of exclusivity in respect of trademark validity determinations.

20. Article 10(3)

INTA supports the limitation of recognition and enforcement set out in Article 10(3). The Article may in some instances result in delay and additional litigation costs, but we believe that these detriments are outweighed by the benefits of having validity determinations in respect of trademarks made by the courts or administrative agencies of the State where the trademark rights arose. A trademark owner would be injured much more seriously by enforcement of a judgment based on an erroneous incidental holding of trademark invalidity than by the cost of establishing the mark to be valid in its home State.

INTA would not support extension of Article 10(3) to situations in which the defendant objected to an incidental ruling on trademark validity and intended to commence validity proceedings in another State. Any such extension would have to apply to both parties and be limited to validity proceedings in the State where the trademark right arose. INTA's support for such an extension of Article 10(3) would depend on the reasonable ability of trademark owners to begin validity proceedings in the trademark home State before the issues of recognition and enforcement of a judgment reached the court addressed. If a reasonably diligent trademark owner could begin validity proceedings before the court addressed reached the issues of recognition and enforcement, INTA would be inclined against extension of Article 10(3). Conversely, INTA would be inclined toward extension if situations might arise in which a reasonably diligent trademark owner could not institute validity proceedings before the court addressed reached recognition and enforcement issues.

21. Article 11

INTA supports retention of the policy of Article 11 in the final Convention.

22. Article 15

INTA views Article 15 as a practical approach to regulating damages, either as drafted or as revised in the US proposal.

23. Article 19

INTA supports use of the same time factor in Articles 1 and 19, to narrow the respective exceptions to jurisdiction and enforcement in these Articles as much as possible.

IRU

Monsieur le Secrétaire général,

Pour faire suite à notre lettre du 18 mars 2005, nous vous prions de trouver ci-joint un document de l'IRU concernant l'avant-projet susmentionné. Ce document, en anglais et en français, remplace tous les documents précédents envoyés par l'IRU sur le même sujet.

Nous espérons vivement qu'il sera possible à vos services de le diffuser aux participants à la Session diplomatique sur l'avant-projet en question qui se tiendra du 14 au 30 juin 2005 à La Haye.

Nous demandons le statut d'observateur pour cette Session et vous informons que notre organisation y sera représentée par M. Waldemar Czapski, Responsable du Département juridique de l'IRU et Mme Helene Minderman, Responsable des Affaires juridiques de notre Association membre aux Pays-Bas, le Transport en Logistiek Nederland (TLN).

En vous remerciant par avance des suites que vous voudrez donner à cette lettre, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Secrétaire Général, nos meilleures salutations.

Martin Marmy

Secrétaire Général

Annexe mentionnée

AVANT-PROJET DE CONVENTION SUR LES ACCORDS EXCLUSIFS D'ÉLECTION DE FOR

TRANSGRESSION DE LA CONVENTION RELATIVE AU CONTRAT DE TRANSPORT INTERNATIONAL DE MARCHANDISES PAR ROUTE (CONVENTION CMR), FAITE À GENÈVE LE 19 MAI 1956[1], DE LA CONVENTION RELATIVE AU CONTRAT DE TRANSPORT INTERNATIONAL DE VOYAGEURS ET DE BAGAGES PAR ROUTE (CONVENTION CVR), FAITE À GENÈVE LE 1ER MARS 1973[2] ET DE LA CONVENTION SUR LE DROIT DES TRAITÉS (CONVENTION DE VIENNE), FAITE À VIENNE LE 23 MAI 1969[3]

1. Introduction

Les contrats de transport international de marchandises et de voyageurs par route sont impérativement soumis à la Convention CMR et à la Convention CVR susmentionnées, élaborées sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE-ONU).

Outre les dispositions prescrivant les droits et les devoirs des parties au contrat de transport, les Conventions CMR et CVR contiennent également les dispositions strictes précisant, respectivement aux articles 31 et 21, les règles concernant la compétence des tribunaux, et la reconnaissance et l'exécution de leurs jugements dans le cadre des contrats de transport international par route.

Les tribunaux des Parties contractantes sont tenus de les appliquer à :

selon l'article premier de la Convention CMR :

« [...] tout contrat de transport de marchandises par route [...] lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat sont situés dans deux pays différents dont l'un au moins est un pays contractant. »

selon l'article premier de la Convention CVR :

« ...tout contrat de transport de voyageurs et, le cas échéant, de leur bagages, par route [...] lorsqu'il est prévu au contrat que le transport emprunte le territoire d'au moins deux États et que le point de départ ou le point de destination, ou l'un ou l'autre de ces points, sont situés sur le territoire d'un État contractant. Il en ainsi quels que soient le domicile et la nationalité des parties ».

L'avant-projet de Convention relative aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matières civile ou commerciale prévoit ses propres règles concernant la compétence des tribunaux, et la reconnaissance et l'exécution des jugements en matières civile ou commerciale, dont, entre autres, les contrats de transport international par route.

2. Transgression des conventions de Vienne, CMR et CVR

Transgression concernant le fond des dispositions

Les règles concernant la compétence des tribunaux, et la reconnaissance et l'exécution de leurs jugements dans le cadre des contrats de transport international par route, prescrites aux articles 31 et 21 des Conventions CMR et CVR, ne se recoupent pas avec celles de l'avant-projet. En outre, sur plusieurs points, les règles de l'avant-projet sont manifestement en conflit avec les règles précisées par les Conventions CMR et CVR.

L'avant-projet donne, en principe, la préséance à ces propres règles. L'article 23(4), alinéa *b)* de l'avant-projet prévoit donc que :

« Lorsqu'un État contractant est également partie à un instrument international qui contient des dispositions sur des matières réglées par la présente Convention, celle-ci prévaut dans les matières relatives à la compétence, sauf lorsque :

a) le tribunal élu est situé dans un État dans lequel l'instrument est applicable ; et

b) toutes les parties résident [uniquement] soit dans un État dans lequel l'instrument est applicable, soit dans un État non contractant. »

Il en résulte que l'article 23(4), alinéa *b)* de l'avant-projet exclut l'application des articles 31 et 21 des Conventions CMR et CVR dans tous les cas où les parties au contrat de transport résident dans deux États différents.

À cet égard, il convient de tenir compte du fait qu'en ce qui concerne les transports internationaux de marchandises par route, il y a trois parties au contrat de transport, à savoir, l'expéditeur de la marchandise, le destinataire et le transporteur.

– L'expéditeur et le destinataire de la marchandise se trouvent toujours dans deux États différents (autrement, le transport international n'aurait pas lieu).

– Le transporteur routier peut résider dans un État tiers par rapport à ceux de l'expéditeur et du destinataire et, en tous cas, il ne peut pas avoir son siège à la fois, dans l'État où réside l'expéditeur et dans celui où réside le destinataire de la marchandise.

Par conséquent, si l'article 23(4) alinéa *b)* de l'avant-projet entrait en vigueur, l'article 31 de la Convention CMR ne s'appliquerait presque jamais dans les États ayant adhéré au projet de Conférence de La Haye. Seuls les États restés en

[1] La Convention CMR compte actuellement 45 Parties contractantes.
[2] La Convention CVR compte actuellement 6 Parties contractantes.
[3] Parmi 45 États ayant adhéré à la Convention CMR, 39 États ont également adhéré à la Convention de Vienne. Parmi 6 Parties contractantes ayant adhéré à la Convention CVR, toutes ont adhéré à la Convention de Vienne. Celle-ci joue donc un rôle particulièrement important dans l'interprétation des Conventions CMR et CVR.

dehors de ce projet de Convention appliqueraient *in extenso* l'article 31 de la Convention de la CMR.

Les transports internationaux de voyageurs par route

– Le même autocar transporte souvent des voyageurs résidant dans plusieurs pays,

– le transporteur peut ne pas résider dans le même pays que les voyageurs.

Par conséquent, le tribunal appliquerait l'article 21 de la Convention CVR aux litiges opposant les voyageurs au transporteur résidant dans le même pays qu'eux et les dispositions de l'avant-projet aux litiges opposant des voyageurs et un transporteur qui ne résident pas dans le même pays.

Il en résulte que le tribunal appliquerait aux voyageurs du même autocar des règles différentes, souvent inconciliables, déterminant la compétence des tribunaux, et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. De plus, les actions collectives en justice des voyageurs – transportés par le même autocar mais résidant dans des pays différents – contre le transporteur, seraient également impossibles.

Il s'ensuit que les dispositions de l'avant-projet sont en réel conflit avec les dispositions de fond des Conventions CMR et CVR, puisqu'elles modifient, empêchent et, dans le meilleur des cas, restreignent l'application des articles 31 de la Convention CMR et 21 de la Convention CVR déterminant la compétence des tribunaux, et la reconnaissance et l'exécution des jugements dans le cadre des transports internationaux par route.

Certes, l'article 23(6) de l'avant projet dispose que :

« *[Nonobstant les] [Sous réserve des] paragraphes 4 et 5, la présente Convention n'affecte pas la possibilité, pour un ou plusieurs États contractants, de continuer à appliquer ou de conclure des instruments internationaux qui, concernant des matières particulières, régissant la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si tous les États en cause sont parties à la présente Convention* ».

Toutefois, en laissant « la possibilité » d'application d'autres instruments juridiques, ce qui présuppose le droit de les choisir, cette disposition de l'avant-projet affaiblit le caractère impératif des engagements contractés par les États dans le cadre des Conventions CMR et CVR.

Transgression des interdictions de modifier

Les dispositions de l'avant-projet sont également en conflit manifeste avec les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités et les limites imposées par les Conventions CMR et CVR concernant la modification de la lettre de ces dernières.

L'article premier et les dispositions finales des Conventions CMR et CVR contiennent les dispositions strictes prescrivant les droits et les devoirs des États contractants concernant la modification et la révision éventuelles des deux Conventions ainsi que la procédure devant être respectée à ce sujet.

La Convention de Vienne susmentionnée, élaborée sous les auspices de la Commission du droit international de l'ONU, précise, entre autres, les conditions permettant la modification des conventions multilatérales. Ces conditions complètent celles précisées par les Conventions CMR et CVR.

L'article 41(1) de la Convention de Vienne prévoit donc que :

« *Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement :*

a. si la possibilité d'un telle modification est prévue par le traité ; ou

b. si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle

(i) ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations; et

(ii) ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble. »

S'agissant de la lettre a. de l'article 41(1) de la Convention de Vienne, les Conventions CMR et CVR ne permettent de déroger à leurs dispositions que dans le cas du trafic frontalier et, en outre, concernant la Convention CMR, dans le cas où les pays autorisent, sur leur territoire exclusivement, l'emploi de la lettre de voiture représentative de la marchandise (lettre de voiture négociable).

Il va sans dire que l'avant-projet ne se limite pas aux deux exceptions mentionnées par les Conventions CMR et CVR et que de ce fait, il ne remplit pas la condition mentionnée dans la lettre a) de l'article 41 de la Convention de Vienne.

S'agissant de la lettre b) de l'article 41(1) de la Convention de Vienne, il convient de souligner que l'article 1(5) de la Convention CMR et l'article 1(4) de la Convention CVR, interdisent les modifications autres que celles mentionnées dans l'alinéa précédent. Pour éviter qu'en dehors des procédures prévues par les deux Conventions cette interdiction des modifications soit contournée, notamment par les accords *inter se,* les articles en question contiennent l'engagement des États contractants suivant :

« *Les parties contractantes s'interdisent d'apporter par voie d'accords particuliers conclus entre deux ou plusieurs d'entre-elles, toute modification à la présente Convention [...]* »

L'interdiction :

– de « toute » modification ne se prête à aucune interprétation restrictive ;

– des modifications par « voie d'accords particuliers conclus entre deux ou plusieurs » parties contractantes, exclut tout accord dérogeant aux dispositions des Conventions CMR et CVR, même un accord *inter se,*

Il s'ensuit que les deux conditions (« i » et « ii ») formulées par la lettre b) de l'article 41(1) de la Convention de Vienne doivent être considérées comme inopérantes dans ce cas. Toute analyse pourrait donc s'arrêter là.

Néanmoins, même dans l'hypothèse où les Conventions CMR et CVR autoriseraient leur modification – ce qui n'est pas le cas – les deux conditions (« i » et « ii » de l'article 41(1), lettre b) ne pourraient pas être respectées cumulativement, ce qui est également prescrit par la lettre b) de l'article 41(1) de la Convention de Vienne.

À titre d'exemple, on se bornera à rappeler que l'éventuelle entrée en vigueur de l'avant-projet priverait les États n'ayant pas adhéré à cet avant-projet de la jouissance des droits qu'ils tiennent en vertu des Conventions CMR et CVR. Serait, notamment unilatéralement entamé leur droit d'exiger que dans les États ayant adhéré à l'avant-projet, la justice soit rendue à leurs ressortissants en vertu des règles de compétence, de reconnaissance et d'exécution des jugements, prescrites par les Conventions CMR et CVR et que ces derniers États se sont engagés à respecter en adhérant aux mêmes Conventions.

L'extension des dispositions de l'avant-projet aux transports internationaux de marchandises par route briserait l'unité du droit routier, celle-ci s'étendant aujourd'hui de l'Atlantique au Pacifique. Suite à l'entrée en vigueur de l'avant-projet, il n'y aurait plus un régime juridique mais deux régimes juridiques profondément différents, à savoir l'un prévu par cet avant-projet et l'autre prévu par les Conventions CMR et CVR, tous deux traitant de la compétence des tribunaux, et la reconnaissance et l'exécution de leurs jugements dans les transports internationaux par route.

Ainsi, l'objectif fondamental «de régler d'une manière uniforme les conditions du contrat de transport international», inscrit dans le préambule des Conventions CMR et CVR (qui explique la raison d'être de l'interdiction de déroger même *inter se*), serait détruit et avec lui, la volonté, respectivement des 45 et 6 États souhaitant avoir les règles uniformes sur le contrat de transport international par route.

Transgression de la procédure et de la compétence

Indépendamment de la transgression par l'avant-projet des dispositions de fond des Conventions CMR et CVR, de leur objectif commun et des interdictions prévues dans ces Conventions et la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'avant-projet soumis à la Conférence de La Haye du droit international privé outrepasse les dispositions des articles 49 et 34 des Conventions CMR et CVR et les compétences exclusives du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies qui y sont inscrites. Les articles 49 et 34 mentionnés seraient vidés de leur sens si n'importe quel organisme plurinational pouvait s'arroger le droit de réviser l'ensemble ou partie des instruments internationaux lesquels ne lui ont pas accordé une telle compétence.

3. Conclusions

Le maintien des dispositions de l'article 23(4) et 23(6) de l'avant-projet de Convention, élaboré sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé, et leur éventuelle entrée en vigueur exposerait les Parties contractantes aux Conventions de Vienne, CMR et CVR à la transgression de ces Conventions et, par voie de conséquence, même à la triple violation du droit international public. Quels que soient donc les motifs d'élaboration de cet avant-projet, ces motifs ne justifient certainement pas l'extension de ses dispositions aux transports internationaux par route et, par-là, la violation des trois Conventions internationales élaborées sous les auspices de l'ONU.

Étant donné le caractère unique des dispositions des Conventions CMR et CVR, l'IRU souhaite que le transport international par route soit exclu – à l'instar du transport maritime – du champ de l'application de l'avant-projet et de la future Convention sur les accords exclusifs d'élection de for.

* * *

PRELIMINARY DRAFT CONVENTION ON EXCLUSIVE CHOICE OF COURT AGREEMENTS

INFRINGEMENT OF THE CONVENTION ON THE CONTRACT FOR THE INTERNATIONAL CARRIAGE OF GOODS BY ROAD (CMR CONVENTION), DONE IN GENEVA ON 19 MAY 1956[4], OF THE CONVENTION ON THE CONTRACT FOR THE INTERNATIONAL CARRIAGE OF PASSENGERS AND LUGGAGE BY ROAD (CVR CONVENTION), DONE IN GENEVA ON 1ST MARCH 1973[5] AND OF THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES (VIENNA CONVENTION), DONE IN VIENNA ON 23 MAY 1969[6]

1. Introduction

International contracts of carriage by road for both goods and passengers are imperatively subject to the above-mentioned CMR and CVR Conventions, drawn up under the aegis of the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE).

In addition to the provisions setting the rights and obligations of the parties to a contract of carriage, the CMR and CVR Conventions also include stringent provisions stipulating – in articles 31 and 21 respectively – the rules governing jurisdiction and the recognition and enforcement of court judgments in the framework of international contracts of carriage by road.

The courts of the Contracting Parties have an obligation to apply these provisions to:

as per article one of the CMR Convention

"*... every contract for the carriage of goods by road ... when the place of taking over of the goods and the place designated for delivery, as specified in the contract, are situated in two different countries, of which at least one is a contracting country, irrespective of the place of residence and the nationality of the parties*".

as per article one of the CVR Convention

"*... every contract for the carriage of passengers and, where appropriate, of their luggage ... by road when the contract provides that the carriage shall take place in the territory of more than one State and that the place of departure or the place of destination, or both these places, shall be situated on the territory of Contracting State, irrespective of the place of residence and the nationality of the Parties*".

The Preliminary Draft Convention on exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters foresees its own rules for jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters including – among others – international contracts of carriage by road.

2. Infringement of the Vienna, CMR and CVR conventions

Infringement of the substance of related provisions

The rules concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of court judgments in the framework of international contracts of carriage by road stipulated in articles 31

[4] The CMR Convention currently has 45 Contracting Parties.
[5] The CVR Convention currently has 6 Contracting Parties.
[6] Among the 45 States having acceded to the CMR Convention, 39 States also acceded to the Vienna Convention. All of the 6 States having acceded to the CVR Convention also acceded to the Vienna Convention. The latter therefore plays an extremely important role in interpreting the CMR and CVR Conventions.

and 21 of the CMR and CVR Conventions do not match those of the Preliminary Draft. Moreover, on several items, the rules of the Preliminary Draft are obviously in conflict with those rules foreseen by the CMR and CVR Conventions.

The Preliminary Draft in principle gives precedence to its own rules. Thus article 23.4, letter b/ of this Draft foresees that:

"*Where a Contracting State is also a party to an international instrument which contains provisions on matters governed by this Convention, this Convention shall prevail in matters relating to jurisdiction except where*

a) the chosen court is situated in a State in which the instrument is applicable; and

b) all the parties are resident [only] either in a State in which the instrument is applicable or in a non-Contracting State."

Hence article 23.4 letter b/ of the Preliminary Draft excludes the application of articles 31 and 21 of the CMR and CVR Conventions in all cases where the parties to the contract of carriage reside in two different States.

In this respect, it should be taken into account that as regards:

- *international goods transport operations by road:*
  - there are 3 parties to the contact of carriage, i.e. the sender of the goods, the consignee and the carrier,
  - the sender and consignee of the goods are always located in two different States (otherwise the transport operation would not be an international one),
  - the road carrier may reside in a third State in relation to the countries of residence of the sender and consignee; in any case, the carrier cannot have his registered office both in the sender's country of residence and in that of the consignee,

  Consequently, were article 23.4, letter b/ of the Preliminary Draft to enter into force, article 31 of the CMR Convention could almost never be applied in those States having acceded to the Draft by the Hague Conference. Only those States which have remained outside the scope of this Draft Convention would apply article 31 of the CMR Convention *in extenso*.
- *international passenger transport operations by road:*
  - the same coach often carries passengers residing in different countries,
  - the carrier may not be a resident of the same country as the passengers.

  Consequently, a court would apply article 21 of the CVR Convention to disputes between passengers and a carrier residing in the same country and the provisions of the Preliminary Draft to disputes between passengers and a carrier not residing in the same country.

  As a result, a court would apply to the passengers of one and the same coach different – and often irreconcilable – rules governing jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments. Furthermore, class actions against the carrier on the part of passengers carried by the same coach but residing in different countries would also be ruled out.

It follows therefrom that the provisions of the Preliminary Draft are really in conflict with the substantial provisions of the CMR and CVR Conventions since the former amend, prevent and – in the best of cases – restrict the application of article 31 of the CMR Convention and 21 of the CVR Convention governing jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in the framework of international road transport operations.

Now article 23.6 of the Preliminary Draft does foresee that:

"*[Notwithstanding] [Subject to] paragraphs 4 and 5, this Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to continue to apply or to enter into international instruments which, in relation to specific subject matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if all States concerned are parties to this Convention*".

However, by granting "the ability" to apply other legal instruments – which implies a right to select these – this provision of the Preliminary Draft weakens the mandatory nature of the commitments entered into by States in the framework of the CMR and CVR Conventions.

Infringement of the prohibition from making amendments

The provisions of the Preliminary Draft are obviously in conflict with the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties and with the limits set by the CMR and CVR Conventions to amending the letter of their content.

Article 1 and the final provisions of the CMR and CVR Conventions include stringent provisions stipulating the rights and obligations of Contracting States relating to any amendment to or revision of both Conventions and to the procedure to be observed in this respect.

The above-mentioned Vienna Convention, drawn up under the auspices of the UN International Law Commission, foresees among other things the terms under which multilateral conventions may be amended. These provisions complement those specified by the CMR and CVR Conventions.

Thus article 41.1 of the Vienna Convention foresees that:

"*Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if:*

a. the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or

b. the modification in question is not prohibited by the and:

(i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;

(ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole".

As for letter a. of article 41.1 of the Vienna Convention, the CMR and CVR Conventions only allow departing from their provisions in the case of frontier traffic and moreover, as for

the CMR Convention, only where countries authorize the use – in transport operations entirely confined to their territory – of consignment notes representing a title to the goods (negotiable consignment note).

It goes without saying that the Preliminary Draft does not restrict itself to the two exceptions mentioned in the CMR and CVR Conventions and hence does not meet the requirement set in letter a. of article 41 of the Vienna Convention.

As for letter b. of article 41.1 of the Vienna Convention, it should be stressed that article 1.5 of the CMR Convention and article 1.4 of the CVR Convention prohibit any other amendments than those foreseen in the previous paragraph. So as to avoid any bypassing of this prohibition from making amendments outside the procedures foreseen by both Conventions – in particular through *inter se* agreements – the articles in question include the following commitment on the part of Contracting States:

"*The Contracting Parties agree not to vary any of the provisions of this Convention by special agreements between two or more of them ...*".

The prohibition:

– from varying "any of the provisions" does not lend itself to any form of restrictive interpretation.

– from making amendments "by special agreements between two or more of them" excludes any agreement departing from the provisions of the CMR and CVR Conventions, even through an *inter se* agreement,

Hence both provisions ("i" and "ii") set forth in letter b. of article 41.1 of the Vienna Convention must be considered as ineffective in this case. The analysis could stop here.

However, even supposing that the CMR and CVR Conventions allowed amendments – which is not the case – both conditions ("i" and "ii" of letter b. of article 41.1) could not be observed cumulatively, as also stipulated in letter b. of article 41.1 of the Vienna Convention.

As an example, let us just recall that any entry into force of the Preliminary Draft would deprive those States which did not accede to this Draft of the rights to which they are entitled by virtue of the CMR and CVR Conventions. In particular, this would unilaterally jeopardise their right to demand that, in those States having approved the Preliminary Draft, justice be dispensed to their nationals according to the rules on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments stipulated by the CMR and CVR Conventions, which those States have committed themselves to observe by acceding to these same Conventions.

Extending the provisions of the Preliminary Draft to international goods transport by road would shatter the unity of road transport law, which today extends from the Atlantic to the Pacific. Further to the Preliminary Draft's entry into force, there would no longer be a single legal system, but rather two vastly differing legal systems, i.e. one foreseen by this Preliminary Draft, and the other foreseen by the CMR and CVR Conventions which both deal with jurisdiction and the recognition and enforcement of court judgments in international road transport.

Thus the basic objective of "standardizing the conditions governing the contract for the international carriage of goods by road", as stated in the introduction to the CMR and CVR Conventions (which explains the prohibition from derogating even *inter se*), would be annihilated and, along with this goal, the wishes of the 45, respectively 6 States wishing to have standard conditions governing the contract for the international carriage of goods by road would be overlooked.

Infringement of procedure and competence

Independently from the Preliminary Draft's infringement of the fundamental provisions of the CMR and CVR Conventions, of their joint objectives and of the prohibitions foreseen in these Conventions and in the Vienna Convention on the Law of Treaties, the Preliminary Draft submitted to the Hague Conference on Private International Law overrides the provisions of articles 49 and 34 of the CMR and CVR Conventions and the exclusive powers vested in the Secretary General of the United Nations Organisation contained therein. The above-mentioned articles 49 and 34 would be devoid of meaning if any multinational body could take it upon itself to revise all or part of international instruments although the latter do not grant them the power to do so.

3. Conclusions

Upholding the provisions of articles 23.4 and 23.6 of the Preliminary Draft Convention drawn up under the aegis of the Hague Conference on Private International Law and their potential entry into force would expose the Contracting Parties to the Vienna, CMR and CVR Conventions to an infringement of the latter and, consequently, even to a three-fold violation of public international law.

Therefore, whatever the reasons for drawing up this Preliminary Draft, these reasons definitely do not justify an extension of its provisions to international road transport operations, thereby violating the three relevant international Conventions drawn up under the auspices of the UN.

Given the unique nature of the provisions of the CMR and CVR Conventions, the IRU would like international road transport – just like sea transport – to be excluded from the scope of the Preliminary Draft and of the future Convention on exclusive choice of court agreements.

WIPO

1 The comments set out below address the intellectual property issues raised in the draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, produced by the Drafting Committee of the Special Commission on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of the Hague Conference on Private International Law. The comments are based on the alternative proposals set out in Working Document No 110 Rev.[7] and Preliminary Document No 28[8], as well as the corresponding draft report[9].

2 WIPO, while maintaining its efforts towards normative development of intellectual property law, is dedicated to assist the IP community in realizing its IP assets, and in optimizing its ability to exploit, manage and enforce its rights with confidence, security, and at reasonable cost. The wide use of forum selection clauses in practice extends to intellectual property contracts, and a secure and predictable international framework to be applied to this expression of party agreement would be of great value for an effective adjudication of cross-territory disputes involving intellectual property. In

[7] Henceforth referred to as WD 110.
[8] Henceforth referred to as PD 28.
[9] Preliminary document No 26 of December 26, 2004, henceforth referred to as "draft report".

that sense, while fully acknowledging, as set out below, that the very nature of intellectual property law may require certain special considerations in the Convention, WIPO supports efforts in the negotiation process to include, in the scope of the Convention, intellectual property transactions to a large extent, also taking into account that, in practice, disputes frequently involve both intellectual property matters and other related areas of law.

3 The comments will be limited to those articles having direct reference to disputes involving intellectual property rights, all of which remained in brackets in both alternative proposals, as follows:

A. Exclusions from the scope, Art. 2 (2) k) WD 110 / Art. 2 (2) k), *Art. 2 (2)* k bis) *PD 28*
I. The distinction between different kinds of proceedings
(i) The (partial) exclusion of infringement proceedings
(ii) The inclusion of contract proceedings – contracts covered
II. The distinction between copyright and related rights, and other intellectual property rights
(i) The distinction
(ii) Reference to international instruments
III. Special consideration for "traditional knowledge and folklore"?

B. The treatment of incidental questions (scope, jurisdiction, enforcement), Art. 2 (3), Art. 6, Art. 10 (2), (3) WD 110 / PD 28

A. Exclusions from the scope

4 In both current proposals, two main aspects can be distinguished: an exclusion of certain kinds of proceedings related to intellectual property matters, and an exclusion of certain intellectual property rights in proceedings thus identified. The comments below follow that distinction.

5 As a general remark, in our view, the eventual scope of the exclusion should adequately reflect two key considerations, namely, first, the general respect of party autonomy which governs the entire Convention, and which requires limiting exclusions to cases where, indeed, public or third parties' interests are at stake, and, second, considerations concerning the envisaged uniform interpretation of the Convention in the future.

I. The distinction between different kinds of proceedings

(i) The partial exclusion of infringement claims

6 The concept to exclude, from the scope of the Convention, proceedings having as their object the *validity* of (certain) intellectual property rights, was the key policy consideration in that context, based, as it appears, on a uniform understanding of the Commission. While this rationale is intended to be expressed in both alternative proposals, the proposed language in Art. 2 (2) *k)* PD 28 which expressly refers to validity determinations, in our view, seems favorable. WD 110 does not display any such reference, which, understandably, raised doubts whether this key rationale would be adequately reflected.

7 Similar consensus seems to govern the debate as to the inclusion of *contractual* claims relating to intellectual property, such as concerning the scope of a license, or the payment of royalties: these are intended to be fully covered by the scope of application of the Convention.

8 In that sense, the previous draft text[10] proposed to exclude from the scope of the Convention proceedings having as their object the validity of certain intellectual property rights[11], while allowing all other disputes related to intellectual property rights, including in contractual matters, to be brought under the Convention.

9 Both alternatives in WD 110 and PD 28 go beyond that understanding by excluding certain infringements proceedings from the scope of application, in addition to said validity proceedings. In our view, the policy rationale and the practical relevance of this additional exclusion seems questionable, and it is suggested to fully examine whether there is a need to introduce it.

10 In principle, two categories of infringement claims can be distinguished: The first category relates to "classic" tort cases in which no relevant contractual relation between the parties exists. As the draft report rightly states[12], for such non-contractual claims normally no forum selection clause would exist[13], respective proceedings would hence not be addressed by the Convention in any case.

11 The second category, referred to in the second set of brackets of Art. 2 (2) *k)* WD 110 as "proceedings for infringement of the right to which the contract relates", as well as in Art. 2 (2) *k bis)* PD 28 as "infringement proceedings (that) are or could have been brought pursuant to a contract for the transfer or use of such rights", intends to address claims which concern the use of an intellectual property right under a contract but which may, depending on the national law, nevertheless be sued in tort. Such a situation could, for instance, occur if a licensor alleges that the licensee exceeds his contractual powers and thereby violates not only his contractual obligations but also infringes the underlying IP right. In such a scenario, depending on the actual wording of the choice of court clause as well as on the national law, the plaintiff may have the procedural option to submit breach of contract causes of action as well as infringement causes of action before the chosen forum.

12 The understanding of both current alternative proposals is to exclude the first category, sheer non-contractual infringement proceedings, but to re-introduce the second one under the scope of application in order to allow consolidation of related claims. In other words, the exclusion of infringement proceedings, under both alternatives, would be restrained to entirely non contract-related infringements which, as set out above, would be relevant in terms of forum selection clauses to a very limited extent only. Whether there is, for this restricted potential scope of application of the proposed provision, namely in a non-contractual scenario in which parties agree on a forum after the dispute arose, a policy concern that would require overruling such an agreement aimed at the settlement of the conflict, remains to be identified.

13 These considerations are reinforced with a view to the language which was found to be necessary to accommodate the different aspects. The language of both proposals seems, for an instrument which deals with business-to-business transactions in general, complex. In addition, we have con-

[10] Working Document No. 49 Revised (in the following referred to as WD 49).
[11] Art. 1 (3) *k)* and l) of WD 49 read "the validity of patents, trademarks, protected industrial designs, and layout-designs of integrated circuits", as well as "the validity of other intellectual property rights the validity of which depends on, or arises from, their registration, except copyright".
[12] Paragraph 39.
[13] An exception may occur where parties that are not bound by a contract would agree to enter into forum selection agreements *after* the dispute arose.

cerns that the wording may give, as the draft report indicates[14], a wrong impression as to the—limited—extent of proceedings that would be excluded in the area of intellectual property related disputes.

(ii) The inclusion of contractual claims–contracts covered

14 If the current concept is maintained, namely to identify the kind of infringement proceedings that would, as exception from the general exclusion, fall under the scope of application of the Convention, it may be useful to further define the current language. The wording proposed in WD 110, namely "proceedings pursuant to a contract which licenses or assigns such intellectual property right" may, in our view, be too restrictive to fully reflect current contract practices associated with intellectual property assets, for instance in the area of the use of intellectual property as collateral (security agreements).

15 he draft report attempts to provide some clarification in that direction, indicating an understanding that the Convention would cover a wide range of contracts, and referring to distribution agreements, joint venture agreements and agency agreements[15]. In that sense, it is suggested that a broader language be used to cover such different contractual scenarios. The wording proposed in Art. 2 (2) *k bis)* of PD 28 "proceedings pursuing to a contract for the transfer or use of such intellectual property rights" seems to be a good starting point.

II. The exclusion of certain intellectual property rights

(i) The distinction between copyright and related rights, and other intellectual property rights

16 Both current alternative proposals maintain a fundamental distinction between copyright and related rights, on the one hand, and other intellectual property rights, on the other. While disputes relating to the first group of rights would fully fall under the scope of application of the Convention, for other intellectual property rights the exceptions referred to under I, above, will apply. This distinction was the preliminary result of a lengthy debate during which a number of options were discussed as to the kind of intellectual property rights that should be excluded[16].

17 Reference is made to the basic underlying policy rationale of the distinction between copyright and related rights on the one hand, and other intellectual property rights on the other: it was felt that, while other intellectual property rights may or may not depend on compliance with formalities, protection under copyright and related rights comes into existence irrespective of compliance with formalities.

18 In that context, questions were raised as to the respective international legal standards. It is confirmed that the above understanding corresponds to international copyright law, and, to a large extent, is also reflected in the international instruments dealing with the protection of related rights. While, for a number of intellectual property rights, the question whether formalities have to be complied with may, according to international standards, be determined by national legislation, copyright and related rights are subject to specific regulation in international instruments in that respect.

19 The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1971 Paris Act) establishes copyright as a property rights that automatically flows from the act of creation and, therefore, does not depend on compliance with formalities[17].

20 In the field of related rights, the Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations (1961) remains neutral as to a possibility that may exist under domestic law, to require compliance with formalities as a condition of protecting the rights of producers of phonograms, or of performers, or both, in relation to phonograms[18]. The more recent Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement, 1994)[19], as well as the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT, 1996)[20], on the other hand, apply the principle of formality-free protection to the related rights governed by these treaties, respectively.

21 For the sake of clarity, it is worth noting that the independence from protection formalities does not prohibit voluntary copyright recordation systems which, in fact, have been incorporated by a number of countries into their national legislation. Such systems enable national and/or foreign rights holders to register their works, and to avail themselves, depending on the national law, of certain advantages, such as legal presumption of ownership, possibility of obtaining statutory damages, and legal costs in case of infringements of rights.

22 In general, while the current proposals no longer refer to the involvement of intellectual property registration mechanisms to define the scope of the exclusion, the underlying policy rationale to distinguish between copyright and related rights, on the one hand, and other intellectual property rights on the other, is still based on this consideration. In that sense, it may be worth, in our view, examining fully whether there are sufficient grounds to overrule party agreement in cases where other intellectual property rights that, according to national law, do not depend on registration, are the subject of a contract.

23 In that context, the policy considerations that have been voiced to justify an overruling of party agreement in the field of rights depending on registration are recalled: first, it was raised that such intellectual property rights directly implicate decisions of the administrative organs of a state which countries may be reluctant to pass on to courts abroad. In addition, reference is made to the close link between the grant of the right and complex procedural and administrative examination issues which are governed by national law. Obviously, these considerations, reflected in a number of national and regional

[14] Paragraph 39 draft report.
[15] Paragraph 41 draft report.
[16] WD 49 distinguished, in its Art. 1 (3) *k)* and Art. 1 (3) l), between patents, trademarks, protected industrial designs, layout-designs of integrated circuits, as well as other intellectual property rights the validity of which depends on, or arises from, their registration, on the one hand, and copyright, on the other. Other proposals were to exclude validity determinations for all intellectual property rights; for all intellectual property rights that depend on, or arise from, registration; or for a "closed list" of certain intellectual property rights.

[17] Art. 5 (2) reads: "The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality; such enjoyment and such exercise shall be independent of the existence of protection in the country of origin of the work. Consequently, apart from the provisions of this Convention, the extent of protection, as well as the means of redress afforded of the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed." The text of the Convention as well as of all other WIPO-administered treaties referred to below, is available online at *http://www.wipo.int/treaties/en/*.
[18] Art. 11 Rome Convention. The provision sets forth that, if available, these formalities "shall be considered as fulfilled if all the copies in commerce of the published phonogram or their containers bear a notice consisting of the symbol (P), accompanied by the year date of the first publication, placed in such a manner as to give reasonable notice of claim of protection; and if the copies or their containers do not identify the producer or the licensee of the producer (by carrying his name, trade mark or other appropriate designation), the notice shall also include the name of the owner of the rights of the producer; and, furthermore, if the copies or their containers do not identify the principal performers, the notice shall also include the name of the person who, in the country in which the fixation was effected, owns the rights of such performers."
[19] Art. 62 (1) TRIPS Agreement reads: "Members may require, as a condition of the acquisition of maintenance of the intellectual property rights provided for under Sections 2 through 6 of Part II, compliance with reasonable procedures and formalities. Such procedures and formalities shall be consistent with the provisions of this Agreement." The protection of both copyright and related rights is addressed in Section 1 of Part II TRIPS.
[20] Art. 20 WPPT: "The enjoyment and exercise of the rights provided for in this Treaty shall not be subject to any formality."

systems which establish (exclusive) jurisdiction at the place where the registration has taken place, or was deemed to have taken place[21], may be of value only when, in a particular case, a registration mechanism is involved.

24 For non-registered rights, reference was made to a potentially arbitrary fragmentation that would be introduced by the Convention for disputes that concern related portions of intellectual property rights, for instance between registered and non-registered trademarks[22]. To examine this concern, it may be worth analyzing more closely the level of fragmentation of jurisdiction for validity determinations of registered intellectual property rights, on the one hand, and non-registered rights on the other, under the existing legal framework: unlike for intellectual property rights depending on registration where, as set out above, there is a certain acceptance to establish jurisdiction in the country of registration, the legal understanding for non-registered rights seems much less evident[23].

25 If, in line with the current proposals, a public act of grant is not made the dividing line for the scope of the exclusion, reference to certain intellectual property rights is necessary to accommodate, for all disputes, the inclusion of copyright and related rights under the scope of the Convention. This is done, in the current alternative proposals, by excluding all intellectual property rights with the exception of the latter ones; the previous draft as well as the "closed list" proposal enumerated a precise list of rights to be excluded.

26 In that context, it is recalled that, given the considerable diversity among national laws as to rights that may or may not be associated with certain categories of intellectual property, and the many overlaps between the different fields of intellectual property rights, any reference to specific intellectual property rights in the text may result in some legal uncertainty as to the precise scope of application. In that sense, the current proposals may seem practical in that they limit the distinction to be made to copyright and related rights, on the one hand, and other intellectual property rights, on the other.

27 Nevertheless, it may be worth noting that for a number of intellectual property assets, the legal form of protection is not predetermined by international law. Consequently, certain intellectual property rights may, depending on the national law involved, be understood as falling conceptually under copyright or related rights, or other categories of intellectual property rights, or as enjoying stand-alone *sui generis* protection. Such a situation may arise, for instance, in the field of design rights, rights in layout-designs (topographies)[24], (non-original[25]) databases, or protection mechanisms in the field of traditional cultural expressions (see also below under III.). In such a scenario, in order to determine in a particular case whether a forum selection clause would fall under the scope of application of the Convention, it would have to be determined, according to the national law, whether the respective protection regime would fall under the category of copyright or related rights, or, in the case of a *sui generis* system, be systematically "close" to these rights.

28 In any case, to facilitate the understanding of the provision, it may be useful to introduce, in the draft report, a short explanation as to the background of this distinction between copyright and related rights, on the one hand, and other intellectual property rights on the other. While even the draft report no longer refers to the initial policy considerations related to compliance with formalities, questions have been voiced, understandably, as to the rationale for the different treatment of these categories of intellectual property rights.

(ii) Reference to international instruments

29 The draft report briefly outlines the understanding of the Special Commission as to the terms "copyright" and "related rights"[26]. In order to contribute to a coherent application of the Convention, and to adequately reflect internationally agreed standards, it may be interesting to insert in the draft report a reference to the relevant international instruments, namely those referred to above under (i) (the Berne Convention, the TRIPS Agreement, the Rome Convention, and the WPPT); as well as the WIPO Copyright Treaty (WCT, 1996); the Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorized Duplication of their Phonograms (1971); and the Brussels Convention Relating to the Distribution of Programme-Carrying Signals Transmitted by Satellite (1974).

III. Special Consideration for "Folklore and Traditional Knowledge"?

30 The draft report raises the question whether, in the context of the exclusion of certain proceedings relating to intellectual property, special consideration should be given to "folklore and traditional knowledge as intellectual property rights"[27]. This issue was raised various times during the 2004 session of the Special Commission, without being discussed in detail. In that context, questions were raised as to the current status of the work of WIPO in this field. The following summarizes some aspects of this process that may be of interest for the debate, namely with a view to the latest discussion concerning terminology, the scope of protection, the nature of legal protection, and compliance with formalities.

31 As a starting point, it may be worth noting that existing national and regional systems, with a view to the complexity of the legal and policy issues involved, display a high diversity in their legal approaches. Where traditional knowledge or expressions of folklore, or creations and innovations derived from them, are expressly protected, the scope and nature of protection is defined by a wide range of national legal mechanisms, ranging from *sui generis* systems of protection[28], to diverse forms of intellectual property rights[29], unfair competition law and the law of unjust enrichment, as well as various other legal mechanisms such as at the law of torts, liability or civil obligations, criminal law, access and benefit-sharing laws, trade practices laws, cultural heritage laws, customary laws, contract law, environmental law and indigenous rights law.

[21] Reference is also made to the ongoing American Law Institute (ALI) project on "Intellectual Property: Principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in transnational disputes". The latest draft proposes establishing jurisdiction "in a proceeding which has as its sole object the obtaining of a declaration of the invalidity of nullity of *registered* rights" at the courts of the State where deposit or registration has been applied for or taken place (§ 212 (2) a)).

[22] See, for instance, reference in Preliminary Document No. 22 of June 2003, page 13.

[23] As an example, reference is made to the discussion with respect to the application of the exclusive jurisdiction rule in Art. 16 (4) Lugano Convention (which, within the scope of its application, overrules forum selection clauses, Art. 17 (3)) to *non-registered* trademarks and designs. A part of the legal opinion votes for a non-application of the rule in those cases; the question has not yet been decided by a court.

[24] Art. 4 of the Washington Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits states: "Each Contracting Party shall be free to implement its obligations under this Treaty through a special law on layout-designs (topographies) or its law on copyright, patents, utility models, industrial designs, unfair competition or any other law or a combination of any of those laws".

[25] Original databases are protected as literary works under the TRIPS Agreement, Art. 10 (2).

[26] Paragraph 38 draft report.

[27] Footnote 38 draft report.

[28] For an overview of the existing national *sui generis* legislation for the protection of TK and TCEs see WIPO documents WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3; WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4. The documents, as well as all other documents referred to in the following are available online at WIPO's website at *http://www.wipo.int/tk/en/*.

[29] For instance, existing intellectual property laws can protect contemporary derivations from traditional materials (for example, recent adaptations and interpretations of expressions of folklore/traditional cultural expressions can enjoy copyright protection). The copyright laws of certain countries provide copyright-like yet *sui generis* forms of protection for expressions of folklore/traditional cultural expressions (e.g., Indonesia, Nigeria and Tunisia). Reference also is made to the WPPT which, at the international level, applies protection in the area of related rights to performances of expressions of folklore.

32 At the international level, there is a dynamic process, both at WIPO and in other international fora. The WIPO General Assembly established, in 2000, the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC) as an international forum for debate and dialogue concerning the interplay between intellectual property, and traditional knowledge, genetic resources and traditional cultural expressions (folklore).

33 The latest progress made in the IGC can be drawn from the "Revised Objectives and Principles", both in the field of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore (TCEs/EoF)[30], and Traditional Knowledge (TK)[31], produced by the WIPO Secretariat. These draft provisions, which are to be seen in the broader context of the work of the Committee, concern the protection of the assets concerned in a legal sense, while taking into account their particular nature and characteristics.

34 The scope of the protected subject matter of TCEs/EoF and folklore, respectively, is defined in Art.1 of document WIPO/GRTKF/IC/8/4 Annex, and Art. 3 (2) of document WIPO/GRTKF/IC/8/5 Annex, respectively.

35 In the contractual environment to be governed by the Convention, it may be worth noting that, in the field of TK, the principles do not require the creation of exclusive property titles on TK. Only such exclusive rights, however, could be the subject of a licensing transaction. This policy corresponds to concerns voiced by many TK holders that consider private rights on their TK as inappropriate. In that sense, Art. 2 (2) of document WIPO/GRTKF/IC/8/5 Annex, while giving scope for exclusive rights by national law, also allows alternative legal doctrines against misappropriation by third parties.

36 In the area of TCEs/EoF, the draft provisions suggest a combination of exclusive rights and equitable remuneration rights: TCEs/EoF of "particular value or significance" may, under certain circumstances, enjoy the right of "free, prior and informed consent"[32], a right akin to an exclusive right in intellectual property terms, which, consequently, could be licensed. Reference is made, though, to the commentary to Art. 3 which indicates that in current practice, the defensive use of this right, namely to prevent any use and exploitation of protected assets, and the acquisition of IP rights over them, is perhaps more likely than positive use through licensing transactions[33]. The use of other TCEs/EoF would not be subject to prior consent or authorization. For these assets, the principles govern modalities on how they may be used, including by drawing upon moral rights and the payment of an equitable remuneration.

37 As to the legal form of protection, both texts remain "neutral" in the sense that they do not limit implementation of the protection to any specific form or kind of law, and neither requires nor precludes protection to be associated with existing intellectual property laws[34]. Both draft provisions propose, as a starting point for discussion, a national treatment approach to deal with the international dimension of the protection, indicating, however, that, in respect of TCEs/EoF and TK, this may not be the optimal or only solution[35].

38 Further, with a view to registration mechanisms, the protection of TCEs/EoF, according to the draft provision, should not be made subject to formalities, protection exists from the moment of the creation (Art.7 (a) document WIPO/GRTKF/IC/8/4 Annex). However, in order to be able to enjoy the right of "free, prior and informed consent" registration will be required (Art.7 (b), Art.3 (a) of document WIPO/GRTKF/IC/8/4 Annex).

39 In the field of TK, the draft provision sets forth that eligibility for protection against acts of misappropriation and other acts of unfair competition should not require any formalities (Art. 11 WIPO/GRTKF/IC/8/5 Annex). Registers or other records may be maintained by the relevant authorities, for instance, in the interest of transparency, however, compliance with formalities is not foreseen as a precondition for protection.

40 It is recalled that these draft provisions are under active consideration of the IGC. In that sense, an endeavor to expressly address rights that may fall under these terms in the draft Convention seems, in our view, premature. In order to be in a position, along the lines of the discussion of the Special Commission related to intellectual property rights, to adequately determine in an instrument on choice of court clauses whether or not to exclude from the scope of application certain determinations involving these, or some of these rights, it would be necessary to dispose of a minimum level of internationally accepted standards.

41 However, as set out above, unlike for other rights in the intellectual property context where there is a certain degree of harmonization at the international level, in the area of traditional knowledge and folklore, such widely accepted standards are not at hand. There are, as yet, also no extensive licensing practices in that field that would allow to draw adequate conclusions. In such a situation it would, in our view, be hardly feasible to precisely define which rights conceivably associated with traditional knowledge and/or folklore should be excluded from the Convention, and for which reasons. In addition, such an attempt would run the risk of conflicting with likely future developments at the international level.

B. The treatment of incidental questions

42 The debate in the Special Commission about the treatment of incidental questions in the Convention is, rightly in our view, based on the strong de-facto interrelation between contractual proceedings, and invalidity claims raised as defense. We support the broad approach in the Special Commission that, in the contractual scenario governed by the Convention, the importance of validity determinations related to intellectual property in practice is related to such a defense, whereas isolated attacks may be of less significance. The starting point in Art. 2 (3) to exclude incidental rulings from the scope of the exclusion rules under Art. 2 (2), therefore, is of paramount importance to ensure a broad application, and hence the value, of the Convention in the field of intellectual property related disputes.

43 Along the same lines, it seems important to clearly draft the scope and rationale of the proposed provision dealing with stay or suspension of proceedings in Art. 6. In principle, this provision is intended to make clear that questions related to stay or suspension of proceedings that may be set forth by national law are not restricted by the Convention. While we have no concern with this rationale, the language proposed in WD 110 seems questionable. This provision could be read to imply a significant grey area, determined by national law, in which proceedings could be suspended or, even, dismissed, and hence considerably undermining, if not entirely question-

[30] Document WIPO/GRTKF/IC/8/4 Annex; the quoted substantive provisions are reproduced in Annex I.
[31] Document WIPO/GRTKF/IC/8/5 Annex; the quoted substantive provisions are reproduced in Annex II.
[32] Art. 3 (a) of document WIPO/GRTKF/IC/8/4 Annex.
[33] Commentary to Art. 3, document WIPO/GRTKF/IC/8/4 Annex, page 20.
[34] Commentary to II. (d) of the "General guiding principles", document WIPO/GRTKF/IC/8/4 Annex; Art. 2 document WIPO/GRTKF/IC/8/5 Annex.
[35] Art. 11 WIPO/GRTKF/IC/8/4 Annex; Art. 14 WIPO/GRTKF/IC/8/5 Annex.

ing, the jurisdiction rule of Art. 5 (2) in this field. In that sense, the redrafted proposal in PD 28 provides more clarification as to the limited scope of the provision, and its distinct focus, namely on suspension as opposed to declining jurisdiction.

44 With regard to Art. 10 (1), we have no concern with the underlying rationale, however, the need for introducing this provision seems, in our view, questionable as long as the obligations under the Convention concerning recognition and enforcement of judgments do not generally apply to incidental rulings as such. Since the Convention does not set forth a respective obligation, we have sympathy with this interpretation, suggested by the draft report[36], which leaves it to the law of the Contracting States to recognize and enforce such rulings on incidental questions under an estoppel doctrine. It may be helpful to introduce some clarification in that respect, either in the draft report or in connection with the definition of the term "judgments" in Art. 4 (1).

45 Based on a respective proposal, both Art. 10 (2) and Art. 10 (3) were introduced to the draft in the 2004 session of the Special Commission without detailed discussion. It may be useful, in our view, to analyze more closely both the potential impact of these provisions, in particular with a view to Art. 10 (3), and the coherence of these provisions with other grounds for refusal of recognition and enforcement of judgments established by the Convention.

46 In that sense, we share the concerns referred to in the draft report as to the unclear interrelation between Art. 10 (2) and Art. 9 (1) *f)*. It is suggested to first clarify the understanding of the Commission as to the scope of the latter provision, namely whether it is intended to apply also to conflicts between the reasoning of judgments, including determinations on incidental issues, expressly left open in the draft report[37], in order to be in a position to adequately deal with the suggested Art. 10 (2).

47 Further, the policy consideration enshrined in Art. 10 (2) aims at avoiding inconsistency of enforcement proceedings with validity determinations rendered in the country where the right arose. While this approach seems, by extending grounds for refusal to cases of inconsistency between a judgment and an incidental ruling, to build upon the policy considerations drawn upon in Art. 9 (1) *f)*, it may, as indicated in the draft report[38], be useful to examine more closely whether a similar concern may be relevant, beyond the intellectual property context, in disputes involving incidental determinations on other matters excluded under Art. 2 (2) and, if so, attempt to find a more general language.

48 The implications of the suggested Art. 10 (3), in our view, deserve a more detailed discussion, in particular with a view to the concerns raised in the draft report concerning potential undue delay of the enforcement of judgments which may be facilitated by this provision. In the discussion, it may be worth considering that, by allowing grounds for suspension of the recognition and enforcement of judgments in cases where validity proceedings are pending in the State under the law of which the intellectual property right arose, the provision goes beyond the standards which are established for inconsistency between final judgments: Art. 9 (1) *f)* applies only if the inconsistent judgment has already been rendered, whereas grounds for suspension are not foreseen in cases where such potentially conflicting judgment may be pending.

[36] Paragraph 165 draft report.
[37] Paragraph 146 draft report.
[38] Footnote 182 draft report.

[Annex I follows]

THE PROTECTION OF TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS / EXPRESSIONS OF FOLKLORE: REVISED OBJECTIVES AND PRINCIPLES

Article 1 – Subject matter of protection

(a) "Traditional cultural expressions" or "expressions of folklore" are any forms, whether tangible and intangible, in which traditional culture and knowledge are expressed, appear or are manifested, and comprise the following forms of expressions or combinations thereof:

(i) verbal expressions, such as: stories, epics, legends, poetry, riddles and other narratives; words, signs, names, and symbols;

(ii) musical expressions, such as songs and instrumental music;

(iii) expressions by action, such as dances, plays, ceremonies, rituals and other performances,

whether or not reduced to a material form; and,

(iv) tangible expressions, such as productions of art, in particular, drawings, designs, paintings (including body-painting), carvings, sculptures, pottery, terracotta, mosaic, woodwork, metalware, jewelry, baskets, needlework, textiles, glassware, carpets, costumes; handicrafts; musical instruments; and architectural forms;

which are:

(aa) the products of creative intellectual activity, including individual and communal creativity;

(bb) characteristic of a community's cultural and social identity and cultural heritage; and

(cc) maintained, used or developed by such community, or by individuals having the right or responsibility to do so in accordance with the customary law and practices of that community.

(b) The specific choice of terms to denote the protected subject matter should be determined at the national and regional levels.

Article 3 – Acts of misappropriation (scope of protection)

Traditional cultural expressions/expressions of folklore of particular value or significance

(a) In respect of traditional cultural expressions/expressions of folklore of particular cultural or spiritual value or significance to a community, and which have been registered or notified as referred to in Article 7, there shall be adequate and effective legal and practical measures to ensure that the relevant community can prevent the following acts taking place without its free, prior and informed consent:

(i) in respect of such traditional cultural expressions/expressions of folklore other than words, signs, names and symbols:

- the reproduction, publication, adaptation, broadcasting, public performance, communication to the public, distribution, rental, making available to the public and fixation (including by still photography) of the traditional cultural expressions/expressions of folklore or derivatives thereof;

- any use of the traditional cultural expressions/expressions of folklore or adaptation thereof which does not acknowledge in an appropriate way the community as the source of the traditional cultural expressions/expressions of folklore;

- any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the traditional cultural expressions/expressions of folklore; and

- the acquisition or exercise of IP rights over the traditional cultural expressions/expressions of folklore or adaptations thereof;

(ii) in respect of words, signs, names and symbols which are such traditional cultural expressions/expressions of folklore, any use of the traditional cultural expressions/expressions of folklore or derivatives thereof, or the acquisition or exercise of IP rights over the traditional cultural expressions/expressions of folklore or derivatives thereof, which disparages, offends or falsely suggests a connection with the community concerned, or brings the community into contempt or disrepute;

Other traditional cultural expressions/expressions of folklore

(b) In respect of the use and exploitation of other traditional cultural expressions/expressions of folklore not registered or notified as referred to in Article 7, there shall be adequate and effective legal and practical measures to ensure that:

(i) the relevant community is identified as the source of any work or other production adapted from the traditional cultural expression/expression of folklore;

(ii) any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, a traditional cultural expression/expression of folklore can be prevented and/or is subject to civil or criminal sanctions;

(iii) any false, confusing or misleading indications or allegations which, in relation to goods or services that refer to, draw upon or evoke the traditional cultural expression/expression of folklore of a community, suggest any endorsement by or linkage with that community, can be prevented and/or is subject to civil or criminal sanctions; and

(iv) where the use or exploitation is for gainful intent, there should be equitable remuneration or benefit-sharing on terms determined by the Agency referred to in Article 4 in consultation with the relevant community; and

Secret traditional cultural expressions/expressions of folklore

There shall be adequate and effective legal and practical measures to ensure that communities have the means to prevent the unauthorized disclosure, subsequent use of and acquisition and exercise of IP rights over secret traditional cultural expressions/expressions of folklore.

Article 7 – Formalities

(a) As a general principle, the protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore should not be subject to any formality. Traditional cultural expressions/expressions of folklore as referred to in Article 1 are protected from the moment of their creation.

(b) Measures for the protection of specific traditional cultural expressions/expressions of folklore of particular cultural or spiritual value or significance and for which a level of protection is sought as provided for in Article 3(a) should require that such traditional cultural expressions/expressions of folklore be notified to or registered with a competent office or organization by the relevant community or by the Agency referred to in Article 4 acting at the request of and on behalf of the community.

(i) To the extent that such registration or notification may involve the recording or other fixation of the traditional cultural expressions/expressions of folklore concerned, any intellectual property rights in such recording or fixation should vest in or be assigned to the relevant community.

(ii) Information on and representations of the traditional cultural expressions/expressions of folklore which have been so registered or notified should be made publicly accessible at least to the extent necessary to provide transparency and certainty to third parties as to which traditional cultural expressions/expressions of folklore are so protected and for whose benefit.

(iii) Such registration or notification is declaratory and does not constitute rights. Without prejudice thereto, entry in the register presumes that the facts recorded therein are true, unless proven otherwise. Any entry as such does not affect the rights of third parties.

(iv) The office or organization receiving such registrations or notifications should resolve any uncertainties or disputes as to which communities, including those in more than one country, should be entitled to registration or notification or should be the beneficiaries of protection as referred to in Article 2, using customary laws and processes, alternative dispute resolution (ADR) and existing cultural resources, such as cultural heritage inventories, as far as possible.

Article 10 – Relationship with intellectual property protection and other forms of protection, preservation and promotion

Protection for traditional cultural expressions/expressions of folklore in accordance with these provisions does not replace and is complementary to protection applicable to traditional cultural expressions/expressions of folklore and derivatives thereof under other intellectual property laws, laws and programs for the safeguarding, preservation and promotion of cultural heritage, and other legal and non-legal measures available for the protection and preservation of traditional cultural expressions/expressions of folklore.

[Annex II follows]

THE PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE
REVISED OBJECTIVES AND PRINCIPLES

Article 2 – Legal form of protection

1 The protection of traditional knowledge against misappropriation may be implemented through a range of legal measures, including: a special law on traditional knowledge; laws on intellectual property, including laws governing unfair competition and unjust enrichment; the law of contracts; the law of civil liability, including torts and liability for compensation; criminal law; laws concerning the interests of indigenous peoples; fisheries laws and environmental laws; regimes governing access and benefit-sharing; or any other law or any combination of those laws. This paragraph is subject to Article 11(1).

2 The form of protection need not be through exclusive property rights, although such rights may be made available, as appropriate, for the individual and collective holders of traditional knowledge, including through existing or adapted intellectual property rights systems, in accordance with the needs and the choices of the holders of the knowledge, national laws and policies, and international obligations.

Article 3 – General scope of subject matter

1 These principles concern protection of traditional knowledge against misappropriation and misuse beyond its traditional context, and should not be interpreted as limiting or seeking externally to define the diverse and holistic conceptions of knowledge within the traditional context. These principles should be interpreted and applied in the light of the dynamic and evolving nature of traditional knowledge and the nature of traditional knowledge systems as frameworks of ongoing innovation.

2 For the purpose of these principles only, the term "traditional knowledge" refers to the content or substance of knowledge resulting from intellectual activity in a traditional context, and includes the know-how, skills, innovations, practices and learning that form part of traditional knowledge systems, and knowledge embodying traditional lifestyles of indigenous and local communities, or contained in codified knowledge systems passed between generations. It is not limited to any specific technical field, and may include agricultural, environmental and medicinal knowledge, and knowledge associated with genetic resources.

Article 11 – Formalities

1 Eligibility for protection of traditional knowledge against acts of misappropriation should not require any formalities.

2 In the interests of transparency, certainty and the conservation of traditional knowledge, relevant national authorities may maintain registers or other records of traditional knowledge, where appropriate and subject to relevant policies, laws and procedures, and the needs and aspirations of traditional knowledge holders. Such registers may be associated with specific forms of protection, and should not compromise the status of hitherto undisclosed traditional knowledge or the interests of traditional knowledge holders in relation to undisclosed elements of their knowledge.

[End of Annex II and of document]

International Association of Insurance Supervisors

7 June 2005
Ref: 8/0074

Mr Hans van Loon
Secretary General
The Hague Conference on Private International Law
Scheveningseweg 6
2517 KT The Hague
Netherlands

Dear Mr van Loon

Established in 1994, the International Association of Insurance Supervisors ("IAIS") represents insurance supervisory authorities of some 180 jurisdictions. The IAIS wishes to make the following positive observations.

IAIS is aware that the Hague Conference on Private International Law (the "Conference") has convened a Special Commission on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (the "Special Commission"), and that a Drafting Committee of the Special Commission has prepared a Preliminary Draft Convention On Exclusive Choice Of Court Agreements (the "Convention").

A significant volume of insurance and reinsurance business is conducted in international markets and typically is effected though contracts containing exclusive choice of court agreements. The international recognition and enforcement of judgments entered in respect of such contracts is desirable.

Ensuring that the scope of the proposed Convention addresses the enforceability of exclusive choice of court agreements regarding the implementation of insurance and reinsurance contracts covering the paying of damages resulting from civil liability would be useful in promoting and regulating international trade in the insurance and reinsurance markets. A lesser scope could have consequences for the free flow of international insurance and reinsurance transactions and the protection of insurance policyholders, insurance and reinsurance companies and the public.

The IAIS encourages adoption of a version of the Convention that expressly ensures that, when contracts of insurance or reinsurance cover damages for liability to be paid to the policyholder or the ceding company, judgments in respect of the contractual obligations by the insurer or the reinsurer towards the policyholder or the ceding company are not excluded from the scope of the Convention.

Yours sincerely,

Alessandro Iuppa
Chair, IAIS Executive Committee

Les instruments américains du droit international privé: une note sur leurs rapports avec une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for

PRÉPARÉ PAR ANDREA SCHULZ
PREMIER SECRÉTAIRE
ARNAU MURIÁ TUÑÓN ET
RITA VILLANUEVA MEZA, JURISTES STAGIAIRES

Document préliminaire No 31 de juin 2005

I. INTRODUCTION

1 Lors de sa réunion d'avril 2004, la Commission spéciale sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale a débattu des possibles clauses finales de l'avant-projet de Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for, y compris les clauses concernant sa relation avec d'autres instruments internationaux. À la suite de propositions présentées lors de la réunion, les débats se sont concentrés en particulier sur les textes dits « instruments européens »[1] et les possibilités de résoudre leur chevauchement avec l'avant-projet de Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for, en insérant une « clause de déconnexion » dans cette dernière. Dans ce contexte, il a été souligné que les instruments européens n'étaient pas les seuls instruments régionaux susceptibles de ce chevauchement et qu'il existait d'autres régions qui avaient adopté des instruments de droit international privé susceptibles de chevaucher une Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for. Il a été demandé au Bureau Permanent d'approfondir les recherches sur ces conventions[2]. La présente note traite de la question à l'égard des conventions existantes sur le continent américain.

2 Plusieurs Conventions interaméricaines et sud-américaines ont été examinées afin d'identifier un éventuel chevauchement, voire un conflit, avec la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for. En outre, certains articles comportant des dispositions liées à d'autres questions débattues pendant les négociations sont également mentionnées, dans l'espoir qu'elles pourront apporter des suggestions concernant certaines des questions restant à résoudre.

3 Lorsque les instruments examinés comportent eux-mêmes des règles explicites sur leurs rapports avec d'autres instruments (futurs), ces règles seront appliquées à l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for. Par contre, lorsqu'aucune règle particulière n'a été identifiée, les rapports entre tout instrument latino-américain existant et la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for seraient régis par les règles générales du droit international des traités. Ces règles ont fait l'objet d'une note distincte[3]. Donc, dans ce cas, la présente note se limitera à (1) l'identification du chevauchement et du conflit de fond potentiel, et (2) un bref résumé de l'effet que pourrait entraîner l'article 23 tel que proposé par le Comité de rédaction lors de sa réunion d'avril 2005[4]. L'objet principal de cette note est de donner un aperçu simplifié des instruments existants afin de faciliter les débats sur la clause de déconnexion. Cette note ne prétend pas constituer un travail de recherche complet sur la question.

II. LE TRAITÉ DE LIMA

4 Le *Traité pour l'établissement de règles uniformes de droit international privé en Amérique* a été adopté à Lima le 9 novembre 1878 au cours d'un congrès de juristes latino-américains accueilli par le Pérou[5]. Il s'agit d'une formule minimum après une tentative d'unification de tout le droit privé latino-américain[6].

5 Le Traité a été signé par l'Argentine, la Bolivie, le Chili, le Costa Rica, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela en 1878. Le Guatemala et l'Uruguay ont rejoint ces États au moyen d'un Protocole distinct en date du 5 décembre 1878[7]. Le Pérou a été désigné État dépositaire en vertu de l'article 57 du Traité. Il paraît que le Pérou est le seul État ayant également ratifié la Convention en 1879[8]. Selon les informations fournies par le dépositaire en mai 2005, aucun instrument additionnel de ratification a été reçu des États qui ont signé ou adhéré[9]. Il semble que l'Équateur et le Costa Rica aient ratifié le Traité mais n'aient jamais déposé leurs instruments de ratification auprès du Gouvernement péruvien[10]. En vertu de ses articles 57 et 58, le Traité est donc en vigueur uniquement pour le Pérou[11] et, par conséquent, est resté lettre morte.

6 Le traité comporte une règle sur les clauses d'élection de for dont la traduction française est la suivante :

« *Article 27*

Les étrangers, en dépit de leur absence, peuvent être poursuivis devant les tribunaux de la Nation :

[...]

[1] Cette expression vise les Conventions de Bruxelles et de Lugano sur la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968 et du 16 septembre 1988 respectivement, ainsi que le Règlement du Conseil CE No 44/2001 du 22 décembre 2000 sur ces mêmes questions, qui a remplacé la Convention de Bruxelles dans les rapports entre tous les États membres de l'Union européenne à l'exception du Danemark. Entre le Danemark et les quatorze autres « anciens » États membres de l'Union européenne (c-à-d antérieurement à l'élargissement réalisé le premier mai 2004), la Convention de Bruxelles reste applicable. La Convention de Lugano, quasiment identique, recouvre les quinze « anciens » États membres de l'Union européenne ainsi que l'Islande, la Norvège, la Pologne et la Suisse.

[2] Voir ci-dessus, Doc. prél. No 20 de novembre 2005, « Rapport de la première réunion du Groupe de travail informel sur le projet sur les jugements – 22 au 25 octobre 2002 », p. 36 du présent tome.

[3] Voir ci-dessus, Doc. prél. No 24 de décembre 2003, « La relation entre le projet sur les jugements et d'autres instruments internationaux », p. 148 du présent tome.

[4] Voir ci-dessus, Doc. prél. No 28, d'avril 2005 « Rapport sur la réunion du Comité de rédaction du 18 au 20 avril 2005 en préparation de la Vingtième Session de juin 2005 », p. 272 du présent tome.

[5] « *Tratado para Establecer en América, Reglas Uniformes sobre Derecho Internacional Privado, suscrito en Lima, el 9 de Noviembre de 1878* », publié dans R.F. Seijas, *El Derecho Internacional Hispano Americano (Público y Privado)*, Caracas, 1884, p. 260-269. Également disponible en ligne à l'adresse <www.bcn.cl/tratados/detalle_acuerdo.php?num_ficha=2091> (espagnol). La traduction en français est basée sur la traduction anglaise du traité, également réalisée par nos soins.

[6] Voir la lettre du 11 décembre 1878 de Joaquin Godoy, Légation du Chili au Pérou auprès du Ministre d'État du Ministère des Relations étrangères du Chili à l'adresse <www.bcn.cl/tratados/detalle_acuerdo.php?num_ficha=2089>. Voir également D.P. Fernandez Arroyo, *La Codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Madrid, 1993 (ci-après D.P. Fernandez Arroyo, *Codificación*), p. 90 et s.

[7] Protocole du 5 décembre 1878. Voir D.P. Fernandez Arroyo, *Codificación* (*supra* note 6), p. 92 et s.

[8] Résolution législative du 29 janvier 1879.

[9] Information fournie par l'Office des Traités du Ministère des Affaires étrangères péruvien par courriel le 19 mai 2005.

[10] Voir D.P. Fernandez Arroyo, *Codificación* (*supra* note 6), p. 92 et s.

[11] Le Pérou est Membre de la Conférence de La Haye. Cependant, on doit supposer qu'une Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for serait, comme il est de tradition pour les Conventions de La Haye, également ouverte aux États non membres de la Conférence de La Haye. Les renseignements sur l'appartenance d'États américains à la Conférence de La Haye figurant dans le présent document ne signifient donc pas qu'un éventuel conflit entre un instrument américain et une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for ne pourrait pas survenir pour les États non membres.

La future convention et les instruments américains

The American Instruments on Private International Law: A Paper on their Relation to a Future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements

PREPARED BY ANDREA SCHULZ
FIRST SECRETARY
ARNAU MURIÁ TUÑÓN AND
RITA VILLANUEVA MEZA, LEGAL INTERNS

Preliminary Document No 31 of June 2005

I. INTRODUCTION

1 During its meeting in April 2004, the Special Commission on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters discussed the possible final clauses of a preliminary draft Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, including the clauses on its relationship with other international instruments. Following the proposals submitted during the meeting, discussions focussed in particular on the so-called European instruments[1] and possibilities to resolve their overlap with the preliminary draft Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements by inserting a "disconnection clause" into the latter. In this context it was stressed that the European instruments were not the only regional instruments likely to overlap and that there were other regions which had adopted private international law instruments that could overlap with a Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. The Permanent Bureau was asked to carry out further research on those conventions.[2] This paper addresses the issue with regard to conventions existing in the American arena.

2 Several Conventions in the Inter-American and South American arena have been examined in order to identify a possible overlap or even conflict with the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. Moreover, some Articles containing provisions related to other issues discussed during the negotiations are also mentioned, with the hope that they can provide suggestions for some of the issues still pending.

3 Where the instruments examined contain themselves explicit rules on the relationship with other (future) instruments, these rules will be applied to the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. Where, on the other hand, no specific rules have been identified, the relationship between any existing Latin American instrument and the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements would be governed by the general rules of international treaty law. These rules have been examined in a separate paper.[3] Therefore, in these cases, this paper will limit itself to (1) identifying the overlap and possible conflict in substance, and (2) giving a brief summary of the effect that Article 23 as proposed by the Drafting Committee at its meeting in April 2005[4] would have. The purpose of this paper is merely to give a simplified overview of existing instruments with a view to facilitating discussions on the disconnection clause. It does not attempt full academic research of the issue.

II. THE LIMA TREATY

4 The *Treaty to Establish Uniform Rules on Private International Law in America* was adopted in Lima on 9 November 1878 during a Latin American jurists congress hosted by Peru.[5] It was a minimum formula after an attempt to unify all Latin American private law.[6]

5 The Treaty was signed by Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Peru and Venezuela in 1878. Guatemala and Uruguay joined these States by a separate Protocol of 5 December 1878.[7] Peru was designated as depositary State under Article 57 of the Treaty. It appears that Peru is the only State that also ratified the Convention in 1879.[8] According to information provided by the depositary in May 2005, no further instruments of ratification were received from States that have signed or acceded.[9] It seems that Ecuador and Costa Rica ratified the Treaty but never deposited their instruments of ratification with the Peruvian Government.[10] Therefore, according to its Articles 57 and 58, the Treaty is in force only for Peru[11] and is consequently dead letter law.

6 The Treaty contains a rule on choice of court clauses that, translated into English, reads as follows:

"*Article 27*

Foreigners, despite being absent, may be sued before the courts of the Nation:

(...)

[1] This expression refers to the Conventions of Brussels and Lugano on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters of 27 September 1968 and 16 September 1988, respectively, as well as to Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on the same issues which has replaced the Brussels Convention in the relations among all European Union (EU) Member States with the exception of Denmark. Between Denmark and the other fourteen "old" EU Member States (*i.e.*, before the enlargement which took place on 1 May 2004), the Brussels Convention still applies. The almost identical Lugano Convention covers all fifteen "old" EU Member States plus Iceland, Norway, Poland and Switzerland.

[2] See above, Prel. Doc. No 20 of November 2005, "Report on the First meeting of the Informal Working Group on the Judgments Project – 22-25 October 2002", p. 37 of this tome.

[3] See above, Prel. Doc. No 24 of December 2003, "The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments", p. 149 of this tome.

[4] See above, Prel. Doc. No 28 of April 2005, "Report on the Meeting of the Drafting Committee of 18-20 April 2005 in Preparation of the Twentieth Session of June 2005", p. 273 of this tome.

[5] *Tratado para Establecer en América, Reglas Uniformes sobre Derecho Internacional Privado, suscrito en Lima, el 9 de Noviembre de 1878*, published in R.F. Seijás, *El Derecho Internacional Hispano Americano (Público y Privado)*, Caracas, 1884, pp. 260-269. Also available online at <www.bcn.cl/tratados/detalle_acuerdo.php?num_ficha=2091> (Spanish). The translation of the Treaty into English is by the Permanent Bureau and served as the basis for the translation into French.

[6] See letter of 11 December 1878 from Joaquin Godoy, Legation of Chile in Peru to the State Minister in the Department of Foreign Relations of Chile at <www.bcn.cl/tratados/detalle_acuerdo.php?num_ficha=2089>. See also D.P. Fernandez Arroyo, *La Codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Madrid, 1993 (hereinafter D.P. Fernandez Arroyo, *Codificación*), pp. 90 *et seqq.*

[7] Protocol of 5 December 1878. See D.P. Fernandez Arroyo, *Codificación* (*supra* note 6), pp. 92 *et seq.*

[8] Legislative Resolution of 29 January 1879.

[9] Information provided by the Office of Treaties of the Peruvian Ministry of Foreign Affairs by e-mail of 19 May 2005.

[10] See D.P. Fernandez Arroyo, *Codificación* (*supra* note 6), pp. 92 *et seq.*

[11] Peru is a Member State of the Hague Conference. However, it is to be assumed that a Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements would, as it is tradition for Hague Conventions, also be open to non-Member States of the Hague Conference. Therefore the information on membership of American States to the Hague Conference given in this document does not imply that a possible conflict between any American instrument and a future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements could not arise for non-Member States.

(3) S'il a été stipulé que l'autorité judiciaire de la République doit trancher les différends relatifs aux obligations contractées dans un autre pays. »

7 Le Traité comporte également une disposition de compatibilité avec les traités existants. Sa traduction française est la suivante :

« *Article 53*

Les dispositions des articles susvisés ne modifient pas les dispositions prévues dans les traités en vigueur avec d'autres nations. »

8 À la lumière du fait que le Traité n'a jamais eu d'effets, sa relation avec la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for ne sera pas étudiée plus avant dans la présente note.

III. LES TRAITÉS DE MONTÉVIDÉO DE 1889 ET 1940[12]

9 Le premier ensemble de Traités de Montevideo a été signé en 1889. Ces traités étaient le résultat du premier Congrès sud-américain de droit international privé tenu à Montevideo de 1888 à 1889. Huit traités et un protocole additionnel sur des matières particulières ont été adoptés. Il s'agissait d'une réaction sud-américaine au principe de nationalité dominant le Traité de Lima[13]. Les Traités qui nous concernent sont ceux sur le droit civil international, le droit commercial international et le droit procédural international. Les Traités ont été révisés et modifiés 50 ans plus tard en 1939 / 1940, en réaction au Code Bustamante[14], pendant le deuxième Congrès sud-américain de droit international privé.

10 La version la plus récente est d'utilisation courante entre l'Argentine, l'Uruguay et le Paraguay (c'est-à-dire trois États qui n'ont pas adopté le Code Bustamante), et est bien connue des agents économiques dans ces États[15]. L'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay ont manifesté dans le domaine interaméricain un souhait très vif de préserver les Traités de Montevideo en pratique entre eux[16].

11 Les traités de Montevideo de 1940 sur le droit civil international[17] et le droit commercial international[18] comportent une clause sur les rapports avec les Traités de 1889. La clause établit que les Traités les plus récents prévalent sur les anciens. Aucune autre clause de compatibilité ne figure dans les Traités de Montevideo.

1. Les Traités de droit civil international

12 Les Traités de droit civil comportent certaines formulations qui pourraient chevaucher les dispositions de validité d'une convention sur l'élection de for. De plus, les articles 56 et suivants contiennent des règles relatives à la compétence. Ils disposent, entre autres, que les actions personnelles seront engagées devant les juges du lieu dont la loi régit l'acte juridique qui fait l'objet de l'action, et devant les juges du domicile du défendeur. Les actions *in rem* sont soumises à la compétence du tribunal du lieu de situation de la propriété. L'article 56 du Traité de 1940 permet de plus la prorogation de compétence une fois l'action engagée.

[12] *Tratados de Montevideo* (1889-1940). Les traductions des Traités de Montevideo de 1889 ont été réalisées par nos soins. Les traductions anglaises des Traités et du Protocole de Montevideo de 1940 sont tirées de l'*American Journal of International Law, Supplement (AJILs)* (1943), p. 116 et s. La traduction française du Traité de Montevideo de 1940 de droit civil international est tirée du *Journal du Droit International (JDI)*, 84, p. 483 et s.
[13] Voir *supra*, II.
[14] Voir *infra*, IV.
[15] Voir D.P. Fernandez Arroyo, *Codificación* (*supra* note 6), p. 121.
[16] Voir D.P. Fernandez Arroyo, *Derecho Internacional Privado Interamericano : Evolución y perspectivas, Comité Jurídico Interamericano, Curso de Derecho Internacional*, XXVI, 1999 (ci-après D.P. Fernandez Arroyo, *Curso*), p. 182 et s.
[17] Art. 66.
[18] Art. 55.

La future convention et les instruments américains

(3) If it has been stipulated that the Judicial Branch of the Republic should adjudicate disputes relating to obligations undertaken in another country."

7 The Treaty also contains a compatibility provision with existing treaties. Translated into English, it reads as follows:

"*Article 53*

The provisions of the aforementioned sections do not alter the provisions established in the treaties in force with other nations."

8 In light of the fact that the Treaty never became operative, its relationship with the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements will not be discussed any further in this paper.

III. THE TREATIES OF MONTEVIDEO OF 1889 AND 1940[12]

9 The first set of Montevideo Treaties was signed in 1889. These treaties were the result of the First South American Congress on Private International Law held in Montevideo from 1888 to 1889. Eight treaties and an additional protocol on specific subject matters were adopted. They were a South American reaction to the nationality principle that prevailed in the Lima Treaty.[13] The Treaties of interest are the ones on International Civil Law, International Commercial Law and International Procedural Law. The Treaties were reviewed and modified 50 years later in 1939 / 1940, as a reaction to the Bustamante Code,[14] during the Second South American Congress on Private International Law.

10 The more recent version is used commonly between Argentina, Paraguay and Uruguay (*i.e.*, three States that did not adopt the Bustamante Code) and is well known among economic operators in these States.[15] Argentina, Paraguay and Uruguay have shown in the Inter-American arena a very strong desire to preserve the Treaties of Montevideo in practice among themselves.[16]

11 The 1940 International Civil[17] and International Commercial[18] Law Montevideo Treaties contain a clause on the relationship with the 1889 Treaties. The clause establishes that the more recent Treaties prevail over the previous ones. No other compatibility clauses can be found in the Montevideo Treaties.

1. Treaties on International Civil Law

12 The Civil Law Treaties contain some language that could overlap with the validity provisions in a convention on choice of court. Moreover, Articles 56 *et seqq.* contain jurisdiction rules. They provide, *inter alia*, that for personal actions, the courts of the place whose law governs the juridical act that constitutes the subject matter of the action will have jurisdiction, as well as the courts of the defendant's domicile. Actions *in rem* are subject to the jurisdiction of the court where the property is located. Article 56 of the 1940 Treaty moreover permits prorogation of jurisdiction after the action has been instituted.

[12] *Tratados de Montevideo* (1889-1940). The translations of the 1889 Montevideo Treaties are by the Permanent Bureau. The translations into English of the 1940 Montevideo Treaties and Protocol are taken from 37 *American Journal of International Law, Supplement (AJILs)* (1943), pp. 116 *et seqq.* The French translation of the 1940 Montevideo *Treaty on International Civil Law* is taken from 84 *Journal du Droit International (JDI)*, pp. 483 *et seqq.*

[13] See *supra*, under II.

[14] See *infra*, under IV.

[15] See D.P. Fernandez Arroyo, *Codificación* (*supra* note 6), p. 121.

[16] See D.P. Fernandez Arroyo, *Derecho Internacional Privado Interamericano: Evolución y perspectivas, Comité Jurídico Interamericano, Curso de Derecho Internacional*, XXVI, 1999 (hereinafter D.P. Fernandez Arroyo, *Curso*), pp. 182 *et seq.*

[17] Article 66.

[18] Article 55.

Traité de droit civil international[19]

(Montevideo, 1889)

Ratifié par l'Argentine, la Bolivie, le Paraguay, le Pérou et l'Uruguay. Adhésion de la Colombie.

« Article 32

La loi du lieu où les contrats ont vocation à être exécutés déterminera s'il est nécessaire de les conclure par écrit et le niveau de formalisme du document correspondant. »

« Article 33

La même loi régit :

a) leur existence,

b) leur nature,

c) leur validité,

d) leurs effets,

e) leurs conséquences,

f) leur exécution,

g) en résumé, tout ce qui concerne les contrats, sous quelque aspect que ce soit. »

« Article 39

Les formes des instruments publics sont régies par la loi en application de laquelle ils sont émis.

Les actes privés, par la loi du lieu d'exécution du contrat respectif. »

« Article 56

Les actions personnelles doivent être engagées devant les juges du lieu à la loi duquel est soumis l'acte juridique qui en fait l'objet.

Elles pourront également être portées devant les juges du domicile du défendeur. »

Traité de droit civil international[20]

(Montevideo, 1940)

Ratifié par l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay.

« Article 36

La loi qui régit les actes juridiques détermine la qualité des actes en quoi ils consistent. Les formes et solennités des actes juridiques sont régies par la loi du lieu où ils sont contractés ou passés. Les modes de publicité, par la loi de chaque État. »

« Article 37

La loi du lieu d'exécution des contrats régit :

a) leur existence,

b) leur nature,

c) leur validité,

d) leurs effets,

e) leurs conséquences,

f) leur exécution,

g) en résumé, tout ce qui concerne les contrats, sous quelque aspect que ce soit. »

« Article 56

Les actions personnelles doivent être engagées devant les juges du lieu à la loi duquel est soumis l'acte juridique qui en fait l'objet.

Elles pourront également être portées devant les juges du domicile du défendeur.

La prorogation territoriale de juridiction est admise si, une fois engagée l'action, le défendeur l'admet volontairement, dès l'instant qu'il s'agit d'actions qui ont trait à des droits personnels patrimoniaux.

La volonté du défendeur doit, pour valoir, être exprimée positivement et non pas présumée. »

[19] *Tratado de Derecho civil internacional, Montevideo 12 de febrero de 1889, Martens* (2nd) p. 443 (espagnol) ; *Lecciones y ensayos*, p. 57 (espagnol) ; également disponible en espagnol à l'adresse <http://secretjurid.www5.50megs.com/leyes/3192.htm>. Pour l'état actuel des ratifications voir <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-1.html> (en espagnol).

[20] *Tratado de Derecho civil internacional, Montevideo 19 de marzo de 1940, Hudson* p. 513 (espagnol ; traduction anglaise) ; *JDI* 84, p. 483 (espagnol, traduction anglaise, traduction française) ; *Lecciones y ensayos*, p. 57 (espagnol), *AJILs* 37, p. 141 (traduction anglaise). Selon la doctrine juridique, il existe diverses opinions concernant l'entrée en vigueur de ce Traité. Par ex., selon C.L. Wiktor, *Multilateral Treaty Calendar : 1648-1995*, La Haye, 1998, p. 406, « le traité n'est pas entré en vigueur ». Par contre, plusieurs publications, dont D.P. Fernandez Arroyo, *Codificación* (*supra* note 6), p. 120 et s., et J. Samtleben, *Internationales Privatrecht in Lateinamerika*, Tübingen, 1979 (ci-après J. Samtleben, édition allemande), p. 17, expriment un avis opposé. Selon l'art 65 du traité, l'entrée en vigueur dépend de la communication des instruments d'approbation au dépositaire (le Gouvernement de l'Uruguay) et d'une notification ultérieure par le dépositaire aux autres États contractants à cet effet. Aucun nombre minimum n'est requis. Selon le site Internet de l'O.E.A. (voir <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-17.html> (en espagnol)), les instruments de ratification ont été déposés par l'Argentine et le Paraguay en 1956 et 1958, respectivement. L'Uruguay a ratifié tous les traités de Montevideo de 1940 par le décret-loi No 10.272 du 12 novembre 1942, publié dans la Gazette officielle du 22 décembre 1942. Bien que le site Internet de l'O.E.A. ne fasse pas mention d'une ratification ou du dépôt d'un instrument de ratification par l'Uruguay, le site indique que l'Uruguay a émis une réserve lors de la ratification. Il semble donc que l'Uruguay (dépositaire) a également déposé son instrument de ratification.

Treaty on International Civil Law[19]

(Montevideo, 1889)

Ratified by Argentina, Bolivia, Paraguay, Peru and Uruguay. Acceded to by Colombia.

"Article 32

The law of the place where contracts are to be performed shall determine whether it is necessary to make them in writing and the formality level of the corresponding document.

Article 33

The same law governs:

a) Its actual existence;

b) Its nature;

c) Its validity;

d) Its effects;

e) Its consequences;

f) Its execution;

g) In fine, all matters relative to the contracts, from any point of view."

"Article 39

The forms of public instruments are governed by the law under which they are issued.

Private instruments, by the law of the place of execution of the respective contract."

"Article 56

Personal actions should be instituted before the judges of the place whose law governs the juridical act that constitutes the subject matter of the action.

They may likewise be instituted before the judges of the defendant's domicile."

Treaty on International Civil Law[20]

(Montevideo, 1940)

Ratified by Argentina, Paraguay and Uruguay.

"Article 36

The law which governs juridical acts determines the character of the corresponding documents. The forms and formalities relating to such juridical acts are governed by the law of the place where they are concluded or executed; the methods of publication, by the laws of the respective States.

Article 37

The law of the place where a contract is to be performed determines:

a) Its actual existence;

b) Its nature;

c) Its validity;

d) Its effects;

e) Its consequences;

f) Its execution;

g) In fine, all matters relative to the contracts, from any point of view."

"Article 56

Personal actions should be instituted before the judges of the place whose law governs the juridical act that constitutes the subject matter of the action.

They may likewise be instituted before the judges of the defendant's domicile.

Territorial extension of jurisdiction is permitted if, after the action has been instituted, the defendant consents voluntarily to such an extension, always provided that the action in question relates to patrimonial personal rights.

The intention of the defendant must be expressed in a positive, and not in a fictitious form."

[19] *Tratado de Derecho civil internacional, Montevideo 12 de febrero de 1889*, 18 *Martens* (2nd) p. 443 (Spanish); 7 *Lecciones y ensayos* p. 57 (Spanish); also available at <http://secretjurid.www5.50megs.com/lcyes/3192.htm> in Spanish. For the current status of ratifications see <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-1.html> (in Spanish).

[20] *Tratado de Derecho civil internacional, Montevideo 19 de marzo de 1940*, 8 *Hudson* p. 513 (Spanish; English translation); 84 *JDI* p. 483 (Spanish, English translation, French translation); 7 *Lecciones y ensayos* p. 57 (Spanish), 37 *AJILs* p. 141 (English translation). In legal doctrine, different views are expressed concerning the entry into force of this Treaty. For example, according to C.L. Wiktor, *Multilateral Treaty Calendar: 1648-1995*, The Hague, 1998, p. 406, "the treaty did not enter into force". On the other hand, several publications, including D.P. Fernandez Arroyo, *Codificación* (*supra* note 6), pp. 120 *et seq.*, and J. Samtleben, *Internationales Privatrecht in Lateinamerika*, Tübingen, 1979 (hereinafter J. Samtleben, German edition), p. 17, express the opposite view. According to Article 65 of the Treaty, the entry into force depends on communication of the instruments of approval to the depositary (the Government of Uruguay) and a subsequent notification by the depositary to the other Contracting States to that effect. No minimum number is required. According to the OAS website (see <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-17.html> (in Spanish)), instruments of ratification were deposited by Argentina and Paraguay in 1956 and 1958, respectively. Uruguay ratified all the Montevideo Treaties of 1940 by Law Decree No 10.272 of 12 November 1942, published in the Official Gazette of 22 December 1942. Although the OAS website does not mention Uruguay's ratification or deposit of an instrument of ratification, it indicates a reservation made by Uruguay upon ratification so it seems that Uruguay (as the depositary) has indeed also deposited its instrument of ratification.

2. Les traités de droit commercial (terrestre) international

13 Ces traités contiennent plusieurs règles déterminant la compétence directe. Par exemple, les tribunaux du domicile d'une entreprise sont compétents pour connaître des litiges entre les actionnaires de l'entreprise ou des litiges entre l'entreprise et les tiers (art. 7 (1889), art. 10 (1940)). Les tribunaux du domicile de l'entreprise sont également compétents pour les litiges contre les compagnies d'assurances (art. 10 (1889)). Le traité de 1940 contient des dispositions détaillées sur l'assurance terrestre et l'assurance sur la vie.

14 Les contrats d'assurance sont couverts par le champ d'application de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for. Cependant, les dispositions de ces traités pourront chevaucher les dispositions de la Convention relatives à la compétence. En outre, selon que le transport multimodal sera inclus ou non, dans le champ d'application de la future Convention de La Haye, il y aura un chevauchement avec ces traités de Montevideo.

2. Treaties on International Commercial (Terrestrial) Law

13 These Treaties contain several rules establishing direct jurisdiction. For example, the courts of a company's domicile have jurisdiction to hear disputes between the shareholders of the company or disputes between the company and third parties (Article 7 (1889), Article 10 (1940)). The courts of the company's domicile also have jurisdiction in disputes against insurance companies (Article 10 (1889)). The 1940 Treaty contains detailed rules on terrestrial and life insurance.

14 Insurance contracts are covered by the scope of the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. Therefore, the provisions in these Treaties may overlap with the Convention's provisions on jurisdiction. In addition, depending on whether multimodal transport will be covered by the scope of the future Hague Convention, there would be an overlap with these Montevideo Treaties.

Traité de droit commercial international[21]

(Montevideo, 1889)

Ratifié par l'Argentine, la Bolivie, le Paraguay, le Pérou et l'Uruguay. Adhésion de la Colombie.

« Article 6

Les succursales ou agences constituées dans un État par une personne morale ayant son siège dans un autre État seront réputées domiciliées au lieu où elles exercent leurs activités et se soumettre à la compétence des autorités locales, à l'égard des opérations qu'elles entreprennent. »

« Article 10

Les juges compétents pour connaître de réclamations engagées à l'encontre de compagnies d'assurance sont ceux des États où lesdites compagnies ont leur domicile en droit.

Si les compagnies ont des succursales dans d'autres États, les dispositions de l'article 6 prévaudront. »

Traité de droit commercial terrestre international[22]

(Montevideo, 1940)

Ratifié par l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay.

« Article 12

Les contrats d'assurance terrestre sont régis par la loi de l'État où sont situés les biens qui font l'objet de l'assurance au moment de la conclusion des contrats ; et les contrats d'assurance sur la vie sont régis par la loi de l'État où la compagnie d'assurance, ou ses succursales ou agences, sont domiciliées.

Article 13

Les juges compétents pour connaître d'instances engagées à l'égard d'assurances terrestres ou sur la vie sont ceux de l'État dont la loi régit lesdits contrats, selon les dispositions de l'article qui précède ; ou alternativement, au choix du demandeur, soit ceux de l'État où les assureurs, ou leurs succursales ou agences (dans les affaires les impliquant), sont domiciliés, soit ceux du lieu du domicile des assurés. »

« Article 16

Les instances fondées sur le transport international par plusieurs transporteurs peuvent être engagées, au choix du demandeur, à l'encontre du premier transporteur avec lequel l'expéditeur a contracté, ou à l'encontre du dernier à recevoir les marchandises devant être remises au consignataire.

Une telle instance sera engagée, au choix du demandeur, devant les juges du lieu d'expédition, les juges du lieu de destination, ou de tout lieu de transit où se trouve un représentant du transporteur poursuivi.

[...]

Article 17

Les contrats de transport relatifs au transport de personnes à travers le territoire de différents États, qu'ils soient conclus par une société unique ou par plusieurs transporteurs, sont régis par la loi de l'État de destination du passager.

Les juges compétents sont ceux de ce même État, ou de l'État où le contrat a été conclu, au choix du demandeur. »

[21] *Tratado de Derecho comercial internacional, Montevideo, 12 de febrero de 1889, Martens* (2nd) p. 424 (espagnol). Pour l'état actuel des ratifications voir <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-2.html> (en espagnol).

[22] *Tratado de Derecho comercial terrestre internacional, Montevideo 19 de marzo de 1940*, disponible en espagnol à l'adresse <http://secretjurid.www5.50megs.com/leyes/lyscom/dl7771_56_com.htm> ; *Hudson* 8, p. 498 (traduction anglaise) ; *AJIL* 37, p. 132 (traduction anglaise). Pour l'état actuel des ratifications voir <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-16.html> (en espagnol).

Treaty on International Commercial Law[21]

(Montevideo, 1889)

Ratified by Argentina, Bolivia, Paraguay, Peru and Uruguay. Acceded to by Colombia.

"Article 6

The branches or agencies incorporated in a State by a corporation having its seat in another State shall be deemed as domiciled in the place where they carry out their activities and subject to the jurisdiction of the local authorities, regarding the operations that they undertake."

"Article 10

The judges competent to try the claims instituted against insurance companies are those of the States where the said companies have their legal domicile.

If the companies have branches in other States, the provisions of Article 6 shall govern."

Treaty on International Commercial Terrestrial Law[22]

(Montevideo, 1940)

Ratified by Argentina, Paraguay and Uruguay.

"Article 12

Contracts of terrestrial insurance are governed by the law of the State where that property is situated which is the object of the insurance at the time when the contracts are concluded; and life insurance contracts are governed by the law of the State where the insurance company, or its branches or agencies are domiciled.

Article 13

The judges competent to try actions instituted in regard to terrestrial or life insurance, are those of the State whose law governs the said contracts, according to the provisions of the foregoing Article; or alternatively at the option of the plaintiff, either those of the State where the insurers, or their branches or agencies (in the cases involving the latter), are domiciled, or those of the place where the insured parties have their domicile."

"Article 16

Actions based on international carriage by joint services may be instituted, at the option of the plaintiff, against the first carrier with whom the shipper contracted, or against the last one to receive the merchandise which was to be surrendered to the consignee.

Such action shall be instituted, at the option of the plaintiff, before the judges of the place of shipment, the judges of the place of destination or any of the places of transit where there is a representative of the carrier sued.

(...)

Article 17

Contracts of carriage relating to the transportation of persons through the territories of different States, whether concluded by only one company or by joint services, are governed by the law of the State which is the passenger's destination.

The competent judges shall be those of the latter State, or the ones of the State where the contract was concluded, at the option of the plaintiff."

[21] *Tratado de Derecho comercial internacional. Montevideo, 12 de febrero de 1889*, 18 *Martens* (2nd) p. 424 (Spanish). For the current status of ratifications see <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-2.html> (in Spanish).

[22] *Tratado de Derecho comercial terrestre internacional. Montevideo 19 de marzo de 1940*, in Spanish available at <http://secretjurid.www5.50megs.com/leyes/lyscom/dl7771_56_com.htm>; 8 *Hudson* p. 498 (English translation); 37 *AJILs* p. 132 (English translation). For the current status of ratifications see <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-16.html> (in Spanish).

3. Les traités de droit procédural international

Traité de droit procédural international[23]

(Montevideo, 1889)

Ratifié par l'Argentine, la Bolivie, le Paraguay, le Pérou et l'Uruguay. Adhésion de la Colombie.

« Article 5

Les jugements et sentences arbitrales rendus en matière civile et commerciale dans l'un des États signataires auront dans les autres les mêmes effets que dans le pays où ils ont été prononcés, à condition qu'ils remplissent les conditions suivantes :

a) ils doivent avoir été rendus par un tribunal compétent dans la sphère internationale ;

b) [...]

c) [...]

d) ils ne doivent pas être contraires à l'ordre public du pays de leur exécution. »

Traité de droit procédural international[24]

(Montevideo, 1940)

Ratifié par l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay.

« Article 5

Les jugements et sentences arbitrales rendus en matière civile et commerciale dans l'un des États signataires auront sur le territoire des autres signataires les mêmes effets que dans le pays où ils ont été prononcés, à condition qu'ils remplissent les conditions suivantes :

a) ils doivent avoir été rendus par un tribunal compétent dans la sphère internationale ;

b) [...]

c) [...]

d) ils ne doivent pas être contraires à l'ordre public du pays de leur exécution.

[...] »

[23] *Tratado de Derecho procesal internacional, Montevideo 11 de enero de 1889, Lecciones y ensayos*, p. 80 (espagnol) ; *Martens* (2nd) p. 414 (espagnol). Pour l'état actuel des ratifications voir <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-3.html> (en espagnol).

[24] *Tratado de Derecho procesal internacional, Montevideo 19 de marzo de 1940, Lecciones y ensayos* p. 80 (espagnol) ; *Hudson* p. 472 (traduction anglaise) ; *AJIL* 37, p. 116 (traduction anglaise). Pour l'état actuel des ratifications voir <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-14.html> (en espagnol).

La future convention et les instruments américains

3. Treaties on International Procedural Law

Treaty on International Procedural Law[23]

(Montevideo, 1889)

Ratified by Argentina, Bolivia, Paraguay, Peru and Uruguay. Acceded to by Colombia.

"Article 5

Judgments and arbitral awards rendered in civil and commercial matters in one of the signatory States, shall have in the others the same force as in the country where they were pronounced, provided that they comply with the following requirements:

a) They must have been rendered by a tribunal competent in the international sphere;

b) (...)

c) (...)

d) They must not conflict with the public order in the country of their enforcement."

Treaty on International Procedural Law[24]

(Montevideo, 1940)

Ratified by Argentina, Paraguay and Uruguay.

"Article 5

Judgments and arbitral awards rendered in civil and commercial matters in one of the signatory States, shall have in the territory of the other signatories, the same force as in the country where they were pronounced, provided that they comply with the following requirements:

a) They must have been rendered by a tribunal competent in the international sphere;

b) (...)

c) (...)

d) They must not conflict with the public order in the country of their enforcement.

(...)"

[23] *Tratado de Derecho procesal internacional, Montevideo 11 de enero de 1889*, 7 *Lecciones y ensayos* p. 80 (Spanish); 18 *Martens* (2nd) p. 414 (Spanish). For the current status of ratifications see <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-3.html> (in Spanish).

[24] *Tratado de Derecho procesal internacional, Montevideo 19 de marzo de 1940*, 7 *Lecciones y ensayos* p. 80 (Spanish); 8 *Hudson* p. 472 (English translation); 37 *AJILs* p. 116 (English translation). For the current status of ratifications see <www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-14.html> (in Spanish).

15 Ces traités pourraient de toute évidence chevaucher le chapitre sur la reconnaissance et l'exécution d'une Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for. La règle de compétence indirecte de l'article 5 *a)* de ces traités fait référence aux règles de compétence directe des articles 56 et suivants des traités sur le droit civil international[25]. L'article 23 tel que proposé par le Comité de rédaction dans le Document préliminaire No 28[26], et plus particulièrement ses paragraphes 1 à 4, garantirait que les jugements rendus par le tribunal désigné dans un accord exclusif d'élection de for seraient reconnus aussi largement que possible, tout en permettant à l'État de se conformer à des obligations contradictoires nées de ces traités antérieurs.

4. Le Protocole additionnel aux traités de droit international privé (1940)[27]

16 Le Protocole additionnel aux traités de Montevideo (1940) comporte une disposition limitant l'autonomie des parties. Ce protocole a été ratifié par l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay.

« *Article 5*

La compétence et la loi applicables selon les traités respectifs ne peuvent être modifiés par la volonté des parties, sauf dans la mesure où ladite loi peut permettre de telles modifications. »

5. Conclusion

17 À la lecture des Traités de Montevideo, il n'apparaît pas clairement que les règles de compétence contenues dans ces traités sont exclusives ou tout au moins exhaustives, dans le sens qu'elles n'autorisent pas les États parties à fournir d'autres fondements de compétence par l'ajout de règles dans leur droit interne, ou en joignant d'autres traités. On peut soutenir que le Protocole additionnel aux traités de 1940 tout au moins, attribue ce caractère obligatoire aux règles de compétence contenues dans les traités de 1940, relatifs respectivement au droit civil international et au droit commercial terrestre international. Les traités de Montevideo ne comportent aucune clause relative aux rapports avec les traités postérieurs. En ce qui concerne les traités de Montevideo de 1940, les trois États parties à ces traités sont également parties au Protocole additionnel ; ce qui rend les règles sur la compétence contenues dans ces traités obligatoires. Si ces trois États devaient cependant devenir parties à la future Convention de La Haye, ils pourraient conjointement amender ce caractère obligatoire, s'ils souhaitent que la Convention de La Haye prévale. L'autre possibilité serait offerte par l'article 23 (et en particulier son para. 3), dans la rédaction proposée par le Comité de rédaction dans le Document préliminaire No 28[28] ; qui permettrait à ces États de respecter leurs obligations issues des traités de Montevideo en cas de conflit même si en général, la Convention de La Haye prévalait, et si tous les États parties aux traités de Montevideo de 1940 et au Protocole ne devenaient pas parties à la future Convention de La Haye.

[25] Voir J. Samtleben, « *Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht* », *Rabels Zeitschrift* 56 (1992), p. 1.
[26] *Supra* note 4.
[27] *Protocolo adicional a los Tratados de Derecho internacional privado. Montevideo, 19 de marzo de 1940*, *Hudson* p. 529 (traduction anglaise) ; *AJIL 37*, p. 151 (traduction anglaise).
[28] *Supra* note 4.

IV. L'UNION PANAMÉRICAINE ET LES CONFÉRENCES PANAMÉRICAINES : LA *CONVENTION SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ* (LE CODE BUSTAMANTE)

18 L'Union Panaméricaine, prédécesseur de l'Organisation des États Américains (O.E.A.), a organisé six Conférences panaméricaines entre 1889 et 1928, en vue de l'unification et de la codification du droit international privé en Amérique[29]. Pendant la sixième Conférence panaméricaine, qui s'est tenue en 1928 à La Havane, Cuba, la *Convention sur le droit international privé* a été adoptée par un nombre significatif d'États américains[30]. Cette Convention, composée de neuf articles, donne effet aux 437 articles du Code de droit international privé rédigé par Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, connu sous le nom du Code Bustamante[31]. Ce Code est considéré comme le plus important document législatif de droit international privé panaméricain du vingtième siècle.

19 La Convention a été signée par vingt États ; la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Costa Rica, Cuba, la République dominicaine, l'Équateur, El Salvador, le Guatemala, Haïti, le Honduras, le Nicaragua, le Panama, le Pérou et le Venezuela ont déposé leurs instruments de ratification et sont parties à la Convention. Elle est entrée en vigueur en novembre 1928, trente jours après le dépôt du deuxième instrument de ratification (art. 4), et par la suite pour chaque État trente jours après le dépôt de l'instrument de ratification respectif. Tous les dépôts ont eu lieu entre 1928 et 1933[32].

20 Les articles 318 à 332 énumèrent des règles de compétence directe en matière civile et commerciale. Les dispositions du Code susceptibles de concerner une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for sont les suivantes[33] :

« *Article 318*

Le juge compétent en premier lieu, pour connaître des litiges auxquels a donné naissance l'exercice des actions civiles et commerciales de toute nature, sera celui auquel les plaideurs se soumettent expressément ou tacitement, à condition que l'un d'eux au moins soit un national de l'État contractant auquel le juge appartient ou qu'il y ait son domicile, sauf les dispositions contraires du droit local.

La soumission ne sera pas possible pour les actions réelles ou mixtes sur les biens immeubles si la loi de leur situation s'y oppose. »

21 Le Code comporte également d'autres limites affectant les accords d'élection de for, et rédigées de la manière suivante :

« *Article 319*

Les parties ne pourront se soumettre qu'au juge investi d'une juridiction ordinaire et compétent pour connaître des affaires de même nature et du même degré.

[29] C. Delgado Barreto, M.A. Delgado Menéndez et C.L. Candela Sánchez, « *Introducción al Derecho Internacional Privado* », Tomo I, Lima, 2004, p. 108.
[30] *Convention sur le Droit international privé*, et Code de Droit international privé annexé (Code Bustamante), 6ème Conférence panaméricaine, La Havane, 20 février 1928, *Série des Traités*, OEA, No 31 (espagnol) ; 86 *Nations Unies – Recueil des Traités* 111 (espagnol), 113 (français), 246 (anglais), 247 (portugais) ; 13 *Revista de derecho internacional privado* 20 (espagnol). Pour une autre traduction anglaise, voir Julio Romañch Jr., traducteur, Bustamante Code, Baton Rouge, Lawrence 1996. Le texte original espagnol de la Convention (et non du Code) est également disponible à l'adresse <www.oas.org>. Le texte du Code (en espagnol) est disponible à l'adresse <www.gobiernoenlinea.gob.ve/docMgr/sharedfiles/codigobustamante.pdf>.
[31] Voir J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, Teoría y Práctica del Código Bustamante*, Buenos Aires, 1983, p. 56 et s. (traduit de l'édition allemande (*supra* note 20). Sauf indication contraire, les références dans la présente note visent l'édition en langue espagnole.).
[32] Voir <www.oas.org>.
[33] 86 *Nations Unies – Recueil des Traités* 113 (203 et s.).

15 These Treaties could obviously overlap with the chapter on recognition and enforcement of a Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. The rule on indirect jurisdiction in Article 5 a) of these Treaties refers to the direct jurisdiction rules contained in Articles 56 *et seq.* of the Treaties on International Civil Law.[25] Article 23 as proposed by the Drafting Committee in Preliminary Document No 28,[26] in particular its paragraphs 1-4, would ensure that judgments rendered by the court designated in an exclusive choice of court agreement would be recognised as widely as possible while still enabling a State to comply with possible conflicting obligations under these earlier Treaties.

4. Additional Protocol to the Treaties on Private International Law (1940)[27]

16 The additional protocol to the Montevideo Treaties (1940) contains one provision restricting party autonomy. This protocol was ratified by Argentina, Paraguay and Uruguay.

"*Article 5*

The jurisdiction and the law which are applicable according to the respective treaties, may not be modified by the will of the parties, except in so far the said law may authorise such modifications."

5. Conclusion

17 It is not clear whether the rules on jurisdiction in the Montevideo Treaties are "exclusive" or at least exhaustive in that they do not allow the States Parties to provide for additional bases of jurisdiction in their internal law or by joining other treaties. Arguably, at least the Additional Protocol to the 1940 Treaties confers this mandatory character on the jurisdiction rules contained in the 1940 Treaty on International Civil Law and the 1940 Treaty on International Commercial Terrestrial Law. The Treaties of Montevideo do not contain any clause concerning the relationship with later treaties. As concerns the 1940 Montevideo Treaties, all three States Parties to them are also Parties to the Additional Protocol which makes the jurisdiction rules contained in these Treaties mandatory. However, should all three States become party to the future Hague Convention, they could thereby jointly amend the mandatory character, should they wish the Hague Convention to prevail. In the alternative, Article 23 (in particular its paragraph 3) as proposed by the Drafting Committee in Preliminary Document No 28[28] would allow them to comply with their obligations under the Montevideo Treaties in a case of conflict even if, in general, the Hague Convention prevails and not all States Parties to the 1940 Montevideo Treaties and the Protocol become Parties to the future Hague Convention.

[25] See J. Samtleben, "*Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht*", *Rabels Zeitschrift* 56 (1992), p. 1 (21).
[26] *Supra* note 4.
[27] *Protocolo adicional a los Tratados de Derecho internacional privado, Montevideo, 19 de marzo de 1940*, 8 *Hudson* p. 529 (English translation); 37 *AJILs* p. 151 (English translation).
[28] *Supra* note 4.

IV. THE PAN-AMERICAN UNION AND THE PAN-AMERICAN CONFERENCES: THE *CONVENTION ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW* (THE BUSTAMANTE CODE)

18 The Pan-American Union, predecessor of the Organization of American States (OAS), organised six Pan-American Conferences between 1889 and 1928, with the aim of unifying and codifying private international law in America.[29] During the sixth Pan-American Conference, held in 1928 in La Havana, Cuba, the *Convention on Private International Law* was adopted by a significant number of American States.[30] This Convention, which consists of nine Articles, gives force to the 437 Articles of the Private International Law Code drawn up by Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén,[31] known as the Bustamante Code. This Code is considered the most important Pan-American private international law legislative document of the twentieth century.

19 The Convention was signed by twenty countries; Bolivia, Brazil, Chile, Costa Rica, Cuba, the Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama, Peru and Venezuela have deposited their instruments of ratification and are Parties to the Convention. It entered into force in November 1928, thirty days after the deposit of the second instrument of ratification (Article 4), and subsequently for each State thirty days after the deposit of the respective instrument of ratification. All the deposits took place between 1928 and 1933.[32]

20 Articles 318-332 set forth rules of direct jurisdiction in civil and commercial matters. The provisions of the Code likely to touch a future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements read as follows:[33]

"*Article 318*

The judge competent in the first place to take cognizance of suits arising from the exercise of civil and commercial actions of all kinds shall be the one to whom the litigants expressly or impliedly submit themselves, provided that one of them at least is a national of the contracting State to which the judge belongs or has his domicile therein, and in the absence of local laws to the contrary.

The submission in real or mixed actions involving real property shall not be possible if the law where the property is situated forbids it."

21 The Code also contains further limitations to choice of court agreements, which read as follows:

"*Article 319*

The submission can be made only to a judge having ordinary jurisdiction to take cognizance of a similar class of cases in the same degree.

[29] C. Delgado Barreto, M.A. Delgado Menéndez and C.L. Candela Sánchez, "*Introducción al Derecho Internacional Privado*", Tomo I, Lima, 2004. p. 108.
[30] *Convention on Private International Law*, with annexed Code of Private International Law (Bustamante Code), 6th Pan-American Conference, Havana, 20 February 1928, *OASTS* No 31 (Spanish); 86 *League of Nations Treaty Series* (*LNTS*) 111 (Spanish), 113 (French), 246 (English), 247 (Portuguese); 13 *Revista de derecho internacional privado* 20 (Spanish). For a further English translation, see J. Romañach Jr., translator, Bustamante Code, Baton Rouge, 1996. The original Spanish text of the Convention (not of the Code) is also available at <www.oas.org>. The text of the Code (in Spanish) is available at <www.gobiernoenlinea.gob.ve/docMgr/sharedfiles/codigobustamante.pdf>.
[31] See J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, Teoría y Práctica del Código Bustamante*, Buenos Aires, 1983, pp. 56 *et seq.* (translated from the German edition (*supra* note 20). Unless stated otherwise, the cites given in this paper refer to the Spanish edition.).
[32] See <www.oas.org>.
[33] 86 *UNTS* 246 (336-338, 340).

Article 320

En aucun cas, les parties ne pourront se soumettre expressément ou tacitement pour un recours à un juge ou tribunal différent de celui à qui est subordonnée, suivant les lois locales, la juridiction qui a connu de l'affaire en première instance.»

«*Article 333*

Les juges et tribunaux de chaque État contractant seront incompétents pour connaître des affaires civiles et commerciales dans lesquelles seraient partie défenderesse les autres États contractants ou leurs chefs, en cas d'exercice d'action personnelle, sauf le cas de soumission expresse ou de demandes reconventionnelles.»

22 Le Code ne comporte aucune règle particulière sur le consentement et la capacité à l'égard des accords d'élection de for. Cependant, puisqu'il s'agit d'un Code général de droit international privé, les dispositions du Code régissant le consentement et la capacité ainsi que l'autonomie des parties pour les contrats généraux pourraient être applicables.

23 La capacité des parties doit être déterminée par leur loi personnelle[34]. La loi du territoire[35] régit les questions de consentement telles que l'erreur, la violence, l'intimidation et le dol (*dolo*)[36]. L'interdiction des contrats contraires à la loi et aux bonnes pratiques est également régie par la loi du territoire[37]. L'exigence de forme écrite ou authentique pour la conclusion d'un contrat résulte de l'application combinée de la *lex loci contractus* et de la *lex executionis*[38].

24 Les articles 423 à 433[39] traitent de la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers :

«*Article 423*

Toute sentence civile ou contentieuse administrative prononcée dans un des États contractants aura force et pourra être exécutée dans les autres États si elle réunit les conditions suivantes :

1. Que le Tribunal ou le juge qui l'a prononcée ait compétence pour connaître l'affaire et la juger conformément aux règles du présent code.

2. Que les parties aient été citées personnellement ou par leur représentant légal pour le jugement.

3. Que la sentence ne soit pas contraire à l'ordre public ou au droit public du pays où elle doit être exécutée.

4. Qu'elle soit exécutoire dans l'État où elle aura été prononcée. [...]»

25 Le Code Bustamante est parfois considéré comme une source de principes de droit international privé généralement admis au-delà des quinze États parties. Il a donc été appliqué par les tribunaux d'États qui ne sont pas parties à la Convention[40].

26 Ni le Code, ni la Convention n'indiquent si les règles de compétence directe sont exclusives et / ou exhaustives. Cependant, lors de la ratification, le Chili, le Costa Rica, l'Équateur et El Salvador se sont réservé la possibilité de légiférer à l'avenir sur les questions figurant dans le Code[41]. Certains commentateurs chiliens supposent que la réserve préserve également la possibilité de conclure de nouveaux traités[42]. Le Panama a fait une déclaration selon le Code Bustamante pour protéger ses principes de choix de loi mais n'a pas fait de réserve. Le Venezuela a fait des réserves sur plusieurs questions ne tenant pas à l'élection de for. La Bolivie, lors du dépôt de son instrument de ratification, a déclaré que d'autres traités internationaux et le droit interne devaient prévaloir sur le Code. Le Chili et le Costa Rica ont émis la même réserve pour leur propre législation.

27 Ni la Convention ni le Code ne comportent une disposition de compatibilité – qu'elle soit générale, ou traitant des règles de compétence en particulier[43].

28 L'article 23(1) tel que proposé par le Comité de rédaction dans le Document préliminaire No 28[44] ne touche pas aux règles conventionnelles existantes. Lorsqu'une partie réside, ou que le tribunal élu est situé, dans un «État de La Haye» auquel le Code Bustamante ne s'applique pas, la Convention de La Haye prévaut en vertu de l'article 23(2). Le paragraphe 3 permet cependant aux États parties aux deux instruments de se conformer à l'autre obligation née du traité antérieur, si l'application des «règles de La Haye» se révèle incompatible avec ces règles plus anciennes. Aucun conflit ne devrait en conséquence survenir entre les deux instruments.

V. L'ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS (OEA) ET LES CONFÉRENCES SPÉCIALISÉES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (CIDIP)

29 L'Organisation des États américains (OEA), à travers son département de droit international, joue un rôle important dans l'harmonisation et la codification du droit international privé en amérique[45]. L'élément principal de ce travail est constitué par les Conférences interaméricaines spécialisées sur le droit international privé, connues par leur acronyme en espagnol comme CIDIP – *Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado*. Les CIDIP se tiennent tous les quatre à six ans[46], et elles ont produit des instruments internationaux dans plusieurs domaines. Après le Code Bustamante, la tendance à une codification générale s'est donc, par l'intermédiaire des CIDIP, plutôt concentrée sur des secteurs particuliers du droit international privé[47].

[34] Art. 176.
[35] L'expression «loi du territoire» («*ley territorial*» ou «*ley de orden público internacional*») est définie dans le Code Bustamante comme couvrant toutes les lois applicables à toutes les personnes présentes sur le territoire, quelle que soit leur nationalité (voir art . 3(II) du Code Bustamante). Pour plus de détails, voir J. Samtleben, édition allemande (*supra* note 20), p. 192 et s.
[36] Art. 177.
[37] Art. 178.
[38] Art. 180. Voir en général N. de Araujo, *Contratos Internacionais, Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, Rio de Janeiro, 1997, p. 151 et s.
[39] Voir supra, note 33.
[40] D.P. Fernandez Arroyo, *Codificación* (*supra* note 6), p. 155 et s.; J. Samtleben, édition allemande (*supra* note 20), p. 291 et s. On peut en trouver des illustrations notamment en Argentine (Cám. Nac. fed. 4.2.1960, *Jur. Arg.* 1960-IV-104 (106); J. Paz Cap. 7.10.1969, *Jur. Arg.* 8 (1970) 101 (109); Cám. civ. com. Rosario 7.9.1971, *Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas* 21 (1972) 298 (301)).
[41] Parmi les États ayant ratifié la Convention sur le Code Bustamante, le Brésil, le Chili, le Panama, le Pérou et le Venezuela sont Membres de la Conférence de La Haye. En outre, le Costa Rica a été admis mais n'a pas encore accepté le Statut. Il est rappelé une nouvelle fois qu'une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for serait très probablement également ouverte aux États non membres de la Conférence de La Haye, de sorte qu'un conflit éventuel avec le Code Bustamante ne serait pas nécessairement limité aux États membres de la Conférence.
[42] Voir J. Samtleben (*supra* note 31), p. 124 et s.
[43] Cependant, l'art. 350 comporte des dispositions particulières prévoyant que le Code est subsidiaire aux traités antérieurs en matière d'extradition, et dans l'art. 115, il est prévu que la propriété intellectuelle et industrielle sera régie par les conventions particulières existantes et futures. Voir également J. Samtleben (*supra* note 31), p. 122 et s.
[44] *Supra* note 4.
[45] *Office of the Interamerican Law Programs* (Office des programmes de droit interaméricain), Droit international privé, <www.oas.org/dil/private_international_law.htm>.
[46] À ce jour, six conférences CIDIP se sont tenues dans des villes différentes partout dans les Amériques : CIDIP I s'est tenue à Panama, Panama en 1975; CIDIP II s'est tenue à Montevideo, Uruguay en 1979; CIDIP III s'est tenue à La Paz, Bolivie en 1984; CIDIP IV s'est tenue à Montevideo, Uruguay en 1989; CIDIP V s'est tenue à Mexico, Mexique en 1994; et CIDIP VI s'est tenue au siège principal de l'OEA à Washington, D.C. en 2002. CIDIP VII a été convoquée par l'Assemblée générale de l'OEA en juin 2003 et est en cours de préparation.
[47] Voir T. Maekelt, *El Desarrollo del Derecho Internacional Privado en las Americas*, Caracas, mars 2001, à l'adresse <http://www.oas.org/juridico/spanish/tatiana_maekelt.htm>.

Article 320

In no case shall the parties be able to submit themselves expressly or impliedly for relief to any judge or court other than that to whom is subordinated according to local laws the one who took cognizance of the suit in the first instance."

"*Article 333*

The judges and courts of each contracting State shall be incompetent to take cognizance of civil or commercial cases to which the other contracting States or their heads are defendant parties, if the action is a personal one, except in case of express submission or of counterclaims."

22 The Code contains no specific rules on consent and capacity with regard to choice of court agreements. However, since it is a general code on private international law, the provisions in the Code governing consent and capacity as well as party autonomy for general contracts may be applicable.

23 The capacity of the parties is to be determined by their personal law.[34] The law of the territory[35] governs matters of consent such as error, violence, intimidation and fraud (*dolo*).[36] Prohibition of the contracts contrary to law and good customs is also governed by the law of the territory.[37] The form requirement to execute a contract in writing or to notarise it, results from the simultaneous application of the *lex loci contractus* and the *lex executionis*.[38]

24 Articles 423-433[39] deal with the recognition and enforcement of foreign judgments:

"*Article 423*

Every civil or administrative judgment rendered in one of the contracting States shall have force and may be executed in the others if it combines the following conditions:

1. That the judge of the court which has rendered it have competence to take cognizance of the matter and to pass judgment upon it, in accordance with the rules of this Code.

2. That the parties have been summoned for the trial either personally or through their legal representative;

3. That the judgment does not conflict with the public policy or the public laws of the country in which execution is sought;

4. That it is executory in the State in which it was rendered. (...)."

25 The Bustamante Code is sometimes considered a source of generally accepted principles of private international law extending beyond the fifteen States Parties. Consequently, it has been applied by the courts of States that are not Parties to the Convention.[40]

26 Neither the Code nor the Convention state whether the rules on direct jurisdiction are exclusive and / or exhaustive. However, upon ratification, Chile, Costa Rica, Ecuador and El Salvador reserved the ability to, in the future, legislate over the issues contained in the Code.[41] Some Chilean commentators assume that the reservation equally preserves the ability to execute new treaties.[42] Panama has made a declaration in accordance with the provisions of the Bustamante Code to protect its choice of law principles but has not made any reservations. Venezuela reserved several matters not relating to choice of court. Bolivia, when depositing its instrument of ratification, declared that other international treaties and domestic law should prevail over the Code. Chile and Costa Rica made the same reservation for their own legislation.

27 Neither the Convention nor the Code contains a compatibility provision – neither a general one, nor one specifically addressing the rules on jurisdiction.[43]

28 Article 23(1) as proposed by the Drafting Committee in Preliminary Document No 28[44] leaves existing treaty rules in place. Where a party is resident, or the chosen court is situated, in a "Hague State" in which the Bustamante Code does not apply, the Hague Convention prevails under Article 23(2). However, paragraph 3 allows States Parties to both instruments to comply with the other, older treaty obligation if applying the "Hague rules" would be incompatible with these older rules. Therefore no conflict should arise between the two instruments.

V. THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS) AND THE SPECIALIZED CONFERENCES ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (CIDIPS)

29 The Organization of American States (OAS), through the Department of International Law, plays an important role in the harmonisation and codification of private international law in the Americas.[45] The principal component of this work are the Inter-American Specialized Conferences on Private International Law, known for their acronym in Spanish as CIDIPs – *Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado*. CIDIPs are held every four to six years[46] and have produced international instruments in different areas. After the Bustamante Code, the trend for general codification changed through the CIDIPs to focus on specific sectors of private international law.[47]

[34] Article 176.
[35] The expression "law of the territory" ("*ley territorial*" or "*ley de orden público internacional*") is defined in the Bustamante Code as covering all laws that apply to all persons present within the territory, independent of their nationality (see Article 3(II) of the Bustamante Code). For further details, see J. Samtleben, German edition (*supra* note 20), pp. 192 *et seqq*.
[36] Article 177.
[37] Article 178.
[38] Article 180. See generally N. de Araujo, *Contratos Internacionais, Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, Rio de Janeiro, 1997, pp. 151 *et seqq*.
[39] See *supra* note 33.
[40] D.P. Fernandez Arroyo, *Codificación* (*supra* note 6), pp. 155 *et seqq*.; J. Samtleben, German edition (*supra* note 20), pp. 291 *et seqq*. Examples can be found in particular in Argentina (Cám. Nac. fed. 4.2.1960, *Jur. Arg.* 1960-IV-104 (106); J. Paz Cap. 7.10.1969, *Jur. Arg.* 8 (1970) 101 (109); Cám. civ. com. Rosario 7.9.1971, *Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas* 21 (1972) 298 (301)).
[41] Among the States which have ratified the Convention on the Bustamante Code, Brazil, Chile, Panama, Peru and Venezuela are Members of the Hague Conference. Moreover, Costa Rica has been admitted but has not yet accepted the Statute. Again, it is recalled that a future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements would most likely also be open to non-Member States of the Hague Conference so that a possible conflict with the Bustamante Code would not necessarily be limited to Member States of the Conference.
[42] See J. Samtleben (*supra* note 31), pp. 124 *et seq*.
[43] However, Article 350 contains specific provisions stating that the Code is subsidiary to previous treaties in matters of extradition, and in Article 115 it is stated that intellectual and industrial property shall be governed by existing and future specific conventions. See also J. Samtleben (*supra* note 31), pp. 122 *et seqq*.
[44] *Supra* note 4.
[45] Office of Inter-American Law Programs, Private International Law, <www.oas.org/dil/private_international_law.htm>.
[46] To date, six CIDIP Conferences have been held in various cities throughout the Americas: CIDIP I was held in Panama City, Panama in 1975; CIDIP II was held in Montevideo, Uruguay in 1979; CIDIP III was held in La Paz, Bolivia in 1984; CIDIP IV was held in Montevideo, Uruguay in 1989; CIDIP V was held in Mexico City, Mexico in 1994; and CIDIP VI was held at the OAS headquarters in Washington, D.C. in 2002. CIDIP VII was convened by the OAS General Assembly in June 2003 and is currently being prepared.
[47] See T. Maekelt, *El Desarrollo del Derecho Internacional Privado en las Americas*, Caracas, March 2001, available at <http://www.oas.org/juridico/spanish/tatiana_maekelt.htm>, *passim*.

Future Convention and American instruments

1. La Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères (Montevideo, 8 mai 1979)[48]

30 Cette Convention a été négociée et conclue au cours de la CIDIP II et est entrée en vigueur pour le Pérou et l'Uruguay le 14 juin 1980. Par la suite, l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, la Colombie, l'Équateur, le Mexique, le Paraguay et le Venezuela ont également déposé leurs instruments de ratification[49].

31 Il s'agit d'une « convention simple » qui ne traite pas de la compétence directe. Cependant, l'article 2 établit une règle indirecte de compétence à titre de pré-requis à la reconnaissance (principe dit du miroir). Elle vise le droit interne de l'État dans lequel sont demandées la reconnaissance et l'exécution, et sa rédaction est la suivante :

« *Article 2*

Les décisions et sentences arbitrales étrangères visées à l'article premier n'ont d'efficacité extraterritoriale dans les États parties que si :

a) Ont été remplies toutes les conditions de forme requises pour qu'elles soient considérées comme des actes authentiques dans l'État d'où elles émanent ;

b) Les actes en question et les documents qui y sont annexés et sont nécessaires aux termes de la présente Convention ont été dûment traduits dans la langue officielle de l'État où ils doivent produire leurs effets ;

c) Les actes en question ont été dûment légalisés en conformité de la loi de l'État où ils doivent produire leurs effets ;

d) Le juge ou le tribunal qui a rendu la décision ou la sentence a la compétence internationale voulue pour connaître de la question en litige et statuer sur elle conformément à la législation de l'État où les actes susvisés doivent produire leurs effets ;

e) Le défendeur a été notifié, ou a été assigné, dans les formes légales substantiellement équivalentes à celles prévues par la loi de l'État où les actes en question doivent produire leurs effets ;

f) La défense des parties a été assurée ;

g) Les actes en question sont exécutoires, ou le cas échéant ont force de chose jugée, dans l'État d'où ils émanent ;

h) Les actes en question ne sont pas manifestement contraires aux principes et aux lois d'ordre public de l'État où la reconnaissance ou l'exécution est demandée. »

32 Cette Convention, dans son article premier, traite seulement de ses rapports avec la *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, et pas de ses rapports avec d'autres Conventions[50]. Elle pourrait de toute évidence chevaucher la partie sur la reconnaissance et l'exécution d'une Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for. Un exemple serait une situation où la règle de reconnaissance susvisée imposerait une norme de forme applicable moins stricte que celle prévue à titre de norme minimum dans une Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for. En ce cas, la Convention interaméricaine serait plus généreuse dans la reconnaissance d'un jugement étranger fondé sur une clause d'élection de for que la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for[51]. L'article 23 de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for rend cela possible. Une norme de forme plus stricte en vertu de la loi de l'État requis, d'un autre côté, serait supplantée par les conditions de forme de la Convention de La Haye qui deviennent alors droit interne de l'État requis et par conséquent trouvent leur place dans l'application du principe miroir en vertu de la Convention interaméricaine. Les deux Conventions conduiraient donc au même résultat et pourraient cohabiter facilement.

2. La Convention interaméricaine sur la compétence internationale pour l'efficacité extraterritoriale des décisions étrangères (La Paz, 24 mai 1984)[52]

33 Cette Convention a été négociée et conclue au cours de la CIDIP III. Le but était de parvenir à une uniformité sur la question de la compétence internationale allant au-delà de ce qui a été atteint par la *Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères*. Si celle-ci comporte des règles sur la reconnaissance et l'exécution, la Convention de La Paz la complète avec des règles de compétence indirecte. La Convention ne comporte cependant pas de règles relatives à la compétence directe[53]. Pour les États parties, la Convention de La Paz remplace les règles sur la compétence indirecte contenues dans le droit interne des États parties, et de ce fait harmonise les règles de compétence indirecte, que ce soit dans le cadre ou en dehors de l'application de la Convention de Montevideo de 1979[54].

34 La Convention est entrée en vigueur en décembre 2004, selon l'article 13, trente jours après le dépôt du deuxième instrument de ratification. À ce jour, elle est en vigueur uniquement entre le Mexique et l'Uruguay[55].

35 La Convention comporte les dispositions particulières suivantes sur les accords d'élection de for :

« *Article 1*

Aux fins de l'efficacité extraterritoriale des décisions étrangères, la condition relative à la compétence internationale du juge ou tribunal d'un État partie qui aura rendu la décision sera réputée remplie lorsque ce juge ou tribunal aura été compétent pour statuer selon les dispositions ci-après, à savoir :

A. S'il s'agit d'actions personnelles de caractère patrimonial, l'un s'est trouvé en présence de l'un des cas suivants, ou du cas prévu à la section D du présent article, éventuellement :

1. Lors de l'introduction de l'instance, le défendeur a eu son domicile ou sa résidence habituelle sur le territoire de l'État partie où a été prononcée la décision, quand il est une personne physique, ou bien ledit défendeur a eu son établissement principal sur le territoire de l'État en question, quand il est une personne juridique ;

[48] *Série des traités* O.E.A. No 51 ; voir 1986 *Nations Unies – Recueil des Traités*, p. 97 pour la version française. Pour l'état actuel des ratifications voir <www.oas.org>.

[49] Parmi ces États, l'Argentine, le Brésil, le Mexique, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela sont Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé.

[50] Voir également D.P. Fernandez Arroyo, *Curso (supra* note 16), p. 180 et s.

[51] Ceci est particulièrement intéressant à la lumière de la position prise en 2003 par plusieurs membres du Groupe de travail informel sur le projet sur les jugements, selon lesquels la future Convention de La Haye devrait exclure des normes internes sur la forme moins strictes pour les accords d'élection de for. En vertu de la Convention inter-américaine de 1979, de telles normes – bien qu'à titre de règle de compétence indirecte dans le chapitre sur la reconnaissance – resteraient susceptibles d'application.

[52] *Série des traités OEA* No 64 ; voir <www.oas.org> pour la version anglaise.

[53] Voir J. Samtleben (*supra* note 25), *Rabels Zeitschrift* 56 (1992), p. 1.

[54] Art. 12. Voir également J. Samtleben (*supra* note 25), *Rabels Zeitschrift* 56 (1992), p. 1.

[55] Pour l'état actuel des ratifications voir <www.oas.org>.

1. Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards (Montevideo, 8 May 1979)[48]

30 This Convention was negotiated and concluded during CIDIP II and entered into force for Peru and Uruguay on 14 June 1980. Subsequently, Argentina, Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, Mexico, Paraguay and Venezuela have equally deposited instruments of ratification.[49]

31 It is a "simple convention" which does not deal with direct jurisdiction. However, Article 2 establishes an indirect rule on jurisdiction as a prerequisite for recognition. It refers to the internal law of the State where recognition and enforcement is sought (so-called mirror principle), and reads as follows:

"*Article 2*

The foreign judgments, awards and decisions referred to in Article 1 shall have extraterritorial validity in the States Parties if they meet the following conditions:

a) They fulfill all the formal requirements necessary for them to be deemed authentic in the State of origin;

b) The judgment, award or decision and the documents attached thereto that are required under this Convention are duly translated into the official language of the State where they are to take effect;

c) They are presented duly legalized in accordance with the law of the State in which they are to take effect;

d) The judge or tribunal rendering the judgment is competent in the international sphere to try the matter and to pass judgment on it in accordance with the law of the State in which the judgment, award or decision is to take effect;

e) The plaintiff has been summoned or subpoenaed in due legal form substantially equivalent to that accepted by the law of the State where the judgment, award or decision is to take effect;

f) The parties had an opportunity to present their defense;

g) They are final or, where appropriate, have the force of res judicata in the State in which they were rendered;

h) They are not manifestly contrary to the principles and laws of the public policy (ordre public) of the State in which recognition or execution is sought."

32 The Convention, in its Article 1, only deals with its relationship with the *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration* and does not specify its relationship with other conventions.[50] It could obviously overlap with the recognition and enforcement part of a Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. An example would be a situation where the recognition rule mentioned above would make a less stringent form standard applicable than the one provided as the minimum standard in a Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. In that case the Inter-American Convention would be more generous in recognising a foreign judgment based on a choice of court clause than the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements.[51] Article 23 of the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements permits this. A more stringent form requirement under the internal law of the requested State, on the other hand, would be superseded by the form requirements of the Hague Convention which become internal law of the requested State and thereby find their way into the application of the mirror principle under the Inter-American Convention. So both Conventions would lead to the same result and can easily coexist.

2. Inter-American Convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments (La Paz, 24 May 1984)[52]

33 This Convention was negotiated and concluded during CIDIP III. The intention was to achieve uniformity on the subject of international jurisdiction going beyond what was achieved by the *Inter-American Convention on extraterritorial validity of foreign judgments and arbitral awards*. While the latter contains rules on recognition and enforcement, the La Paz Convention supplements it with rules on indirect jurisdiction. It does not, however, contain rules on direct jurisdiction.[53] For States Parties, the La Paz Convention replaces the rules on indirect jurisdiction contained in the internal law of the States Parties, and thereby harmonises indirect jurisdiction within and outside the application of the 1979 Montevideo Convention.[54]

34 The Convention entered into force in December 2004, according to Article 13, thirty days after the deposit of the second instrument of ratification. So far, the Convention is in force only between Mexico and Uruguay.[55]

35 The Convention contains the following specific language on choice of court agreements:

"*Article 1*

For the purposes of the extraterritorial validity of foreign judgments, the requirement of jurisdiction in the international sphere is deemed to be satisfied when the judicial or other adjudicatory authority of the State Party that rendered the judgment would have had jurisdiction in accordance with any of the following provisions:

A. In an action in persona *for a money judgment, any of the following bases or, if applicable, that provided for in section D of this article shall be satisfied:*

1. At the time the action was initiated, the defendant, if a natural person, had his domicile or habitual residence in the territory of the State Party in which judgment was rendered or, if a juridical person, had its principal place of business in that territory;

[48] *OASTS* No 51; see <www.oas.org> for the English version. For the current status of ratifications see <www.oas.org/juridico/english/sigs/b-41.html>.
[49] Among these States, Argentina, Brazil, Mexico, Paraguay, Peru, Uruguay and Venezuela are Member States of the Hague Conference on Private International Law.
[50] See also D.P. Fernandez Arroyo, *Curso* (*supra* note 16), pp. 180 *et seqq*.
[51] This is particularly interesting in light of the position taken in 2003 by several members of the Informal Working Group on the Judgments Project that the future Hague Convention should exclude less rigid national form standards for choice of court agreements. Under the Inter-American Convention of 1979, such standards – albeit as an indirect jurisdiction rule in the recognition chapter – could still be applied.
[52] *OASTS* No 64; see <www.oas.org> for the English version. The translation into French is by the Permanent Bureau.
[53] See J. Samtleben (*supra* note 25), *Rabels Zeitschrift* 56 (1992), p. 1 (19).
[54] Article 12; see further J. Samtleben (*supra* note 25), *Rabels Zeitschrift* 56 (1992), p. 1 (24).
[55] For the current status of ratifications see <www.oas.org>.

Future Convention and American instruments

2. En matière d'actions intentées contre des sociétés civiles ou commerciales de caractère privé, celles-ci, lors de l'introduction de l'instance, ou bien ont eu leur établissement principal sur le territoire de l'État partie où a été prononcée la décision, ou bien ont été constituées dans ledit État ;

3. En matière d'actions intentées contre des succursales, agences ou filiales de sociétés civiles ou commerciales de caractère privé, les activités sur lesquelles se fondent les différentes instances ont été réalisées sur le territoire de l'État partie où a été prononcée la décision, ou

4. Dans le cas de juridictions non obligatoires, le défendeur ou bien a accepté par écrit la compétence du juge ou tribunal qui a prononcé la décision ; ou bien a comparu à l'instance, mais n'a pas soulevé en temps opportun d'objection à la compétence du juge ou tribunal en question.

B. Dans les cas d'actions réelles portant sur des biens meubles corporels, s'est présenté l'un des cas ci-après :

1. Les biens se sont trouvés, lors de l'introduction de l'instance, sur le territoire de l'État partie où a été prononcée la décision, ou

2. L'on s'est trouvé dans l'un des cas prévus à la section A du présent article.

C. En matière d'actions réelles portant sur des biens immeubles, ceux-ci se sont trouvés, lors de l'introduction de l'instance, sur le territoire de l'État partie où a été prononcée la décision.

D. Lorsque les actions découlent de contrats commerciaux conclus sur le plan international, les parties sont convenues par écrit de se soumettre à la compétence de l'État partie où a été prononcée la décision, pourvu que cette compétence n'ait pas été établie sous une forme abusive et qu'il ait existé une relation raisonnable entre elle et l'objet du différend. »

« *Article 4*

L'efficacité extraterritoriale de la décision peut être refusée si celle-ci emporte un empiètement sur la compétence exclusive de l'État partie dans lequel cette efficacité est recherchée. »

36 La Convention de La Paz comprend une clause de compatibilité :

« *Article 8*

Les règles énoncées dans la présente Convention ne restreignent pas la portée des dispositions plus larges de conventions bilatérales ou multilatérales déjà souscrites par les États parties en matière de compétence internationale, ni les pratiques plus favorables que ceux-ci peuvent observer en relation avec l'efficacité extraterritoriale des décisions étrangères. »

37 Lors de la première réunion du Groupe de travail informel en 2002, il a été exprimé un avis selon lequel des « dispositions plus larges » signifient une convention plus complète ou progressiste, couvrant une gamme plus étendue de questions[56]. Une Convention traitant de la compétence sur le seul fondement des accords exclusifs d'élection de for pourrait donc probablement ne pas être considérée comme plus large en ce sens. Cependant, la formulation « *más amplia* » peut être traduite également par « plus large » au sens de « plus généreuse ». Il semble que la tendance générale dans les Conventions interaméricaines soit de préserver les pratiques les plus favorables[57]. Au cours de la session d'approbation de la Convention au Congrès uruguayen, une déclaration a été présentée au sujet de l'article 8 selon laquelle « les règles adoptées sont de nature subsidiaire, en ce sens qu'elles sont applicables s'il n'existe pas d'autres règles conventionnelles ou coutumières qui sont plus étendues et *plus généreuses*. »[58]

38 La Convention de La Paz n'empêche donc pas les États qui y sont parties d'adhérer à une Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for qui contient une norme de forme moins stricte pour les accords d'élection de for et / ou est plus favorable à la reconnaissance et l'exécution des jugements fondés sur un accord d'élection de for. Ceci pourrait se produire, par exemple, dans la situation où l'accord ne satisfait pas aux exigences de forme de la Convention de La Paz (« par écrit ») mais à une exigence de forme de la future Convention de La Haye, par exemple quand il a été conclu par voie électronique. À l'égard de la forme, l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for est légèrement plus généreux que la Convention de La Paz.

39 En ce qui concerne la validité matérielle, il reste à voir si la future Convention sur les accords exclusifs d'élection de for comporte des exigences ou laissera cet aspect relever du droit interne. La Convention de La Paz impose, pour les besoins de la reconnaissance et de l'exécution, que la compétence de la juridiction désignée par une clause d'élection de for « n'ait pas été établie sous une forme abusive et qu'il ait existé une relation raisonnable entre elle et l'objet du différend. » L'article 23(1) tel que proposé par le Comité de rédaction dans le Document préliminaire No 28[59] ne touche pas aux règles conventionnelles existantes. Lorsqu'une partie réside, ou que le tribunal élu est situé, dans un « État de La Haye » auquel la Convention de La Paz ne s'applique pas, la Convention de La Haye prévaut en vertu de l'article 23(2). Dans une telle situation, le paragraphe 3 permet aux États parties aux deux instruments de se conformer à l'autre obligation née du traité antérieur si l'application des « règles de La Haye » se révèle incompatible avec ces règles plus anciennes. Aucun conflit ne devrait en conséquence survenir entre les deux instruments.

VI. MERCOSUR

40 En application de l'article 1 du Traité d'Asunción, les États parties au Mercosur se sont engagés à harmoniser leur législation dans les domaines pertinents. Sur le fondement de cette disposition, les États du Mercosur sont en train d'établir une structure de protocoles de droit international privé au Traité d'Asunción. Tous les membres du Mercosur (l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay) sont Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé[60].

41 Les instruments suivants de droit international privé du Mercosur chevaucheront probablement une Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for :

[56] Voir ci-dessus, Doc. prél. No 20 de novembre 2005 (*supra* note 2).

[57] Voir D.P. Fernandez Arroyo, *Curso* (*supra* note 16), p. 181.

[58] Voir *República Oriental del Uruguay. Diario de Sesiones. Cámara de Representantes. 38a sesión. (Extraordinaria)*, p. 71, 30 juillet 2002, disponible à l'adresse <www.parlamento.gub.uy/sesiones/pdfs/camara/20020730d0038.pdf>. Souligné par nous.

[59] *Supra* note 4.

[60] Les traités de Montevideo ainsi que le Mercosur répondent aux tentatives d'intégration sud-américaines. Les traités de Montevideo sont d'ailleurs d'utilisation courante entre l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay qui sont également membres du Mercosur.

2. In an action against a private non-commercial or business enterprise, the defendant had its principal place of business at the time the action was initiated in the State Party in which judgment was rendered or was organized in that State Party;

3. In an action against a branch, agency, or affiliate of a private non-commercial or business enterprise, the activities that gave rise to such action took place in the State Party in which judgment was rendered, or

4. In the case of non-exclusive fora permitting submission to other fora, the defendant either consented in writing to the jurisdiction of the judicial or other adjudicatory authority that rendered the judgment or, despite making an appearance, failed to submit a timely challenge to the jurisdiction of that authority.

B. In an action involving rights relating to tangible movable property, either of the following bases shall be satisfied:

1. The property was located, at the time the action was initiated, in the territory of the State Party in which the judgment was rendered, or

2. Any of the bases provided for in section A of this article is satisfied.

C. In an action involving property rights relating to immovable property, the property was located, at the time the action was initiated, in the territory of the State Party in which the judgment was rendered.

D. In an action arising from an international business contract, the parties agreed in writing to submit to the jurisdiction of the State Party in which the judgment was rendered, provided that such jurisdiction was not established in an abusive manner and had a reasonable connection with the subject matter of the action."

"*Article 4*

The extraterritorial validity of the judgment may be denied if the judgment has infringed the exclusive jurisdiction of the State Party in which it is being invoked."

36 The La Paz Convention contains a compatibility clause:

"*Article 8*

The rules contained in this Convention shall not limit any broader provisions contained in bilateral or multilateral conventions among the States Parties regarding jurisdiction in the international sphere or more favourable practices in regard to the extraterritorial validity of foreign judgments."

37 During the first meeting of the Informal Working Group in 2002, the view was submitted that "broader provisions" meant a more complete or progressive convention, covering a wider range of issues.[56] Thus, a Convention dealing with jurisdiction based on exclusive choice of court agreements only might probably not be regarded as a broader one in that sense. However, the wording "*más amplia*" in addition to "broader" can also be translated as "wider" in the sense of "more generous". It seems that the general trend in Inter-American conventions is to preserve the most favourable practices.[57] During the session for the approval of the Convention in the Uruguayan Congress, there was a statement about Article 8 to the effect that "... *the adopted rules are subsidiary rules, in the sense that they are applicable if there do not exist other rules conventional or customary that are broader and* more generous."[58]

38 Thus, the La Paz Convention does not prevent the States Parties to it from joining a Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements which has less rigid form requirements for choice of court agreements and / or is more favourable to the recognition and enforcement of judgments based on a choice of court agreement. This could arise, *e.g.*, in a case where the agreement does not comply with the form requirement of the La Paz Convention ("in writing") but with a form requirement of the future Hague Convention, for example where it has been concluded by electronic means of communication. With regard to form, the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements is slightly more generous than the La Paz Convention.

39 As to substantive validity, it remains to be seen whether the future Convention on Exclusive Choice of Court Agreements will contain any requirements or leave this aspect to internal law. The La Paz Convention requires for the purposes of recognition and enforcement that the jurisdiction of a court designated in a choice of court clause "*was not established in an abusive manner and had a reasonable connection with the subject matter of the action*". Article 23(1) as proposed by the Drafting Committee in Preliminary Document No 28[59] leaves existing treaty rules in place. Where a party is resident, or the chosen court is situated, in a "Hague State" in which the La Paz Convention does not apply, the Hague Convention prevails under Article 23(2). However, paragraph 3 allows States Parties to both instruments in such a situation to comply with the other, older treaty obligation if applying the "Hague rules" would be incompatible with these older rules. Therefore no conflict should arise between the two instruments.

VI. MERCOSUR

40 Under Article 1 of the Treaty of Asunción the States Parties to the Mercosur committed themselves to harmonise their legislation in the pertinent areas. Based upon this provision the Mercosur States are building a framework of private international law protocols to the Treaty of Asunción. All Mercosur Members (Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay) are Members of the Hague Conference on Private International Law.[60]

41 The following private international law instruments of Mercosur are likely to overlap with a Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements:

[56] See above, Prel. Doc. No 20 of November 2005 (*supra* note 2).

[57] See D.P. Fernandez Arroyo, *Curso* (*supra* note 16), p. 181.

[58] See *República Oriental del Uruguay, Diario de Sesiones, Cámara de Representantes, 38a sesión, (Extraordinaria)*, 30 July 2002, p. 71, available at <www.parlamento.gub.uy/sesiones/pdfs/camara/20020730d0038.pdf>. Emphasis added.

[59] *Supra* note 4.

[60] Both the Treaties of Montevideo and the Mercosur respond to the South American integration attempts. Indeed the Treaties of Montevideo are widely used between Argentina, Paraguay and Uruguay, which are also Members of the Mercosur.

1. *Le Protocole sur la coopération et l'assistance judiciaires*[61] en matière civile, commerciale, sociale et administrative, Décision No 5/92, Valle de Las Leñas, 27 juin 1992, et Accord complémentaire, Décision No 5/97, Buenos Aires, 19 juin 1997[62]

42 Le Protocole a été signé et ratifié par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay. Selon l'article 3, il est entré en vigueur le 17 ars 1996, 30 ours après le dépôt du deuxième instrument de ratification par le Brésil. En 1997, le Protocole a été complété par un Accord complémentaire, qui est entré en vigueur le 29 avril 2000 pour l'Argentine et le Paraguay. Aucun autre État ne les a encore rejoint.

43 Le Protocole établit un système d'Autorités centrales et prévoit une coopération dans l'obtention d'éléments de preuve et autres questions de procédure. L'Accord complémentaire approuve les formulaires à utiliser aux fins de la coopération et de l'assistance judiciaire. Si le Protocole ne traite pas de compétence directe, sa disposition sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, traduite à partir de la version anglaise, est la suivante :

« *Article 20*

Les jugements et sentences arbitrales visés à l'article précédent ont un effet extraterritorial dans les États parties, s'ils remplissent les conditions suivantes :

[...]

(c) que lesdits jugements et sentences arbitrales émanent d'une autorité judiciaire ou arbitrale compétente conformément à la loi de l'État requis sur la compétence internationale ;

[...]

(f) que les jugements et sentences arbitrales ne soient pas manifestement contraires aux principes de l'ordre public de l'État où la reconnaissance et / ou l'exécution sont recherchées. »

44 Ces dispositions sont quasiment identiques à celles de l'article 2 de la *Convention interaméricaine sur la validité extraterritoriale des jugements et sentences arbitrales étrangers* (Montevideo, 8 mai 1979). Le chevauchement avec une Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for serait donc le même.

45 Selon l'article 33, le Protocole fait partie du Traité d'Asunción. L'article 35 prévoit que le Protocole ne limite pas les dispositions de conventions sur le même objet conclues précédemment par les États parties, dans la mesure où ces dispositions ne sont pas contraires aux dispositions du Protocole. Le Protocole ne comporte aucune clause concernant les rapports avec les traités postérieurs.

2. *Le Protocole de Buenos Aires sur la compétence internationale en matière contractuelle*, Décision No 1/94, Buenos Aires, 5 août 1994[63]

46 Le Protocole de Buenos Aires sur la compétence internationale en matière contractuelle a été signé et ratifié par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay. Il est entré en vigueur le 6 juin 1996 et, selon son article 16, il fait partie intégrante du Traité d'Asunción. Le Protocole de Buenos Aires contient des dispositions sur la compétence directe. De plus, son article 14 l'associe au Protocole de Valle de Las Leñas, introduisant de ce fait les règles de Buenos Aires comme règles de compétence indirecte dans le Protocole de Las Leñas.

« *Article 14*

La compétence internationale, telle qu'elle est régie par l'article 20 du Protocole de Las Leñas sur la coopération et l'assistance judiciaires en matière civile, commerciale, sociale et administrative, sera soumise aux dispositions du présent Protocole. »

47 L'article premier relatif au champ d'application territorial du Protocole occasionnera très probablement un chevauchement avec une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for. Il impose uniquement que l'une des parties ait son domicile ou siège dans un État partie et qu'une clause d'élection de for désigne les juridictions d'un État contractant pour rendre le Protocole applicable. La formulation de la disposition sur le champ d'application est la suivante :

« *Article 1*

Le présent Protocole s'applique à la compétence contentieuse internationale en matière de contrats internationaux civils ou commerciaux conclus entre des personnes de droit privé, physiques ou morales :

a) domiciliées ou ayant leur siège dans un État partie au Traité d'Asunción :

b) lorsqu'une des parties contractantes au moins est domiciliée ou a son siège dans un État partie au Traité d'Asunción et en outre, qu'un accord attributif de compétence a été conclu, conférant une compétence aux juridictions d'un État partie et qu'il y a un lien raisonnable en application des règles du présent Protocole. »

48 Les dispositions sur l'élection de for sont formulées de la manière suivante :

« *Article 4*

Dans les litiges résultant de contrats internationaux civils ou commerciaux, les juridictions de l'État partie dont les parties contractantes sont convenues par écrit seront compétentes, à condition que l'accord n'ait pas été obtenu de manière abusive.

La prorogation de compétence en faveur de tribunaux d'arbitrage peut également être convenue.

[61] La traduction anglaise a été tirée de M.H. Ferrari, *The Mercosur Codes*, London, 2000, p. 309. « *Jurisdictional* » est l'expression utilisée par elle mais il semble que, parmi les significations différentes de l'expression « *jurisdiccional* » en espagnol, l'expression appropriée en anglais serait « *judicial* » dans notre contexte. La traduction française réalisée par nos soins le reflète.

[62] *Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa. Decisión No 5/92, firmado en el Valle de Las Leñas, el 27 de junio de 1992 ;* disponible à l'adresse <www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/decisiones/DEC592.HTM>, et *Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa. Decisión No 5/97, firmado en Asunción, el 19 de junio de 1997 ;* disponible à l'adresse <www.mercosur.org.uy>.

[63] *Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual. Decisión 1/94, firmado en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994*, disponible à l'adresse <www.mercosur.org.uy>. La traduction anglaise est tirée de M.H. Ferrari (*supra* note 60), p. 299. La traduction française a été réalisée par nos soins.

1. Protocol of Las Leñas on Jurisdictional[61] *Co-operation and Assistance in Civil, Commercial, Labour and Administrative Matters,* Decision No 5/92, Valle de Las Leñas, 27 June 1992, and Complementary Agreement, Decision No 5/97, Buenos Aires, 19 June 1997[62]

42 The Protocol was signed and ratified by Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay. According to its Article 33, it entered into force on 17 March 1996, thirty days after the deposit of the second instrument of ratification by Brazil. In 1997, the Protocol was supplemented by a Complementary Agreement, which entered into force on 29 April 2000 for Argentina and Paraguay. No further States have joined them yet.

43 The Protocol establishes a system of Central Authorities and provides for co-operation in the taking of evidence and other procedural matters. The Complementary Agreement approves the forms to be used for jurisdictional co-operation and assistance. While the Protocol does not deal with direct jurisdiction, its provision on recognition and enforcement of judgments, translated into English, reads as follows:

"*Article 20*

The judgments and arbitral awards referred to in the previous Article shall have extraterritorial effect in the States Parties provided they meet the following conditions:

(...)

(c) that said judgments and arbitral awards emanate from a competent judicial or arbitral authority in accordance with the law on international jurisdiction in the requested State;

(...)

(f) that the judgments and arbitral awards do not manifestly conflict with the principles of public order of the State where recognition and / or execution is sought."

44 These provisions are almost identical with Article 2 of the *Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards* (Montevideo, 8 May 1979). The overlap with a Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements would therefore be the same.

45 According to Article 33, the Protocol is part of the Treaty of Asunción. Article 35 provides that the Protocol does not restrict provisions of conventions on the same subject matter concluded earlier by the States Parties as far as those provisions are not in contradiction with the provisions of the Protocol. The Protocol does not contain any clause concerning the relationship with later treaties.

2. Protocol of Buenos Aires on International Jurisdiction in Contractual Matters, Decision No 1/94, Buenos Aires, 5 August 1994[63]

46 The Buenos Aires Protocol on International Jurisdiction in Contractual Matters was signed and ratified by Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay. It entered into force on 6 June 1996 and is, according to its Article 16, an integral part of the Treaty of Asunción. The Buenos Aires Protocol contains rules on direct jurisdiction. Moreover, its Article 14 links it to the Valle de Las Leñas Protocol, thereby introducing the Buenos Aires rules as rules of indirect jurisdiction into the Las Leñas Protocol:

"*Article 14*

International jurisdiction as governed by Article 20 of the Protocol of Las Leñas on Jurisdictional Co-operation and Assistance in Civil, Commercial, Labour and Administrative Matters, shall be subject to the provisions of this Protocol."

47 Article 1, the rule on the Protocol's territorial scope of application, is very likely to provoke an overlap with a future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. It only requires one of the parties to have his or her domicile or seat in a State Party and a choice of court clause designating the courts of a Contracting State, in order to make the Protocol applicable. The provision on scope reads as follows:

"*Article 1*

This Protocol shall apply to international contentious jurisdiction in international civil or commercial contracts concluded between private persons, either natural or legal persons:

a) domiciled or having their seat in any State Party to the Treaty of Asunción;

b) where at least one of the contracting parties is domiciled or has its seat in a State Party to the Treaty of Asunción and, additionally, an agreement on choice of jurisdiction has been concluded conferring jurisdiction on the courts of a State Party and there is a reasonable connection pursuant to the rules of this Protocol."

48 The choice of court provisions read in English as follows:

"*Article 4*

In disputes arising out of civil or commercial international contracts the courts of the State Party to which the contracting parties have agreed in writing shall have jurisdiction, provided that the agreement has not been obtained wrongfully.

Prorogation of jurisdiction in favour of arbitral tribunals may also be agreed.

[61] The translation into English was taken from M.H. Ferrari, *The Mercosur Codes*, London, 2000, p. 309. "Jurisdictional" is the expression used by her, but it appears that out of the several meanings of the Spanish expression "*jurisdiccional*", the proper English term would be "judicial" in our context. Our French translation reflects this.

[62] *Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa. Decisión No 5/92, firmado en el Valle de Las Leñas, el 27 de junio de 1992*; available at <www.mercosur.org.uy>, and *Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión No 5/97. firmado en Asunción, el 19 de junio de 1997*; available at <www.mercosur.org.uy>.

[63] *Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual. Decisión 1/94, firmado en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994*, available at <www.mercosur.org.uy>. The translation into English was taken from Ferrari (*supra* note 61) p. 299. The French translation is by the Permanent Bureau.

Article 5

L'accord relatif à l'élection de for peut être conclu au moment de la conclusion du contrat, ou pendant ou après la survenance d'un litige.

La validité et l'effet de l'accord d'élection de for seront régis par la loi interne de l'État partie qui serait compétent en vertu des dispositions du Protocole.

Dans tous les cas, la loi la plus favorable à la validité du contrat sera appliquée.

Article 6

Que la compétence ait été convenue ou non, elle sera réputée avoir été prorogée à l'égard de l'État partie dans lequel l'instance a été engagée si le défendeur, après l'engagement de la procédure, accepte cette compétence d'une manière volontaire, affirmative et réelle. »

49 En l'absence d'accord d'élection de for, l'article 7 fournit des règles de compétence subsidiaires : Les tribunaux du lieu d'exécution du contrat, le tribunal du domicile du défendeur ou le tribunal du domicile du demandeur ou de son lieu principal d'activité (à condition que le demandeur démontre qu'il a rempli ses obligations) seront compétents, à la discrétion du demandeur.

50 Le Protocole ne comporte aucune disposition sur les rapports avec d'autres instruments hormis les articles 14 et 16 mentionnés ci-dessus.

51 Il établit une norme autonome de forme (« par écrit »). À cet égard, l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for est actuellement plus généreux que le Protocole. Une affaire dans laquelle l'accord n'est pas conforme à l'exigence de forme du Protocole de Buenos Aires (« par écrit ») mais à une exigence de forme de la future Convention de La Haye pourrait donc survenir, notamment quand il a été conclu par voie électronique. Il n'est pas évident de savoir si la règle de *favor validitatis* contenue à l'article 5(3) du Protocole de Buenos Aires concerne également la forme, ou si elle est limitée à la seule validité matérielle. Si la formulation (« validité ») semble recouvrir les deux, l'emplacement de la règle de l'article 5 (qui traite de la validité matérielle, alors que la forme relève de l'art. 4) semble indiquer qu'elle est limitée à la validité matérielle. Le contexte général favorisant l'autonomie des parties et la validité des clauses d'élection de for plaide cependant en faveur de l'extension de la règle de *favor validitatis* à la forme. Dans ce cas, les exigences de forme plus généreuses de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for seraient conformes au Protocole de Buenos Aires.

52 En ce qui concerne la validité matérielle, il reste à voir si la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for comporte des exigences ou laissera cet aspect relever du droit interne. Le Protocole de Buenos Aires exige que la compétence d'une juridiction désignée par une clause d'élection de for n'ait pas été obtenue de manière abusive. Pour le restant, la validité (matérielle) d'une clause d'élection de for est régie par la loi de l'État « *qui serait compétent selon les dispositions de ce Protocole* », complétée par une règle accessoire de *favor validitatis* ne visant aucun droit en particulier. Cela pourrait être interprété comme couvrant également la future Convention de La Haye si elle s'appliquait à un État partie au Protocole de Buenos Aires. Un accord d'élection de for nul en vertu du Protocole de Buenos Aires mais valide en vertu de la Convention de La Haye serait reconnu en vertu du Protocole de Buenos Aires par le biais de la règle de *favor validitatis*. Lorsqu'un accord d'élection de for est nul en vertu de la Convention de La Haye mais valide en vertu du Protocole de Buenos Aires, l'article 23(1) tel que proposé par le Comité de rédaction dans le Document préliminaire No 28[64] ne touche pas aux règles conventionnelles existantes. Lorsqu'une partie réside, ou que le tribunal élu est situé, dans un État « de La Haye » auquel le Protocole de Buenos Aires ne s'applique pas, la Convention de La Haye prévaut en vertu de l'article 23(2). Dans une telle situation, le paragraphe 3 permet aux États parties aux deux instruments de se conformer à l'autre obligation née du traité antérieur si l'application des « règles de La Haye » se révèle incompatible avec ces règles plus anciennes. Aucun conflit ne devrait en conséquence survenir entre les deux instruments.

3. *L'Accord sur le transport multimodal entre les États parties au Mercosur*, Décision No 15/94, Ouro Preto, 17 décembre 1994[65]

53 Cet accord traite du transport de marchandises par deux ou plusieurs moyens de transport différents. Il est entré en vigueur le 30 décembre 1994 entre l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay. L'Accord lui-même ne traite pas de la compétence, mais en annexe II, « Règlement des Conflits », des règles de compétence sont établies. L'annexe dispose également qu'il ne sera valable que jusqu'à ce que le Protocole sur la compétence en matière de transports entre en vigueur[66].

54 Cette annexe, selon notre lecture, chevaucherait une convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for et limiterait l'autonomie des parties.

55 Les articles de l'annexe sont formulés de la manière suivante :

« *Article 1*

À la discrétion du demandeur ou de la personne agissant pour son compte, la compétence pour connaître des instances concernant le transport multimodal de marchandises en application du présent Accord appartiendra à la juridiction correspondant au siège du lieu principal d'exploitation du défendeur ou de son mandataire ou représentant prenant part à l'opération de transport multimodal, ou du lieu de remise des marchandises ou de remise prévue des marchandises.

« *Article 2*

Les parties pourront convenir par écrit, après la survenance des faits, que tout différend relatif au contrat de transport multimodal sera soumis à l'arbitrage selon des règles établies par les parties.

Les procédures d'arbitrage ainsi établies devront appliquer les dispositions du présent Accord.

Les instances seront engagées auprès du tribunal arbitral compétent en application du présent article, et le tribunal sera tenu d'appliquer les dispositions du présent Accord. »

56 Ces dispositions traitent d'une matière particulière (transport multimodal) et non de règles générales de compétence et / ou de reconnaissance et d'exécution des juge-

[64] *Supra* note 4.

[65] *Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional entre los Estados Partes del Mercosur. Decisión No 15/94, firmado en Ouro Preto el 17 de diciembre de 1994*, disponible à l'adresse <www.mercosur.org.uy>. Pour l'entrée en vigueur, voir <http://www.mercosur.org.uy>. La traduction a été réalisée par nos soins. Notre traduction en anglais a servi de base pour la traduction en français.

[66] C'est là la seule disposition sur les rapports avec d'autres instruments dans ce Protocole. Voir de plus *infra*, para. 5.

Article 5

The agreement on choice of jurisdiction may be entered into at the time the contract is concluded, or during or after a dispute has arisen.

The validity and effect of the agreement on choice of jurisdiction shall be governed by the national law of the State Party which would have jurisdiction pursuant to the provisions of this Protocol.

In any case, the law most favourable to the validity of the contract shall be applied.

Article 6

Whether or not jurisdiction has been agreed, it shall be deemed prorogated to the State Party where the action is brought if the defendant, after proceedings have been instituted, voluntarily, positively and actually accepts such jurisdiction."

49 In the absence of a choice of court agreement, Article 7 provides subsidiary rules of jurisdiction: At the option of the plaintiff, the courts of the place where the contract is performed, the court of the defendant's domicile or the court of the plaintiff's domicile or principal place of business (provided that the plaintiff demonstrates that he has fulfilled his obligations) have jurisdiction.

50 The Protocol does not contain any provision on the relationship with other instruments except for Articles 14 and 16 mentioned above.

51 It establishes an autonomous form standard ("in writing"). In this respect, the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements is currently more generous than the Protocol. Therefore, a case could arise where the agreement does not comply with the form requirement of the Buenos Aires Protocol ("in writing") but with a form requirement of the future Hague Convention, in particular if it has been concluded by electronic means of communication. It is not obvious whether the *favor validitatis* rule in Article 5(3) of the Buenos Aires Protocol also extends to form, or whether it is limited to the substantive validity aspect. While the wording ("validity") seems to cover both, the location of the rule in Article 5 (which deals with substantive validity, while form is dealt with in Article 4) seems to suggest that it is limited to substance. The general context of favouring party autonomy and the validity of choice of court clauses, however, pleads in favour of extending the *favor validitatis* rule to form. In that case, the more generous form requirement in the Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements would be in line with the Buenos Aires Protocol.

52 With regard to substantive validity, it remains to be seen whether the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements will contain any requirements or leave this aspect to internal law. The Buenos Aires Protocol requires that the jurisdiction of a court designated in a choice of court clause has not been obtained wrongfully. For the rest, the (substantive) validity of a choice of court clause is governed by the law of the State "*which would have jurisdiction pursuant to the provisions of this Protocol*", supplemented by a subsidiary *favor validitatis* rule that does not specify any particular law. So it could be read as covering also the future Hague Convention where it applies in a State Party to the Buenos Aires Protocol. A choice of court agreement invalid under the Buenos Aires Protocol but valid under the Hague Convention would be recognised under the Buenos Aires Protocol through the *favor validitatis* rule. Where a choice of court agreement is invalid under the Hague Convention but valid under the Buenos Aires Protocol, Article 23(1) as proposed by the Drafting Committee in Preliminary Document No 28[64] leaves existing treaty rules in place. Where a party is resident in a "Hague State", or the chosen court is situated, in a "Hague State" in which the Buenos Aires Protocol does not apply, the Hague Convention prevails under Article 23(2). However, paragraph 3 allows States Parties to both instruments in such a situation to comply with the other, older treaty obligation if applying the Hague rules would be incompatible with these older rules. Therefore no conflict should arise between the two instruments.

3. *Agreement on Multimodal Transport between the States Parties to the Mercosur,* Decision No 15/94, Ouro Preto, 17 December 1994[65]

53 This Agreement deals with transportation of goods by two or more different means of transportation. It entered into force on 30 December 1994 between Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay. The Agreement itself does not deal with jurisdiction, however in Annex II, "Conflicts Resolution", jurisdiction rules are established. The Annex also provides that it will be valid only until the moment that the Protocol on Jurisdiction in Transport Matters comes into force.[66]

54 This Annex would, in our reading, overlap with a Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and restrict the autonomy of the parties.

55 The Articles of the Annex read as follows:

"*Article 1*

At the discretion of the plaintiff or of the person acting on his behalf, jurisdiction to hear the actions related to the multimodal transport of goods under this Agreement shall lie with the court corresponding to the domicile of the main place of business of the defendant or its agent or representative taking part in the operation of multimodal transport or, of the place of surrender of the goods or where the goods were supposed to be surrendered.

Article 2

The parties may agree in writing after the events have taken place, that every controversy related to the contract of multimodal transport be submitted to arbitration under rules established by the parties.

Arbitration procedures set up in this way must apply the provisions of this Agreement.

The legal actions shall be filed in the arbitration tribunal competent under this Article, the tribunal will be obliged to apply the provisions of this Agreement."

56 These provisions deal with a specific subject matter (multimodal transport) and not with general rules on jurisdiction and / or recognition and enforcement of judgments in

[64] *Supra* note 4.

[65] *Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional entre los Estados Partes del Mercosur. Decisión No 15/94, firmado en Ouro Preto el 17 de diciembre de 1994*, available at <www.mercosur.org.uy>. For the entry into force, see <http://www.mercosur.org.uy>. The translation is by the Permanent Bureau. The text translated into English has served as a basis for the translation into French.

[66] That is the only provision on the relationship with other instruments in this Protocol. See further *infra* under 5.

ments en matière civile ou commerciale. On ne sait pas avec certitude si l'autonomie des parties de s'écarter de l'article 1 est limitée au choix de la voie de l'arbitrage par l'article 2. Cependant, l'article 23(1) tel que proposé par le Comité de rédaction dans le Document préliminaire No 28[67] ne touche pas aux règles conventionnelles existantes. Lorsqu'une partie réside, ou que le tribunal élu est situé, dans un « État de La Haye » auquel l'accord de Ouro Preto ne s'applique pas, la Convention de La Haye prévaut en vertu de l'article 23(2). Dans une telle situation, le paragraphe 3 permet aux États parties aux deux instruments de se conformer à l'autre obligation née du traité antérieur si l'application des « règles de La Haye » se révèle incompatible avec ces règles plus anciennes. Aucun conflit ne devrait en conséquence survenir entre les deux instruments. De plus, l'article 23(5) traite explicitement des instruments portant sur des matières spécifiques et les laisse prévaloir sur la Convention de La Haye. Cependant, ce paragraphe ne sera peut-être plus nécessaire, à la lumière des résultats déjà atteints par les paragraphes 1 à 3.

4. *Le Protocole de Santa María sur la compétence internationale en matière de relations de consommation*, Décision No 10/96, Fortaleza, 17 décembre 1996[68]

57 Le Protocole de Santa María n'est pas encore entré en vigueur. Il a été signé à Fortaleza le 17 décembre 1996. Selon son article 15, le Protocole entrera en vigueur pour les deux premiers États ratifiant, 30 jours après le dépôt du deuxième instrument de ratification. Pour les autres États, le Protocole entrera en vigueur 30 jours après le dépôt de l'instrument de ratification respectif.

58 Ce Protocole prévoit l'application aux relations de consommation dans lesquelles une partie au moins est un consommateur[69]. Son champ d'application est limité au territoire des États membres du Mercosur et défini comme suit :

« *Article 2 – Champ d'application territorial*

Le Protocole s'applique aux relations de consommation entre les commerçants et les consommateurs :

a) domiciliés dans différents États parties au Traité d'Asunción ;

b) domiciliés dans un même État partie lorsque la prestation caractéristique de la relation de consommation se déroule dans un autre État partie. »

59 Le Protocole est susceptible de chevaucher une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for. Le principal point de chevauchement tient à un protocole annexe qui définit le consommateur de telle sorte que dans certains cas, une entreprise pourra également être considérée comme un consommateur en vertu du Protocole, alors qu'elle ne le serait pas selon une Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for. Les définitions sont les suivantes :

« *a) Consommateur. Toute personne physique ou morale acquérant ou utilisant des produits ou services, en qualité d'utilisateur final, dans une relation de consommation ou en rapport avec celle-ci. Les autres personnes exposées aux relations consommateur-fournisseur, qu'elles soient déterminables ou non, sont considérées comme des consommateurs. N'est pas considéré comme consommateur ou utilisateur celui qui, sans être utilisateur final, acquiert, stocke, utilise ou consomme des produits ou services en vue de leur intégration à un processus de production, transformation, commercialisation ou utilisation par des tiers.*

b) Fournisseur. Toute personne physique ou morale, de droit public ou privé, nationale ou étrangère, ainsi que les agents dépersonnalisés des États parties dont la résidence est prévue dans leur ordre juridique, réalisant à titre professionnel des activités de production, assemblage, création suivie d'exécution, construction, transformation, importation, distribution et commercialisation de produits et services dans une relation consommateur-fournisseur.

c) Relation de consommation. Le lien établi entre le fournisseur qui, afin d'obtenir un bénéfice, fournit un produit ou service, et celui qui l'acquiert ou l'utilise en qualité de dernier destinataire.

[...]. »

60 Par conséquent, lorsqu'une personne morale achète des biens en qualité d'utilisateur final, elle relèverait de la définition du « consommateur » selon le Protocole de Santa María (et entrerait donc dans le champ d'application du Protocole). Parallèlement, l'entreprise **ne serait pas** couverte par la définition du « consommateur » de l'article 2(1) *a)* de l'avant-projet de Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for (et serait donc inclus dans le champ d'application de celui-ci, car la disposition sur les consommateurs est une règle excluant les contrats de consommation du champ d'application).

61 Lorsqu'une personne physique achète des marchandises en vue de leur utilisation au travail, la règle d'exclusion de La Haye ne serait pas applicable parce que l'achat n'est pas réalisé « dans un but personnel, familial ou domestique ». La Convention de La Haye serait donc applicable. Il est probable que le Protocole de Santa María s'appliquerait également parce que la personne serait « l'utilisateur final », et que le but (professionnel ou personnel) est indifférent. Dans ces deux cas, les deux instruments seraient donc applicables.

62 Le Protocole de Santa María comporte les règles de compétence suivantes :

« *Article 4 – Règle générale*

1. La compétence internationale pour les réclamations déposées par le consommateur, si elles concernent des relations de consommation, appartiendra aux juges ou juridictions de l'État du domicile du consommateur.

2. Le fournisseur de biens ou services pourra poursuivre le consommateur devant le juge ou la juridiction du domicile de celui-ci. »

63 Alternativement, l'article 5 accorde au consommateur (et pas à l'autre partie) le choix[70] de saisir les juridictions de l'État de conclusion du contrat, de remise des marchandises ou d'exécution des services, ou l'État du domicile du défendeur. Si le défendeur est domicilié dans un État contractant et dispose, dans un autre État contractant, d'une succursale, filiale, agence ou autre établissement par l'intermédiaire duquel il a réalisé les opérations donnant lieu au litige, le

[67] *Supra* note 4.
[68] *Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo. Decisión No 10/96, firmado en Fortaleza el 17 de diciembre de 1996*, disponible à l'adresse <www.mercosur.org.uy>. Les traductions ont été effectuées par nos soins.
[69] Art. 1.

[70] L'art. 5 précise qu'il s'agit d'une exception, et que le consommateur doit démontrer son intention de faire appel à cette compétence supplémentaire d'une manière claire et expresse au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance. Par conséquent, bien que le Protocole n'interdise pas expressément les accords d'élection de for conclus avant la survenance du litige, on doit supposer que l'intention est bien d'exclure tous les autres chefs de compétence qui ne sont pas établis ou autorisés par le Protocole.

La future convention et les instruments américains

civil or commercial matters. It is not quite clear whether party autonomy to deviate from Article 1 is limited to a choice of arbitration by Article 2. However, Article 23(1) as proposed by the Drafting Committee in Preliminary Document No 28[67] leaves existing treaty rules in place. Where a party is resident, or the chosen court is situated, in a "Hague State" in which the Ouro Preto Agreement does not apply, the Hague Convention prevails under Article 23(2). However, paragraph 3 allows States Parties to both instruments in such a situation to comply with the other, older treaty obligation if applying the "Hague rules" would be incompatible with these older rules. Therefore no conflict should arise between the two instruments. Moreover, Article 23(5) explicitly deals with instruments on specific subject matters and lets them prevail over the Hague Convention. However, this paragraph may no longer be necessary in light of the results already achieved by paragraphs 1-3.

4. Santa María Protocol on International Jurisdiction in Matters of Consumer Relations, Decision No 10/96, Fortaleza, 17 December 1996[68]

57 The Santa María Protocol has not yet entered into force. It was signed in Fortaleza on 17 December 1996. According to its Article 15, the Protocol will enter into force for the first two ratifying States, thirty days after the deposit of the second instrument of ratification. For the remaining States, the Protocol will enter into force thirty days after the deposit of the respective instrument of ratification.

58 This Protocol provides for application over consumer relations in which at least one party is a consumer.[69] Its territorial scope is restricted to the territory of the Mercosur Member States and defined as follows:

"*Article 2 – Territorial scope*

The Protocol shall apply to consumer relationships between sellers and consumers:

a) domiciled in different State Parties to the Treaty of Asunción;

b) domiciled in the same State Party if the characteristic obligation of the consumer relationship is to be performed in another State Party."

59 The Protocol may overlap with a future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. The major point of overlap lies in an Annex Protocol which defines the consumer in such a way that, in some cases, also a business may be considered as a consumer under the Protocol while under a Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements it is not. The definitions read as follows:

"*a) Consumer. Is every natural or legal person acquiring or using products or services as a final user in a consumer relationship or in connection to it. Other persons exposed to the consumer-provider relationships, whether they are determinable or not, are equated to consumers.*

Is not considered a consumer or user who, without being a final user, acquires, stores, uses or consumes products or services for their incorporation in the production processes, transformation, commercialisation or use by third parties.

b) Provider. Is every natural or legal person, public or private, national or foreign, as well as the depersonalised agents of the States Parties whose residence is provided for in their legal order, that carry out in a professional manner activities of production, assembling, creation followed by execution, building, transformation, importation, distribution and commercialisation of products and services in a consumer-provider relationship.

c) Consumer Relationship. Is the link established between the provider who, in order to obtain a profit, provides a product or service, and the one who acquires or uses it as the final recipient.

(...)"

60 Consequently, where a legal person buys goods as a final user, it would be covered by the definition of "consumer" under the Santa María Protocol (and therefore covered by the scope of the Protocol). At the same time, the business would ***not*** be covered by the definition of "consumer" under Article 2(1) *a)* of the preliminary draft Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements (and therefore be covered by the scope of the latter Convention, because the consumer provision is a rule which excludes consumer contracts from scope).

61 Where a natural person buys goods to be used by him or herself at work, the Hague exclusion rule would not apply because the purchase is not for "personal, family or household purposes". The Hague Convention would therefore be applicable. Probably the Santa María Protocol would equally apply because the person would be the "final user", and the purpose (business or private) is irrelevant. Therefore, in these two cases both instruments would apply.

62 The Santa María Protocol contains the following jurisdiction rules:

"*Article 4 – General Rule*

1. International jurisdiction in claims filed by the consumer, if they relate to consumer relationships, shall be vested in the judges or courts of the State in which the consumer is domiciled.

2. The provider of goods or services may sue the consumer before the judge or court of his / her domicile."

63 Alternatively, Article 5 gives the consumer (not the other party) the choice[70] to seise the courts of the State where the contract was concluded, where the goods or services were delivered or performed, or the State where the defendant is domiciled. Where a defendant is domiciled in one Contracting State and maintains a branch, subsidiary, agency or other establishment in another Contracting State through which he or she carried out the operations which generated the dispute,

[67] *Supra* note 4.
[68] *Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo. Decisión No 10/96, firmado en Fortaleza el 17 de diciembre de 1996,* available at <www.mercosur.org.uy>. Translations by the Permanent Bureau.
[69] Article 1.
[70] Article 5 states that this is an exception, and that the consumer has to demonstrate his will to avail himself of this additional jurisdiction clearly and expressly at the moment that the claim is filed. Consequently, although the Protocol does not expressly prohibit choice of court agreements concluded before the dispute arises, one must assume that the intention is indeed to exclude all other bases of jurisdiction not established or permitted by the Protocol.

demandeur pourra également saisir les juridictions de l'un ou l'autre de ces deux États (art. 6). Dans le cas d'instances engagées à l'encontre de plusieurs défendeurs et portant sur le même objet, les juridictions de l'État du domicile de l'un quelconque des défendeurs sont compétentes (art. 7). En outre, si une demande reconventionnelle est fondée sur des actes ou omissions servant de fondement à la demande principale, la juridiction compétente pour connaître de la demande principale est également compétente pour connaître de la demande reconventionnelle en vertu de l'article 8.

64 L'article 12 associe le Protocole de Santa María avec le Protocole de Valle de Las Leñas sur la reconnaissance et l'exécution :

« *Article 12 – Compétence indirecte*

L'exigence de la compétence internationale pour l'efficacité extraterritoriale des décisions, établie à l'article 20, lettre c), du Protocole sur la coopération et l'assistance judiciaires en matière civile, commerciale, sociale et administrative, est satisfaite si la décision émane d'un organe ayant une compétence internationale, conformément aux règles établies par le présent Protocole. »

65 Le Protocole de Santa María ne semble pas permettre de dérogations à ses dispositions par le droit interne. La question de savoir si des dérogations figurant dans d'autres instruments internationaux plus récents pourraient être admises est une question du droit international des traités. Il semble que comme pour les autres instruments discutés, la proposition d'article 23 fournit une solution satisfaisante en ce qui concerne la faible possibilité de chevauchement et de conflit.

5. *L'Accord relatif à la compétence en matière des contrats sur le transport international des marchandises entre les États parties au Mercosur*, Décision No 11/02, Buenos Aires, 5 juillet 2002[71]

66 L'Accord relatif à la compétence en matière de contrats sur le transport international de marchandises, signé à Buenos Aires le 5 décembre 2002, s'applique au transport international (terrestre ou fluvial) de marchandises effectué entre les territoires des États parties. Cet accord n'est pas encore entré en vigueur. En vertu de son article 9, il entrera en vigueur pour les deux premiers États ratifiant, trente jours après le dépôt du second instrument de ratification. Pour les autres États, le protocole entrera en vigueur trente jours après le dépôt de leurs instruments de ratification respectifs.

67 Les dispositions susceptibles de chevaucher les dispositions de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for sont les suivantes :

« *Article 2 – Compétence*

Pour toutes les procédures judiciaires ayant trait au contrat sur le transport international de marchandises, en vertu de cet accord, le demandeur peut, s'il le souhaite, porter la procédure devant le tribunal de l'État :

a) du domicile du défendeur ;

b) du lieu de conclusion du contrat lorsque le défendeur y a un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire desquelles le contrat a été conclu ;

c) du lieu d'embarquement ou de débarquement ;

d) du lieu de transite où se trouve un représentant du transporteur, aussi appelé le porteur ou le convoyeur, s'il s'agit du défendeur ;

e) de tout autre endroit désigné à cet effet dans le contrat de transport, à condition qu'il se situe dans un État contractant. »

« *Article 4 – Qualités impératives et ordre public*

a) Aucune procédure judiciaire relative au transport de marchandises, en vertu du présent accord, ne peut être entamée dans des lieux différents de ceux présentés à l'article 2.

b) Toute clause de compétence exclusive sera nulle et sans effet, sans préjudice des droits du demandeur de choisir le tribunal du lieu désigné dans le contrat de transport en vertu de la lettre e) de l'article 2.

c) Toute clause du contrat de transport et tout accord conclu avant la survenance des faits litigieux ayant pour objet d'éluder ou d'exclure l'application des dispositions avancées dans cet accord, soit en choisissant la loi applicable, dans la mesure où une compétence peut en être déduite, soit en modifiant les règles de la compétence, sera également nulle et sans effet.

Article 5 – Prorogation « post litem natam »

En dépit de l'article précédent, les parties peuvent être d'accord pour soumettre leur différend à une autre juridiction, soit judiciaire ou d'arbitrage, après que les faits litigieux se soient produits. »

68 Dans le cas où le transport international de marchandises resterait dans le champ d'application de la Convention de La Haye, il semble que pour les autres instruments considérés, la proposition d'article 23 fournit une solution satisfaisante en ce qui concerne la possibilité de chevauchement et de conflit. L'article 23(3) tel que proposé par le Comité de rédaction permet aux États contractants de respecter le caractère obligatoire des articles 2 et 4 de l'Accord de Buenos Aires.

VII. CONCLUSION

69 Les États du continent américain ont une longue et riche tradition d'harmonisation de leur droit international privé. Le tableau, cependant, n'est pas parfaitement limpide. Certains instruments internationaux ne bénéficient pas d'une large adhésion; par exemple, le Traité de Lima de 1878 n'a été ratifié que par le Pérou. Les traités de Montevideo de 1940 s'appliquent à l'Argentine, au Paraguay et à l'Uruguay. Le *Protocole Mercosur de Santa María sur la compétence internationale en matière de relations de consommation* (Fortaleza, 1996) et l'*Accord relatif à la compétence en matière des contrats sur le transport international des marchandises entre les États membres du Mercosur* de 2002 ne sont pas encore entrés en vigueur.

70 D'autres instruments bénéficient d'une plus large adhésion : les traités de Montevideo de 1889 s'appliquent à six États (Argentine, Bolivie, Colombie, Paraguay, Pérou, Uruguay). L'Argentine, le Brésil, le Paraguay, et l'Uruguay sont parties au *Protocole Mercosur sur la coopération et l'assistance judiciaires en matière civile, commerciale, sociale et administrative* (Valle de Las Leñas, 1992), le *Protocole Mercosur sur la compétence internationale en matière contractuelle* (Buenos Aires, 1994) et *l'Accord sur le trans-*

[71] *Acuerdo sobre Jurisdicción en materia de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión No 11/02 del 5 de julio* ; disponible à l'adresse <www.mercosur.org.uy>.

the plaintiff may also seise the courts of either of these two States (Article 6). In case of suits brought against multiple defendants and relating to the same object, the courts of the States of domicile of any of the defendants have jurisdiction (Article 7). Moreover, where a counterclaim is based on acts or omissions that served as a basis for the principal claim, the court having jurisdiction over the principal claim also has jurisdiction over the counterclaim by virtue of Article 8.

64 Article 12 links the Santa María Protocol to the Protocol of Valle de Las Leñas on recognition and enforcement:

"*Article 12 – Indirect jurisdiction*

The requirement of international jurisdiction for the extraterritorial effect of judgments, set forth in Article 20, letter "c" of the Protocol on Jurisdictional Co-operation and Assistance in Civil, Commercial, Labour and Administrative Matters, shall be considered satisfied if the judgment or decision was issued by an organ with international jurisdiction, according to the rules established in this Protocol."

65 The Santa María Protocol does not seem to permit derogations from its provisions under internal law. The question whether derogations contained in other, more recent international instruments would be permitted, is a question of international treaty law. It seems that, as for the other instruments discussed, the proposed Article 23 would provide a satisfactory solution for the small area of possible overlap and conflict.

5. Agreement on Jurisdiction in Matters of Contracts on the International Transport of Goods between the States Parties to Mercosur, Decision No 11/02, Buenos Aires, 5 July 2002[71]

66 The *Agreement on Jurisdiction in Matters of Contracts on the International Transport of Goods*, signed in Buenos Aires on 5 December 2002, applies to the international (ground or fluvial) transport of goods carried out between the territories of the States Parties. The Agreement has not yet entered into force. According to its Article 9, it will enter into force for the first two ratifying States, thirty days after the deposit of the second instrument of ratification. For the remaining States, the Protocol will enter into force thirty days after the deposit of the respective instruments of ratification.

67 The provisions that may overlap with the provisions of the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements are the following:

"*Article 2 – Jurisdiction*

In all judicial proceedings relating to the contract on the international transport of goods according to this Agreement, the plaintiff may, at his choice, institute the proceedings before the tribunals of the State:

a) of the defendant's domicile;

b) of the place where the contract was concluded provided that the defendant has in such place an establishment, branch or agency through which the contract was concluded;

c) of the place of loading or unloading;

d) of the place of transit where a representative of the transporter, also called carrier or conveyor, is located if the latter is the defendant;

e) of any other place designated to that effect in the contract of transport, provided that it is located in a Contracting State."

"*Article 4 – Mandatory character and public policy*

a) No judicial proceedings may be instituted, in relation with the transport of goods by virtue of the present Agreement, in a place different from those set forth in Article 2.

b) Any clauses of exclusive jurisdiction shall be void and without any effect, without prejudice to the plaintiff's right to select the tribunal of the place designated in the contract of transport according to letter e) of Article 2.

c) Any clauses of the contract of transport and the individual agreements concluded before the occurrence of the litigious events that attempt to elude or exclude the application of the provisions set forth in this Agreement, either by selecting the applicable law, as far as jurisdiction is inferred from it, or by modifying the rules on jurisdiction shall also be void and without any effect.

Article 5 – Prorogation "post litem natam"

Notwithstanding the previous Article, the parties may agree to submit their dispute to another jurisdiction, either judicial or arbitral, after the litigious events have occurred."

68 Should the international transport of goods remain within the scope of the Hague Convention, it seems that, as for the other instruments discussed, the proposed Article 23 would provide a satisfactory solution for the area of possible overlap and conflict. Article 23(3) as proposed by the Drafting Committee allows Contracting States to respect the mandatory character of Articles 2 and 4 of the Buenos Aires Agreement.

VII. CONCLUSION

69 The American States have a rich and longstanding tradition of harmonising their private international law. The picture, however, is not all too clear. Some international instruments are not widely adhered to, *e.g.*, the Lima Treaty of 1878 was ratified only by Peru. The Montevideo Treaties of 1940 apply to Argentina, Paraguay and Uruguay. The Mercosur *Santa María Protocol on International Jurisdiction in Matters of Consumer Relations* (Fortaleza 1996) and the *Agreement on Jurisdiction in Matters of Contracts on the International Transport of Goods between the States Parties to Mercosur* of 2002 have not yet entered into force.

70 Other instruments attracted wider adherence: The Montevideo Treaties of 1889 apply to six States (Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Peru, Uruguay). Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay are Parties to the Mercosur *Protocol on Jurisdictional Co-operation and Assistance in Civil, Commercial, Labour and Administrative Matters* (Valle de Las Leñas 1992), the Mercosur *Protocol on International Jurisdiction in Contractual Matters* (Buenos Aires 1994) and the *Agreement on Multimodal Transport between the States Par-*

[71] *Acuerdo sobre Jurisdicción en materia de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión No 11/02 del 5 de julio de 2002*; available at <www.mercosur.org.uy>.

port multimodal entre les États parties au Mercosur (Ouro Preto, 1994). Le Mercosur semble jouer un rôle actif et croissant dans ce domaine. Le Code Bustamante, enfin, s'applique à la Bolivie, au Brésil, au Chili, au Costa Rica, à Cuba, à la République dominicaine, à l'Équateur, à El Salvador, au Guatemala, à Haïti, au Honduras, au Nicaragua, au Panama, au Pérou et au Venezuela, et la *Convention inter-américaine sur la validité extraterritoriale des jugements et sentences arbitrales étrangers* (Montevideo 1979), à l'Argentine, à la Bolivie, au Brésil, à la Colombie, à l'Équateur, au Mexique, au Paraguay, à l'Uruguay et au Venezuela.

71 Il existe un chevauchement entre les instruments internationaux en vigueur en Amérique latine et l'avant-projet de Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for, aux stades tant de la compétence que de la reconnaissance et de l'exécution. Cela nécessite des clauses finales appropriées régissant les rapports entre la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for et d'autres instruments. La plupart des instruments examinés dans la présente Note ne comportant aucune clause particulière de compatibilité, les principes généraux du droit international des traités, tels qu'examinés dans le Document préliminaire No 24[72], régiront leurs rapports avec la future Convention de La Haye.

72 Au stade de la compétence, les traités de Montevideo de 1889 sur le droit civil international, et sur le droit commercial international, les traités de Montevideo sur le droit civil international et le droit commercial international de 1940, et le Protocole additionnel, le Code Bustamante et les protocoles Mercosur de Buenos Aires et d'Ouro Preto de 1994, de Santa María de 1996, et de Buenos Aires de 2002 chevauchent la future Convention de La Haye.

73 Au stade de la reconnaissance et de l'exécution, c'est le cas des traités de Montevideo de 1889 et 1940 sur le droit procédural international, des Conventions interaméricaines de Montevideo de 1979 et de La Paz de 1984, et des protocoles Mercosur de Las Leñas de 1992 et de Buenos Aires de 1994.

74 L'application de l'un des traités examinés dans la présente note ou de la future Convention de La Haye pourra donner lieu à des résultats différents. La question de savoir s'ils seront non seulement différents mais impossibles à concilier, et donc nécessiteront une règle particulière, dépendra du cas d'espèce. Quelques exemples ont été mentionnés dans la présente Note. En ce qui concerne la compétence, il semble que seuls les traités de Montevideo de 1940 de droit international civil et de droit commercial terrestre international par l'intermédiaire du Protocole additionnel, le *Protocole Mercosur de Santa María sur la compétence internationale en matière de relations de consommation* de 1996, et l'*Accord Mercosur relatif à la compétence en matière des contrats sur le transport international de marchandises entre les États parties au Mercosur* considèrent leurs règles de compétence comme étant exclusives et / ou exhaustives, afin qu'elles ne puissent jamais être amendées par les parties, ni remplacées par des règles contenues dans d'autres traités postérieurs.

75 Au stade de la reconnaissance et de l'exécution, la proposition d'article 23(4) autorise la coexistence de la Convention de La Haye avec d'autres instruments sur la reconnaissance et l'exécution. Si la deuxième phrase, qui dispose que le jugement ne sera pas reconnu ou exécuté dans une moindre mesure qu'en vertu de la présente Convention, devait être insérée dans la Convention de La Haye, la non-reconnaissance obligatoire en vertu de l'un des traités examinés dans la présente note resterait possible par le biais des articles 1 à 3 si cela s'avérait nécessaire.

76 Il semble donc que, pour l'ensemble des instruments dont il a été question dans cette note, l'article 23 fournisse une solution satisfaisante en ce qui concerne toute possibilité de chevauchement et de conflit, surtout parce que dans de tels cas, le paragraphe 3 permet aux États contractants de se conformer à leurs obligations issues de traités antérieurs. Même dans ces hypothèses, l'article 23 tel que proposé dans le Document préliminaire No 28 fournit une solution satisfaisante, ainsi que démontré ci-dessus.

[72] *Supra* note 3.

La future convention et les instruments américains

ties to the Mercosur (Ouro Preto 1994). Mercosur seems to be an active and expanding actor in this field. The Bustamante Code, eventually, applies to Bolivia, Brazil, Chile, Costa Rica, Cuba, the Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama, Peru and Venezuela, and the *Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards* (Montevideo, 1979) to Argentina, Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, Mexico, Paraguay, Peru, Uruguay and Venezuela.

71 There is an overlap between international instruments, which are in force in Latin America, and the preliminary draft Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, both at the jurisdiction and recognition and enforcement stage. This creates a need for appropriate final clauses governing the relationship of the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements with other instruments. Since most of the instruments discussed in this paper do not contain any specific compatibility clauses, the general rules of international treaty law, as discussed in Preliminary Document No 24,[72] will govern their relationship with the future Hague Convention.

72 At the jurisdiction stage, the 1889 Montevideo Treaties on International Civil Law and International Commercial Law, the 1940 Montevideo Treaties on International Civil Law and International Commercial Terrestrial Law and the Additional Protocol, the Bustamante Code and the Mercosur Protocols of Buenos Aires 1994, Ouro Preto 1994, Santa María 1996 and Buenos Aires 2002 overlap with the future Hague Convention.

73 At the stage of recognition and enforcement, this is true for the 1889 and 1940 Montevideo Treaties on International Procedural Law, the Inter-American Conventions of Montevideo 1979 and La Paz 1984 and the Mercosur Protocols of Las Leñas 1992 and Buenos Aires 1994.

74 The application of either one of the Treaties discussed in this paper or of the future Hague Convention may lead to different results. Whether they would be not just different but irreconcilable, and therefore require a specific rule, will depend on the particular case. Some examples have been mentioned in the text. As concerns jurisdiction, it seems that only the 1940 Montevideo Treaties on International Civil Law and International Commercial Terrestrial Law, by way of the Additional Protocol, the Mercosur *Santa María Protocol on International Jurisdiction in Matters of Consumer Relations* 1996 and the Mercosur Buenos Aires *Agreement on Jurisdiction in Matters of Contracts on the International Transport of Goods between the States Parties to the Mercosur* consider their jurisdiction rules to be exclusive and / or exhaustive so that they should neither be amended by the parties nor supplemented by rules contained in other, later treaties.

75 At the stage of recognition and enforcement, the proposed Article 23(4) allows coexistence of the Hague Convention with other instruments on recognition and enforcement. Should the second sentence be included into the Hague Convention, which says that the judgment may not be recognised or enforced to a lesser extent than under the Hague Convention, mandatory non-recognition under one of the Treaties discussed in this paper would remain possible by way of Articles 1-3 if so required.

76 It therefore seems that, for all instruments discussed in this paper, the proposed Article 23 would provide a satisfactory solution for any area of overlap and conflict, in particular because paragraph 3 allows Contracting States in such cases to comply with their earlier Treaty obligations. Even in these cases, however, the proposed Article 23 in Preliminary Document No 28 provides a satisfactory solution, as has been demonstrated above.

[72] *Supra* note 3.

Future Convention and American instruments

La future Convention sur les accords exclusifs d'élection de for et l'arbitrage Procédures parallèles et conflits de traités éventuels, notamment avec la CIRDI et la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

PRÉPARÉ PAR ANDREA SCHULZ
PREMIER SECRÉTAIRE

Document préliminaire No 32 de juin 2005

RÉSUMÉ

En 2002 – 2003, la Chambre de Commerce Internationale a effectué une recherche empirique parmi les sociétés adhérentes au sujet des pratiques commerciales concernant l'utilisation des accords d'élection de for. Il a été rapporté qu'il était courant que les parties concluent à la fois un accord d'élection de for et une convention d'arbitrage. En outre, un certain nombre de décisions d'arbitrage ont récemment été rendues en vertu de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (CIRDI), qui a été élaborée sous les auspices de la Banque Mondiale, et qui compte 142 États contractants. Les tribunaux d'arbitrage CIRDI devaient décider s'ils étaient compétents en dépit de la coexistence de la convention d'arbitrage avec un accord d'élection de for.

La présente note examine s'il est nécessaire d'inclure des règles supplémentaires dans la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for, traitant soit du risque de procédures judiciaires et d'arbitrage parallèles au stade de la compétence, soit d'éventuels conflits entre des obligations de reconnaître une sentence arbitrale en vertu de la CIRDI ou de la *Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (ci-après la Convention de New York), et un jugement incompatible rendu par le tribunal élu en vertu de la future Convention de La Haye.

La conclusion est qu'aucune règle supplémentaire n'est nécessaire. Les juridictions d'État aussi bien que les tribunaux d'arbitrage examinent la validité de l'accord d'élection de for et de la convention d'arbitrage, la volonté réelle des parties et la portée des clauses. Dans la plupart des cas le résultat de cet examen est que l'une des clauses n'est pas régulière (par exemple parce qu'elle a été remplacée par l'autre, plus récente), ou qu'il n'est pas satisfait au « critère de triple identité » selon lequel les deux clauses doivent viser les mêmes parties, objet et cause d'action en justice. Dans le contexte de la CIRDI, de surcroît, où la convention d'arbitrage figure couramment dans un traité bilatéral d'investissement (« TBI ») entre deux États, et l'accord d'élection de for figure dans un contrat d'investissement entre un investisseur privé et l'État d'accueil, les tribunaux d'arbitrage sont guidés dans leur interprétation par un certain nombre de clauses-types dans des TBI qui régissent le rapport entre les accords d'élection de for et les conventions d'arbitrage. En dernier lieu, le choix appartient toujours à l'investisseur, et la conclusion d'un accord d'élection de for par l'État d'accueil n'est considérée comme une violation ni de la Convention CIRDI, ni du TBI.

La note examine en détail la jurisprudence d'arbitrage bien documentée rendue en vertu de la CIRDI et certaines rares décisions de juridictions en dehors de la CIRDI à ce sujet, et conclut que le risque de procédures parallèles est assez faible, bien que de telles procédures parallèles ne soient pas entièrement exclues. Il en est toutefois de même des procédures judiciaires parallèles résultant de ce que le tribunal élu en vertu de l'article 5 de l'avant-projet de Convention et un tribunal saisi mais non élu en vertu de l'article 7 peuvent avoir des avis différents au sujet de la validité ou de la portée de l'accord d'élection de for et décider tous deux de connaître de l'affaire. Néanmoins, aucune règle supplémentaire n'a été jugée nécessaire pour traiter cette dernière situation. En ce qui concerne l'arbitrage, la Convention n'en traite pas (art. 2(4)) et l'article 5(2) n'interdit pas à un tribunal de surseoir à statuer ou de se dessaisir en vertu de son droit interne du fait d'une convention d'arbitrage régulière. Cela permet aux États de se conformer à leurs obligations en vertu de la CIRDI et de la Convention de New York de respecter une convention d'arbitrage régulière.

Au stade de la reconnaissance et de l'exécution, le risque de décisions incompatibles est déjà minimisé parce qu'il est assez peu probable qu'il y aura des procédures d'arbitrage et judiciaires parallèles concernant les mêmes parties, objet et cause d'action en justice. En outre, l'article 23 tel que le propose le Comité de rédaction dans le Document préliminaire No 28, et notamment son paragraphe 3, permettrait aux États contractants de se conformer à leur obligation en vertu de la CIRDI ou de la Convention de New York de reconnaître une sentence arbitrale, si la situation exceptionnelle où un jugement en vertu de la Convention de La Haye et une sentence arbitrale incompatible sont présentés à la fois en vue de la reconnaissance et de l'exécution devait survenir.

I. INTRODUCTION*

1 En 2002 – 2003, alors que l'orientation future du projet des jugements était débattue, la Chambre de Commerce Internationale (ICC) a effectué une recherche empirique parmi les sociétés adhérentes. L'objectif était d'obtenir une meilleure connaissance des pratiques commerciales concernant l'utilisation des accords d'élection de for. Lors de la présentation des résultats au Groupe de travail informel sur le projet des jugements, il a été mentionné qu'il était courant d'insérer à la fois un accord d'élection de for et une convention d'arbitrage dans la rédaction d'un contrat. Cette pratique existante soulève certaines questions. La présente note a donc pour objet d'éclairer les questions suivantes:

2 Lorsqu'il existe à la fois un accord d'élection de for et une convention d'arbitrage, est-il nécessaire d'insérer des règles supplémentaires dans le chapitre concernant la compétence de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for afin d'éviter un éventuel conflit?

3 Au stade de la reconnaissance et de l'exécution, peut-il se produire qu'une sentence arbitrale soit contraire à un jugement rendu par le tribunal élu? Est-il nécessaire et possible d'inclure des règles sur ce point dans le chapitre concernant la reconnaissance et l'exécution de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for?

* Le Bureau Permanent souhaite remercier Nicola Timmins, ex-juriste stagiaire, pour l'excellent travail de recherche mené en préparation de ce Rapport.

La future convention et l'arbitrage

The Future Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and Arbitration Parallel proceedings and possible treaty conflicts, in particular with ICSID and the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

PREPARED BY ANDREA SCHULZ
FIRST SECRETARY

Preliminary Document No 32 of June 2005

SUMMARY

In 2002 and 2003 the International Chamber of Commerce carried out an empirical study among member companies concerning business practices relating to choice of court agreements. It was reported that it is common practice for parties to conclude both a choice of court agreement and an arbitration agreement. Moreover, recently a number of arbitral decisions were rendered under the *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* (ICSID) which was elaborated under the auspices of the World Bank and has 142 Contracting States. The ICSID tribunals had to decide whether they had jurisdiction although the arbitration agreement coexisted with a choice of court clause.

This paper examines whether there is a need to include additional rules into the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Clauses, either dealing with the risk of parallel arbitral and court proceedings at the jurisdiction stage, or with possible conflicting obligations to recognise an arbitral award under ICSID or the 1958 New York *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (hereinafter: New York Convention), and an irreconcilable judgment rendered by the chosen court under the future Hague Convention.

The conclusion is that no additional rules are needed. Both State courts and arbitral tribunals closely scrutinise the validity of the choice of court and arbitration agreement, the real will of the parties and the coverage of the clauses. In most cases the result of such scrutiny is that one of the clauses is not valid (*e.g.*, because it has been superseded by the other, more recent one) or that the "triple identity test" of both clauses covering the same parties, object and cause of action is not met. In the context of ICSID, moreover, where often the arbitration agreement is contained in a bilateral investment treaty ("BIT") between two States, and the choice of court agreement is contained in an investment contract between a private investor and the host State, arbitral tribunals are guided in their interpretation by a number of standard clauses in BITs which regulate the relationship between choice of court and arbitration agreements. The ultimate choice always lies with the investor, and it is therefore considered neither a breach of the ICSID Convention nor of the BIT by the host State to conclude a choice of court agreement.

The paper closely examines the well-documented arbitral case law under ICSID and some scarce court decisions outside ICSID on this issue and concludes that the risk of parallel proceedings is rather small, although such parallel proceedings are not completely excluded. This, however, is also the case for parallel court proceedings because the chosen court under Article 5 of the preliminary draft Convention and a court seised but not chosen under Article 7 can have different views concerning the validity or coverage of the choice of court agreement and both decide to hear the case. Nevertheless, no additional rules were considered necessary to deal with the latter situation. As concerns arbitration, the Convention does not deal with it (Article 2(4)), and Article 5(2) does not prevent a court from staying or dismissing the proceedings under its internal law because of a valid arbitration agreement. This allows States to comply with their obligations under ICSID and the New York Convention to respect a valid arbitration agreement.

At the stage of recognition and enforcement, the risk of irreconcilable decisions is already minimised because it is rather unlikely that there will be parallel arbitral and court proceedings covering the same parties, object and cause of action. Moreover, Article 23 as proposed by the Drafting Committee in Preliminary Document No 28, in particular its paragraph 3, would enable Contracting States to comply with their obligation under ICSID or the New York Convention to recognise an arbitral award, should the exceptional situation arise that both a judgment under the Hague Convention and a conflicting arbitral award are presented for recognition and enforcement.

I. INTRODUCTION*

1 In 2002 and 2003, when discussions were taking place about which future direction the Judgments Project should take, the International Chamber of Commerce (ICC) carried out empirical research among member companies. The aim was to gain insight into commercial practices concerning the use of choice of court agreements. During the presentation of the results to the Informal Working Group on the Judgments Project, it was mentioned that it was common practice to include both a choice of court agreement and an arbitration agreement into a contract drafted. This existing practice raises some questions. The purpose of this paper therefore is to shed light on the following issues:

2 Where there exist both a choice of court agreement and an arbitration agreement, is it necessary to insert any additional rules into the Chapter on jurisdiction of the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements in order to avoid a possible conflict?

3 At the stage of recognition and enforcement, could it happen that an arbitral award conflicts with a judgment rendered by the chosen court? Is it necessary and possible to include rules for this into the Chapter on recognition and enforcement of the draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements?

* The Permanent Bureau would like to thank Nicola Timmins, former legal intern, for the very valuable research carried out in preparation of this paper.

A. Questions d'ordre général

4 En général, il arrive également dans des affaires purement internes (qui, au stade de la compétence, échappent au champ d'application de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for) que les parties insèrent à la fois un accord d'élection de for et une convention d'arbitrage dans leur contrat. Néanmoins, la jurisprudence publiée sur la manière de régler une telle situation est assez limitée. L'un des motifs en est qu'il est fréquent que les sentences arbitrales ne soient pas rendues publiques. Mais les décisions judiciaires traitant de la question ne sont pas non plus publiées très fréquemment. Sur le fondement du peu qui a pu être trouvé, on peut cependant conclure que les systèmes juridiques nationaux ont mis au point des mécanismes pour résoudre une telle situation. Les tribunaux examineront normalement en premier lieu si la convention d'arbitrage couvre le litige en cause, et si elle est valable[1]. Dans cette hypothèse, les tribunaux devraient renvoyer à l'arbitrage, respectant ainsi le choix des parties. S'il existe également un accord d'élection de for, la validité de la convention d'arbitrage et l'interprétation de la volonté des parties feront l'objet d'un examen particulièrement approfondi. S'il s'avère que la convention d'arbitrage est nulle ou ne couvre pas les parties ou le litige en cause, le tribunal devrait examiner s'il est compétent ou non, sur la base par exemple de l'accord d'élection de for. Les véritables conflits seront rares parce qu'il est fréquent que l'une seulement des deux clauses soit jugée régulière et / ou recouvrant le litige en cause.

5 Lorsque les deux clauses sont valables et susceptibles à première vue de recouvrir le litige en cause, il semble que les tribunaux cherchent à éviter un conflit éventuel en interprétant la « volonté réelle » des parties. Les tribunaux peuvent examiner de plus près la teneur de l'accord d'élection de for et de la convention d'arbitrage, en tenant compte du fait qu'elles sont distinctes. Dans une affaire anglaise[2], le tribunal était confronté à deux procédures liées engagées par le même demandeur à l'encontre du même défendeur. L'une des instances était engagée devant le tribunal judiciaire. Elle était fondée sur un contrat d'affrètement qui comportait un accord d'élection de for en faveur des tribunaux anglais. L'autre procédure était fondée sur un contrat de transport comportant une clause compromissoire, et était engagée en vertu du Règlement d'arbitrage de l'ICC. Dans la procédure judiciaire concernant le contrat d'affrètement, le défendeur a soulevé des questions concernant le contrat de transport à la fois en défense et à titre reconventionnel. La requête du demandeur pour un sursis à statuer sur la demande reconventionnelle (fondée sur le contrat de transport qui comportait la convention d'arbitrage) jusqu'au règlement du litige concernant le contrat de transport par le tribunal d'arbitrage a été rejetée par le tribunal judiciaire, principalement parce que les parties avaient sciemment et intentionnellement inséré deux clauses distinctes pour le règlement des litiges dans leurs deux contrats, bien que la conclusion et l'exécution de ces deux contrats aient été étroitement liées[3].

6 Il arrive également que les tribunaux trouvent des indications inverses, c'est-à-dire que les litiges sont non seulement liés mais identiques : les parties ne peuvent pas être réputées avoir convenu d'un règlement du même litige devant deux tribunaux différents[4]. Dans ce contexte, il est parfois jugé que des clauses qui se chevauchent doivent être considérées comme de simples alternatives, et que l'exercice de l'une (arbitrage ou compétence judiciaire) interdit nécessairement à la même comme à l'autre partie l'exercice ultérieur de l'autre alternative à l'égard du même litige[5]. Ou le tribunal pourra constater que l'un des accords a été conclu avant l'autre et que le plus récent prime. Il semble donc que la volonté des parties, telles qu'elle est interprétée par les tribunaux, constitue un guide puissant – et normalement suffisant – pour les tribunaux. Et bien qu'il puisse arriver que l'une des parties saisisse le tribunal élu et l'autre partie (voire la même, comme dans l'affaire mentionnée ci-dessus) un tribunal d'arbitrage, cela n'est susceptible de se produire que dans les rares situations où les deux organes de résolution des litiges interprètent les deux clauses comme recouvrant le même objet, et que chaque organe suppose que la clause dont résulte sa compétence prime effectivement sur l'autre clause.

7 L'un des objectifs de la présente note est d'examiner si la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for doit donner aux tribunaux nationaux des indications sur la manière de traiter d'une telle situation dans une affaire internationale. Il semble que cela n'est pas nécessaire parce que les juridictions et tribunaux d'arbitrage sont d'ores et déjà en mesure de traiter la coexistence d'une convention d'arbitrage et d'un accord d'élection de for dans les affaires internes et internationales, et qu'aucun motif pratique ne semble exiger une solution différente à cette question dans la future Convention de La Haye. Les mécanismes mis au point par les tribunaux pour les affaires internes pourraient également être utilisés dans les affaires internationales. À cet égard, l'attention est attirée sur l'article 5, paragraphe 2, de l'avant-projet de Convention qui dispose que « Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe premier ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige ». *A contrario*, on pourrait faire valoir que le tribunal pourrait bien refuser d'exercer une compétence en vertu de son droit interne au motif de l'existence d'une clause compromissoire qui prévaut, si tel est le résultat de l'interprétation de la volonté des parties. Selon son article 2 paragraphe 4, l'avant-projet de Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes. Comme l'indique le Rapport explicatif au paragraphe 57 (Doc. prél. No 26 de décembre 2004), cette disposition a pour objet d'assurer que la présente Convention ne s'immisce pas dans les instruments existants concernant l'arbitrage.

B. Conflits de traités éventuels

8 Une autre question consiste à savoir si un tribunal d'un État partie à la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for pourrait risquer de se trouver néanmoins dans une situation où il aurait la possibilité de se conformer soit à une obligation en vertu de cette Convention soit à une obligation en vertu d'un autre traité dans le domaine de l'arbitrage – au stade de la compétence ou au stade de la reconnaissance et de l'exécution. Cette situation devrait naturellement être évitée. Au stade de la compétence, l'article 5(2) de l'avant-projet de Convention, tel qu'interprété ci-dessus, devrait écarter un conflit de traités si cette interprétation est partagée.

9 La réponse à cette question nécessite quelques observations liminaires concernant l'arbitrage en tant que tel.

[1] Dans une affaire anglaise récente où le tribunal était confronté aux deux types de clause, l'accord d'élection de for a été jugé en définitive ne pas avoir été régulièrement inclus dans le contrat. Voir *Siboti KS* v. *BP France SA* [2003], Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (Cour commerciale) 1278 = [2003] 2 *Lloyd's Report* 364. De même, dans une affaire néerlandaise de 2002, l'accord d'élection de for en faveur d'un tribunal allemand a été jugé irrégulier dans la forme en vertu de l'art. 17 de la *Convention sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968* (dite Convention de Bruxelles ; dernière version mise à jour au JO No C 27 du 26 janvier 1998, p. 1, qui a désormais été en grande partie remplacée par le « Règlement de Bruxelles » (*infra* note 104)). L'accord d'élection de for était en conflit avec une convention d'arbitrage en faveur d'un arbitrage aux Pays-Bas. Un jugement déclaratif selon lequel il n'existait pas de choix régulier d'un tribunal allemand a été demandé aux tribunaux néerlandais avec succès (Hof Leeuwarden, 23 octobre 2002, No 0100223, *Nederlandse Jurisprudentie* 2003, No 289 (p. 2383 et s.)).

[2] *Bulk Oil (Zug) A.G.* v. *Trans-Asiatic Oil Ltd. S.A.* [1973] 1 *Lloyd's Report* 129. Voir également les observations de D. Roughton, « Double trouble, The problem of duplicate proceedings in international arbitration », *Herbert Smith arbitration*, juillet 2002, p. 1.

[3] *Bulk Oil (Zug) A.G.* v. *Trans-Asiatic Oil Ltd. S.A.* (*supra*, note 2), p. 138.

[4] Voir D. Roughton (*supra*, note 2), p. 1 et s.

[5] *Idem*.

A. *General issues*

4 In general, it also happens in purely internal cases (which, at the jurisdiction stage, are outside the scope of the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements) that parties include both a choice of court agreement and an arbitration agreement into their contract. Nevertheless, published case law on how to resolve such a situation is not very frequent. One reason for this is that arbitral awards are often not made public. But court decisions discussing the issue are not published too frequently, either. From the little that can be found, it can however be concluded that national legal systems have developed mechanisms to resolve such a situation. The courts will normally examine in the first place whether the arbitration agreement would cover the dispute at issue and whether it is valid.[1] In that case, courts would normally defer to arbitration, thereby respecting the choice of the parties. If there is also a choice of court agreement, validity of the arbitration agreement and the interpretation of the will of the parties will be examined particularly thoroughly. If the arbitration agreement is found to be invalid or not to cover the parties or the dispute at issue, the court would examine whether it has jurisdiction, *e.g.,* on the basis of the choice of court agreement. Real conflicts will be rare because often, only one of the two clauses is found to be valid and / or to cover the dispute at issue.

5 Where both clauses are valid and could, at first glance, cover the dispute at issue, it seems that courts try to avoid the possible conflict by interpreting what is "the real will" of the parties. Courts might take a closer look at the content of the choice of court and arbitration agreement, taking into account that there are two of them. In an English case[2] the court was faced with two related proceedings brought by the same plaintiff against the same defendant. One of these proceedings was instituted before the court. It was based on a charter party, which contained a choice of court agreement in favour of the English courts. The other set of proceedings was based on a transportation agreement, which contained an arbitration clause, and was instituted under the ICC Arbitration Rules. In the court proceedings relating to the charter party, the defendant raised issues relating to the transportation agreement both by way of defence and as a counterclaim. The plaintiff's request to stay the counterclaim (deriving from the transportation contract which contained the arbitration agreement) until the arbitral tribunal had determined the dispute concerning the transportation agreement was denied by the court, mainly because the parties had knowingly and deliberately included two different dispute resolution clauses into their two contracts, although the conclusion and execution of these two contracts was closely related.[3]

6 Sometimes courts also find indications to the contrary, namely where the disputes are not only related but the same: The parties cannot be taken to have agreed to arbitrate the same dispute before two different tribunals.[4] In this context, it is sometimes held that overlapping clauses should be viewed as mere options, and the exercise of one option (arbitration or jurisdiction) necessarily prevents the same as well as the other party from subsequently making use of the other option concerning the same dispute.[5] Or the court may find that one agreement was concluded earlier and is superseded by the more recent one. It seems, therefore, that the will of the parties, as interpreted by the courts, is a strong – and normally sufficient – guideline for courts. And although it could happen that one party seises the chosen court and the other (or even the same party, as in the case mentioned above) an arbitral tribunal, it is likely to happen only in rare cases that both dispute resolution bodies interpret the two clauses to cover the same subject matter, and each body assumes that the clause conferring jurisdiction on it does prevail over the other clause.

7 One purpose of this paper is to examine whether the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements should give instructions to State courts on how to deal with such a situation in an international case. It seems that there is no such need because already now, courts and arbitral tribunals are normally able to deal with the coexistence of an arbitration agreement with a choice of court agreement in national and international cases, and practical reasons do not seem to require a different solution of this issue in the future Hague Convention. The mechanisms developed by courts for the internal cases could also be used in an international case. In this respect, attention is drawn in particular to Article 5, paragraph 2, of the preliminary draft Convention, which states that: "A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in the court of another State." *E contrario*, it may be argued that the court may well decline jurisdiction under its internal law on the ground that there is a prevailing arbitration clause, if that is the result of the interpretation of the will of the parties. According to its Article 2, paragraph 4, the preliminary draft Convention does not deal with arbitration and proceedings related thereto. As the Explanatory Report (Prel. Doc. No 26 of December 2004) states in paragraph 57, the purpose of this provision is to ensure that the present Convention does not interfere with existing instruments on arbitration.

B. *Possible treaty conflicts*

8 Another question is whether a court of a State Party to the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements might nevertheless be placed in a situation where it could either comply with an obligation under that Convention, or with an obligation under another treaty in the area of arbitration – either at the jurisdiction stage or at the stage of recognition and enforcement. This situation should of course be avoided. At the jurisdiction stage, Article 5(2) of the preliminary draft Convention in the interpretation mentioned above should exclude a treaty conflict if this interpretation is shared.

9 The answer to this question requires some introductory remarks on arbitration as such. Arbitration is private dispute

[1] In a recent English case where the court was faced with both kinds of clauses, the choice of court agreement was ultimately found not to have been validly incorporated into the contract. See *Siboti KS* v. *BP France SA* [2003] England and Wales High Court (Commercial Court) 1278 = [2003] 2 *Lloyd's Report* 364. Similarly, in a 2002 Dutch case, the choice of court clause in favour of a German court was found to be invalid as to form under Article 17 of the *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 27 September 1968 (so-called "Brussels Convention"; latest consolidated version in *O.J.* No C 27 of 26 January 1998, p. 1, which today has been largely superseded by the "Brussels Regulation" (*infra* note 104)). The choice of court agreement in favour of a German court conflicted with an arbitration agreement in favour of Dutch arbitration. The Dutch courts were successfully seised for a declaratory judgment that there was no valid choice of a German forum (Hof Leeuwarden, 23 October 2002, No 0100223, *Nederlandse Jurisprudentie* 2003, No 289 (pp. 2383 *et seq.*)).

[2] *Bulk Oil (Zug) A.G.* v. *Trans-Asiatic Oil Ltd. S.A.* [1973] 1 *Lloyd's Report* 129. See also the comment by D. Roughton, "Double trouble, The problem of duplicate proceedings in international arbitration", *Herbert Smith arbitration*, July 2002, p. 1.

[3] *Bulk Oil (Zug) A.G.* v. *Trans-Asiatic Oil Ltd. S.A.* (*supra* note 2) at p. 138.

[4] See D. Roughton (*supra* note 2), p. 1 *et seq.*

[5] *Idem.*

L'arbitrage est le règlement privé des litiges, par opposition au règlement des litiges par les tribunaux nationaux. On peut le diviser en arbitrage institutionnel et arbitrage *ad hoc*[6]. Le règlement institutionnel est caractérisé par une institution d'arbitrage qui fournit l'arbitrage et apporte un appui logistique. L'institution la plus connue dans ce domaine est la Chambre de Commerce Internationale à Paris qui traite des procédures d'arbitrage, complétée par la « Cour internationale d'arbitrage ». Cette dernière accompagne et appuie les procédures d'arbitrage à toutes les étapes pertinentes, y compris la désignation d'arbitres et l'examen de la sentence arbitrale.

10 L'arbitrage peut en outre être divisé en arbitrages nationaux et internationaux, selon la nationalité des parties[7] ou l'objet du litige[8]. La Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[9], à l'article 1(3), combine ces deux approches. L'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, dans son article premier, se fonde sur la résidence des parties, les relations entre elles et tous les autres éléments pertinents au litige, quel que soit le lieu de situation du tribunal élu. Il semble donc clair qu'il pourrait, selon la définition de l'arbitrage international utilisée par le ou les États concernés, se chevaucher avec les affaires d'arbitrage nationales comme internationales.

11 D'un autre point de vue pertinent à la présente note, quasiment tous les arbitrages, même concernant des parties de nationalités différentes, ou les litiges concernant un objet international sont « nationaux » : Les parties peuvent choisir des règles procédurales d'arbitrage, par exemple de l'ICC ou de la CNUDCI, ou convenir de leurs propres règles *ad hoc,* mais leur autonomie est limitée de deux manières : en cas de choix de règles institutionnelles (par exemple, celles de l'ICC), ces règles déterminent également dans quelle mesure les parties peuvent les modifier. Pour le restant, l'opinion actuellement dominante est que le lieu de l'arbitrage, choisi par les parties, détermine la « nationalité » de l'arbitrage y compris le cadre juridique applicable (d'État) fixant les limites à l'autonomie des parties[10]. Les lois relatives à l'arbitrage de l'État de situation régissent la procédure lorsque les parties n'ont pas choisi de règles différentes ou si la loi de cet État de situation limite ou exclut l'autonomie des parties. Il n'y a que très peu d'exceptions à cette règle qui, en définitive, relie toute procédure d'arbitrage à la loi interne d'un État particulier. L'une de ces exceptions est la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (CIRDI), qui a été élaborée sous les auspices de la Banque Mondiale. Le Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux investissements (également souvent désigné « CIRDI ») a été constitué en vertu de cette Convention. Sa compétence recouvre les différends entre États contractants et investisseurs privés ressortissants d'autres États contractants (art. 25 CIRDI). Un autre exemple d'arbitrage « a-national » est le centre régional de Kuala Lumpur pour l'arbitrage (KLRCA), établi par le Comité consultatif juridique afro-asiatique[11].

12 Il n'est ni possible ni nécessaire d'examiner les lois en matière d'arbitrage de tous les États du monde dans cette note, notamment parce qu'elles ne font que fixer des limites à l'autonomie des parties pour la définition de leurs propres règles d'arbitrage. Le nombre de variantes semble donc presque illimité. La CIRDI apporte cependant des règles conventionnelles réellement internationales et autonomes concernant certaines procédures d'arbitrage, et un corpus important de sentences arbitrales a été publié, dont certaines sentences récentes traitant de la relation entre la compétence des tribunaux des États et la compétence des tribunaux d'arbitrage du CIRDI dans des affaires impliquant à la fois un accord d'élection de for et une convention d'arbitrage CIRDI. La CIRDI et ses rapports avec une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for seront donc examinés de manière plus détaillée dans la présente note. Une autre Convention méritant une attention pour des raisons différentes est la Convention de New York. La présente note examinera la probabilité d'un chevauchement, et si celui-ci pourrait entraîner un conflit de traités devant être résolu.

II. CHEVAUCHEMENT ÉVENTUEL ENTRE CERTAINES CONVENTIONS PARTICULIÈRES RELATIVES À L'ARBITRAGE ET LA FUTURE CONVENTION DE LA HAYE SUR LES ACCORDS EXCLUSIFS D'ÉLECTION DE FOR

A. Compétence et procédures parallèles

1. La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965)[12]

a) Observations liminaires

13 En vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI), le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements a été établi. Il apporte des ressources pour l'arbitrage et la conciliation dans le cadre de différends entre États contractants et investisseurs privés ayant la nationalité d'autres États contractants. Il est rappelé que selon l'article 2(5) de l'avant-projet de Convention, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte d'un État y est partie. En conséquence, dès lors que le différend relatif à l'investissement est de nature civile ou commerciale, il y a chevauchement avec le champ d'application de la CIRDI.

14 Les articles essentiels de la CIRDI comprennent notamment les suivants :

« *Article 25*

(1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant [...] et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement. »

« *Article 26*

Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre

[6] Sur cette distinction et les détails correspondants, voir J.K. Schäfer, « Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit », *Juristische Ausbildung* 2004, p. 153.

[7] C'est la démarche adoptée à l'art. 1(1) *a*) de la Convention européenne (de Genève) sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961, 484 *Nations Unies – Recueil des Traités* 364.

[8] C'est la démarche adoptée par la Cour internationale d'arbitrage de l'ICC et, par ex., par le droit national français ; voir J.K. Schäfer (*supra,* note 6), p. 154.

[9] Disponible à l'adresse <www.uncitral.org>.

[10] C'est également la démarche suivie à l'art. 1(2) de la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Voir en outre J.K Schäfer (*supra,* note 6), p. 157.

[11] Voir Comité consultatif juridique afro-asiatique (dir.), *Report on the Seventeenth Session held in Kuala Lumpur*, 1976, p. 133 ; H. Arfazadeh, « New Perspectives in South East Asia and Delocalised Arbitration in Kuala Lumpur », *Journal of International Arbitration* (1991), No 4, p. 103 et s. ; voir également J.K. Schäfer (*supra,* note 6), p. 156 et s.

[12] Pour le texte de la CIRDI voir <www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>. Au 20 décembre 2004, il y avait 142 États contractants. Pour une liste des États contractants de la CIRDI avec les dates d'entrées en vigueur, voir <www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm> (à la date du 22 mai 2005). Pour les décisions et sentences en ligne voir <www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

settlement, as opposed to dispute resolution by State courts. It can be divided into institutional arbitration and *ad hoc* arbitration.[6] Institutional administration is characterised by an arbitral institution that administers arbitration and provides logistical support. The best known institution in this area is the International Chamber of Commerce in Paris, which administers arbitration proceedings, supplemented by the "International Court of Arbitration". The latter accompanies and supports arbitration proceedings at all relevant stages, including the appointment of arbitrators and the review of the arbitral award.

10 Arbitration can further be divided into national and international arbitration, depending on either the nationality of the parties[7] or the subject matter of the dispute.[8] The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration,[9] in its Article 1(3), combines both approaches. The preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, in its Article 1, relies on the residence of the parties, their relationship and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court. Therefore it seems clear that it could, depending on the definition of international arbitration used by the State(s) concerned, overlap with both national and international arbitration cases.

11 From another perspective relevant for the present paper, almost all arbitration, even if it concerns parties having different nationalities, or disputes concerning an international subject matter, is "national": The parties can choose procedural arbitration rules, *e.g.*, of the ICC or UNCITRAL, or agree on their own *ad hoc* rules, but their autonomy is limited in two ways: Where institutional rules (*e.g.*, those of the ICC) are chosen, these rules also determine to what extent parties may modify them. For the rest, the prevailing opinion today is that the seat of the arbitration, as chosen by the parties, determines the "nationality" of the arbitration including the applicable (State) legal framework setting limits to party autonomy.[10] The arbitration laws of the seat State will govern the proceedings where parties have not chosen different rules or where the law of that seat State restricts or excludes party autonomy. There are only very few exceptions to this rule which, ultimately, links any arbitration proceedings to the internal law of a particular State. One such exception is the *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* (ICSID), which was elaborated under the auspices of the World Bank. Under this Convention, the International Centre for Settlement of Investment Disputes was set up. Its jurisdiction covers disputes between Contracting States and private investors who are nationals of other Contracting States (Article 25 ICSID). Another example of "a-national" arbitration is the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), which was established by the Asian-African Legal Consultative Committee.[11]

12 It is neither possible nor necessary to examine the arbitration laws of all States of the world in this paper, in particular because they only set limits to the autonomy of the parties to define their own arbitration rules. The number of variations therefore seems almost unlimited. ICSID, however, provides truly international, autonomous treaty rules concerning certain arbitral proceedings, and a solid body of arbitral awards has been published – several recent ones among them dealing with the relationship between State courts' jurisdiction and the jurisdiction of ICSID arbitral tribunals in cases where both a choice of court agreement and an ICSID arbitration agreement were involved. Therefore, ICSID and its relation with a future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements will be examined in more detail in this paper. Another Convention deserving attention for different reasons is the New York Convention. This paper will discuss whether there is likely to be an overlap, and whether this could lead to a treaty conflict that has to be resolved.

II. POSSIBLE OVERLAP BETWEEN SOME SPECIFIC CONVENTIONS ON ARBITRATION AND THE FUTURE HAGUE CONVENTION ON EXCLUSIVE CHOICE OF COURT AGREEMENTS

A. Jurisdiction and parallel proceedings

1. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (Washington, 18 March 1965)[12]

a) Introductory remarks

13 Under the *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* (ICSID), the International Centre for Settlement of Investment Disputes was set up. It provides facilities for arbitration and conciliation for disputes between Contracting States and private investors who are nationals of other Contracting States. It is recalled that, according to Article 2(5) of the preliminary draft Convention, proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for a State is a party thereto. Therefore, as long as the investment dispute is of a civil or commercial nature, there would be an overlap with the scope of ICSID.

14 Some key Articles of ICSID read as follows:

"*Article 25*

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (...) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally."

"*Article 26*

Consent of the parties to arbitration shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclu-

[6] See further on this distinction and its details, J.K. Schäfer, "*Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit*", *Juristische Ausbildung* 2004, p. 153 (154).
[7] This is the approach taken by Article 1(1) *a)* of the (Geneva) *European Convention on international commercial arbitration* of 21 April 1961, 484 *UNTS* 364.
[8] This is the approach taken by the ICC Court of Arbitration and, *e.g.*, French national law; see J.K. Schäfer (*supra* note 6), p. 154.
[9] Available at <http://www.uncitral.org>.
[10] This is also the approach chosen by Article 1(2) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. See further J.K. Schäfer (*supra* note 6), p. 157.
[11] See Asian-African Legal Consultative Committee (ed.), *Report of the Seventeenth Session held at Kuala Lumpur*, 1976, p. 133; H. Arfazadeh, "New Perspectives in South East Asia and Delocalised Arbitration in Kuala Lumpur", *Journal of International Arbitration* 8 (1991), No 4, pp. 103 *et seq.*; see also J.K. Schäfer (*supra* note 6), pp. 156 *et seq.*

[12] For the text of ICSID see <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>.
As at 20 December 2004 there are 142 Contracting States. For a list of Contracting States to ICSID with the date of the entry into force see <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm> (last visited 22 May 2005). For online decisions and awards see <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés. »

« *Article 41*

(1) Le Tribunal est juge de sa compétence.

(2) Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal doit être examiné par le Tribunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond. »

15 Dans les situations examinées dans la présente note, il existe normalement au moins trois accords distincts :

1. l'État d'origine de l'investisseur et l'État d'accueil sont parties à la Convention CIRDI ;

2. l'État d'origine de l'investisseur et l'État d'accueil concluent un traité bilatéral d'investissement (« TBI ») ;

3. l'investisseur et l'État d'accueil concluent un contrat d'investissement.

16 La CIRDI fournit un cadre pour l'arbitrage de différends concernant des investissements internationaux privés entre investisseurs privés et États d'accueil. À l'instar de quelques autres traités, tels que la Convention européenne des Droits de l'Homme, elle confère aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir en droit international public à l'encontre d'un État[13]. Cependant, la CIRDI elle-même *n'impose* pas aux États parties à la CIRDI de permettre le règlement de tels différends par voie d'arbitrage ; la constitution du Centre est une simple proposition à ceux (États d'accueil et investisseurs) qui souhaitent en faire usage. Le recours à l'arbitrage CIRDI est entièrement facultatif, et l'investisseur étranger est libre de renoncer au droit à l'arbitrage CIRDI, par exemple, en concluant un accord d'élection de for dans le contrat d'investissement[14]. Cependant, une fois que les parties ont consenti à l'arbitrage en vertu de la Convention de Washington, aucune d'elles ne peut retirer son consentement de manière unilatérale (art. 25(1) CIRDI)[15].

17 Un certain nombre de décisions rendues par des tribunaux d'arbitrage CIRDI ont récemment été publiées traitant de la coexistence de clauses compromissoires et d'accords d'élection de for. Les paragraphes suivants examineront tout d'abord les décisions CIRDI afin d'identifier dans quelles conditions les tribunaux CIRDI se déclarent compétents. Ensuite, on examinera quel serait l'impact des critères identifiés sur des instances engagées devant les tribunaux nationaux, et notamment en rapport avec la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for.

b) Compétence des tribunaux d'arbitrage CIRDI

18 Pour qu'un tribunal CIRDI soit compétent, le consentement des parties au différend est requis (art. 25(1) CIRDI). Bien que la Convention exige que ce consentement soit donné par écrit, cette exigence est interprétée de manière très large[16]. Il est admis que le consentement peut être donné de trois manières :

1. par un accord direct entre l'État d'accueil et l'investisseur (par ex. dans le contrat d'investissement) ;

2. par une disposition de la réglementation régissant l'investissement de l'État d'accueil acceptée par l'investisseur ; ou

3. par une offre présentée par l'État d'accueil dans un traité (par ex. un TBI) acceptée par la suite par un investisseur de l'autre État contractant.

19 Le consentement revêtait traditionnellement la forme d'une clause compromissoire dans un contrat d'investissement conclu entre les parties au différend[17]. De nos jours, cependant, la plupart des affaires soumises aux tribunaux CIRDI sont fondées sur des engagements unilatéraux des États d'accueil dans leur réglementation interne[18] ou plus couramment dans un TBI[19]. Un tel consentement anticipé de la part de gouvernements se retrouve dans une vingtaine de lois sur l'investissement et dans plus de 900 des 2000 TBI environ existants à ce jour[20]. L'arbitrage sous les auspices de la CIRDI est de même l'un des principaux mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements dans le cadre de quatre traités de commerce et d'investissement multilatéraux récents[21] : l'Accord nord-américain de libre échange (ALENA)[22], le Traité sur la charte de l'énergie[23], l'Accord de libre-échange de Cartagène[24] et le Protocole de Colonia sur l'investissement dans le Mercosur[25].

20 Un engagement unilatéral de la part de l'État d'accueil dans sa réglementation interne ou dans un TBI conclu avec l'État d'origine des futurs investisseurs étrangers est réputé constituer une « offre permanente » de se soumettre à la compétence du CIRDI. Elle doit être acceptée par l'investisseur au moyen d'un acte marquant son consentement. Cela est couramment réalisé par la présentation par l'investisseur d'une demande d'arbitrage au CIRDI, qui sera généralement jugée suffisante pour constituer un « consentement donné par écrit »[26].

21 Le point commun entre les affaires examinées ici est que l'accord sur l'arbitrage CIRDI figurait dans un TBI conclu entre l'État d'accueil et l'État d'origine de l'investisseur

[13] O. Spiermann, « Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties », *Arbitration International* 20 (2004), p. 179, p. 184 et s.
[14] *Ibidem*, p. 207.
[15] Sur cette question voir C. Kehoe, « Dispute resolution through ICSID », *Herbert Smith arbitration*, juillet 2002, p. 6 et pour plus de détails, *infra* para. 25 et s.
[16] B.M. Cremades, « Litigating Annulment Proceedings. The Vivendi Matter: Contract and Treaty Claims », dans E. Gaillard & Y. Banifatemi (dir.), *Annulment of ICSID Awards*, 2004, p. 87 ; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited* c. *République Arabe d'Egypte*, Affaire CIRDI No ARB/84/3, décision sur la compétence du 27 novembre 1985 (ci-après *Southern Pacific Properties* c. *Egypte*), *Yearbook of Commercial Arbitration* 16 (1991) (extraits), para. 61 et s.
[17] J. Gill, M. Gearing & G. Birt, « Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. A Comparative Review of the SGS Cases », *Journal of International Arbitration* 21 (2004), p. 397.
[18] Cela concerne les lois, par ex., de l'Albanie (voir *Tradex Hellas S.A.* c. *République d'Albanie*, Affaire CIRDI No ARB 94/2, décision sur la compétence du 24 décembre 1996, 14 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, disponible à <www.worldbank.org/icsid/cases/tradex_decision.pdf>, p. 194 et s.), de l'Égypte (voir *Southern Pacific Properties* c. *Egypte*, *supra*, note 16, para. 61 et s. ; voir en outre sur cette affaire C. Kehoe (*supra*, note 15) p. 8), et du Kazakhstan (S.A. Alexandrov, « Breaches of Contract and Breaches of Treaty. The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines », *The Journal of World Investment & Trade* 5 (2004), p. 555, avec des mentions supplémentaires p. 576). Le consentement par l'intermédiaire de la réglementation de l'État d'accueil se rencontre principalement parmi les pays en voie de développement dans une loi offrant des facilités aux investisseurs. Voir en outre S.A. Alexandrov (*ibid.*), p. 575.
[19] C. Schreuer, « Travelling the BIT Route – of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », *The Journal of World Investment & Trade* 5 (2004), p. 231.
[20] C. Kehoe (*supra*, note 15), p. 8 ; O. Spiermann (*supra*, note 13), p. 179.
[21] C. Kehoe (*supra*, note 15), p. 8.
[22] *Accord de libre-échange nord-américain* entre le Canada, le Mexique et les États-Unis d'Amérique ; signé le 17 décembre 1992, entré en vigueur le 1er janvier 1994. Disponible à l'adresse <www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?CategoryId=42>.
[23] JO No L 380 du 31 décembre 1994, p. 24.
[24] Accord de libre-échange entre la Colombie, le Mexique et le Venezuela du 13 juin 1994, version espagnole disponible à l'adresse <http://comunidad.vlex.com/pantin/g3.html>.
[25] Protocole de Colonia pour la promotion et la protection réciproques des investissements au sein du Mercosur, signé le 17 janvier 1994, version originale espagnole disponible à l'adresse suivante : <www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/decisiones/DEC1193.HTM> ; traduction anglaise disponible à l'adresse <www.cvm.gov.br/ingl/inter/mercosul/coloni-e.asp>.
[26] C. Schreuer (*supra*, note 19), p. 231 ; C. Kehoe (*supra*, note 15), p. 8 ; B.M. Cremades (*supra*, note 16), p. 89.

sion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention."

"*Article 41*

(1) The Tribunal shall be the judge of its own competence.

(2) Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute."

15 In the cases discussed in this paper there are normally at least three different agreements:

1. The home State of the investor and the host State are party to the ICSID Convention;

2. The home State of the investor and the host State enter into a bilateral investment treaty ("BIT");

3. The investor and the host State enter into an investment contract.

16 ICSID provides a framework for arbitration of disputes concerning private international investment between private investors and host States. Like a few other treaties, *e.g.*, the European Convention on Human Rights, it confers rights to be asserted under public international law against a State upon private individuals.[13] However, ICSID itself does not *require* the States Parties to ICSID to allow such disputes to go to arbitration; the establishment of the Centre is merely an offer to those (host States and investors) who wish to make use of it. Recourse to ICSID arbitration is entirely voluntary, and the foreign investor is free to waive the right to ICSID arbitration, *e.g.*, by entering into a choice of court agreement in the investment contract.[14] However, once the parties have consented to arbitration under the Washington Convention, neither can unilaterally withdraw its consent (Article 25(1) ICSID).[15]

17 Recently, a number of decisions rendered by ICSID arbitral tribunals were published which had to deal with coexisting arbitration agreements and choice of court agreements. The following paragraphs will first look into the ICSID decisions in order to identify under which conditions ICSID tribunals assume jurisdiction. Subsequently, it will be examined what impact the criteria identified would have upon proceedings brought before State courts, in particular in relation to the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements.

b) Jurisdiction of ICSID Tribunals

18 For an ICSID tribunal to have jurisdiction consent by the parties to the dispute is required (Article 25(1) ICSID). Although the Convention requires such consent to be in writing, this requirement is interpreted in a very broad sense.[16] It is accepted that consent may be given in one of three ways:

1. By a direct agreement between the host State and the investor (*e.g.*, in the investment contract);

2. By a provision in the host State's investment legislation which is accepted by the investor;
or

3. By an offer made by the host State in a treaty (*e.g.*, a BIT), which is thereafter accepted by an investor of the other Contracting State.

19 Traditionally, consent would take the form of an arbitration clause in an investment contract entered into by the parties to the dispute.[17] Nowadays, however, most cases that come before ICSID tribunals are based on unilateral commitments made by host States in their national legislation[18] or, more frequently, in a BIT[19]. Such advance consents by governments can be found in about 20 investment laws and in over 900 out of the roughly 2000 BITs, which exist today.[20] Arbitration under the auspices of ICSID is similarly one of the main mechanisms for the settlement of investment disputes under four recent multilateral trade and investment treaties:[21] The North American Free Trade Agreement (NAFTA),[22] the Energy Charter Treaty,[23] the Cartagena Free Trade Agreement[24] and the Colonia Investment Protocol of Mercosur.[25]

20 A unilateral commitment made by the host State in its internal legislation or in a BIT concluded with the home State of future foreign investors is considered to constitute a "standing offer" to submit to ICSID jurisdiction. It has to be accepted by the investor performing some act to perfect consent. This is frequently done by the investor bringing a request for arbitration to ICSID, which is normally considered sufficient to constitute "consent in writing".[26]

21 The cases discussed here have in common that the agreement on ICSID arbitration was contained in a BIT concluded between the host State and the home State of the foreign in-

[13] O. Spiermann, "Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties", *Arbitration International* 20 (2004), p. 179, at p. 184 and *passim*.
[14] O. Spiermann (*supra* note 13), p. 207.
[15] See on this C. Kehoe, "Dispute resolution through ICSID", *Herbert Smith arbitration*, July 2002, p. 6, and, in further detail, *infra* paras. 25 *et seqq*.
[16] B.M. Cremades, "Litigating Annulment Proceedings. The Vivendi Matter: Contract and Treaty Claims", in E. Gaillard & Y. Banifatemi (eds.), *Annulment of ICSID Awards*, 2004, p. 87 (88 *et seq.*); *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited* v. *Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/84/3, Decision on Jurisdiction of 27 November 1985 (hereinafter: *Southern Pacific Properties v. Egypt*), 16 *Yearbook of Commercial Arbitration* 16 (1991) (excerpts), at paras. 61 *et seq*.
[17] J. Gill, M. Gearing & G. Birt, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. A Comparative Review of the SGS Cases", *Journal of International Arbitration* 21 (2004), p. 397.
[18] This applies to the laws of, *e.g.*, Albania (see *Tradex Hellas S.A.* v. *Republic of Albania*, ICSID Case No ARB/94/2, Decision on Jurisdiction of 24 December 1996, 14 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 161 (1999), available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/tradex_decision.pdf>, at pp. 194 *et seq.*), Egypt (see *Southern Pacific Properties v. Egypt*, *supra* note 16, at paras. 61 *et seq.*; further on this case see C. Kehoe (*supra* note 15) at p. 8) and Kazakhstan (S.A. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty. The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*", *The Journal of World Investment & Trade* 5 (2004), p. 555, with further references at p. 576). Consent through the host State legislation is mainly encountered among developing countries in a law offering incentives to investors. See further S.A. Alexandrov (*ibid.*), at p. 575.
[19] C. Schreuer, "Travelling the BIT Route – Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *The Journal of World Investment & Trade* 5 (2004), p. 231 (231).
[20] C. Kehoe (*supra* note 15), p. 8; O. Spiermann (*supra* note 13), p. 179.
[21] C. Kehoe (*supra* note 15), p. 8.
[22] *North American Free Trade Agreement* between Canada, Mexico and the United States of America; signed on 17 December 1992, entered into force on 1 January 1994. Available at <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?CategoryId=42>.
[23] *O.J.* No L 380 of 31 December 1994, p. 24.
[24] *Free Trade Agreement* between Colombia, Mexico and Venezuela of 13 June 1994, Spanish version available at <http://comunidad.vlex.com/pantin/g3.html>.
[25] *Protocol of Colonia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments in Mercosur*, signed on 17 January 1994, original Spanish version available at <http://www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/decisiones/DEC1193.HTM>; English translation available at <http://www.cvm.gov.br/ingl/inter/mercosul/coloni-e.asp>.
[26] C. Schreuer (*supra* note 19), p. 231; C. Kehoe (*supra* note 15), p. 8; B.M. Cremades (*supra* note 16), p. 89.

étranger, et l'accord d'élection de for[27] figurait dans le contrat d'investissement concerné conclu entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil. L'investisseur étranger avait recours à l'arbitrage CIRDI et l'État d'accueil défendeur invoquait l'accord d'élection de for désignant ses propres tribunaux. Les tribunaux d'arbitrage CIRDI devaient donc examiner s'ils étaient compétents en dépit de l'accord d'élection de for.

22 Comme le font apparaître ces décisions, cela dépend d'abord et avant tout de l'interprétation de la convention d'arbitrage CIRDI et de l'interprétation de l'accord d'élection de for. Lorsque l'accord d'arbitrage résulte d'un TBI, il n'y a pas de solution uniforme. La portée des clauses de compétence des TBI est variable. À un bout de la gamme se tiendra une clause attributive de compétence étroite ne prévoyant que le règlement de différends relatifs à des obligations en vertu du TBI, en d'autres termes, les différends fondés sur des réclamations résultant d'infractions au traité. À l'autre extrémité se tiendra une attribution de compétence assez large sous la forme d'une clause prévoyant le règlement de « tout différend survenant entre une Partie contractante et l'investisseur »[28]. La jurisprudence récente des tribunaux CIRDI a apporté des indications pour quelques catégories[29] :

aa) Épuisement des voies de recours internes

23 Le TBI lui-même prévoit parfois des instructions claires en ce qu'il impose à l'investisseur d'épuiser les voies de recours internes (c'est-à-dire les procédures devant les tribunaux de l'État d'accueil) avant de permettre le recours à l'arbitrage CIRDI[30]. En ce cas, il n'y a aucun risque de concours d'instances devant les tribunaux et les tribunaux d'arbitrage CIRDI. Bien au contraire, la procédure judiciaire est une condition préalable à l'arbitrage. Cela peut s'expliquer par le fait que le droit à l'arbitrage CIRDI, conféré à un particulier par la Convention CIRDI, est d'une nature semblable à la protection diplomatique. C'est un droit à la fois pour le particulier et pour son État d'origine en droit public international[31]. Pour que l'État d'origine accorde une protection diplomatique à l'un de ses ressortissants à l'encontre d'un État étranger, le droit public international exige que le particulier épuise d'abord les voies de recours internes devant les juridictions de l'État prétendument en infraction, accordant ainsi à cet État la possibilité de régler le problème par ses propres moyens. Ce n'est que si les voies de recours internes échouent que l'État encourt une responsabilité au niveau international. Le recours à l'arbitrage CIRDI peut être influencé par ce raisonnement : l'État d'accueil, en se soumettant à l'arbitrage CIRDI (avec ou sans épuisement des voies de recours internes à titre de condition préalable), accepte la possibilité d'encourir une responsabilité envers un particulier en droit public international, et l'État d'origine du particulier (ainsi que le particulier en engageant la procédure d'arbitrage CIRDI) renonce à l'exercice de la protection diplomatique résultant du droit public international général. Celle-ci est remplacée par la procédure CIRDI expressément convenue (voir art. 27 de la CIRDI)[32], selon des conditions à définir entre les trois parties concernées (l'État d'accueil, l'État d'origine de l'investisseur et l'investisseur).

24 En rapport avec la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for, on peut dire que lorsque l'épuisement des recours devant les tribunaux de l'État d'accueil est nécessaire avant que l'arbitrage CIRDI ne puisse être demandé, il ne peut survenir de procédures parallèles devant les tribunaux CIRDI et les tribunaux de l'État d'accueil.

bb) Clause de bifurcation

25 Outre la clause imposant l'épuisement des voies de recours internes dans l'État d'accueil, autorisée par l'article 26 CIRDI et figurant de nos jours principalement dans les TBI plus anciens[33], il existe d'autres clauses-types dans les TBI facilitant au tribunal d'arbitrage la détermination de sa compétence en dépit de l'existence d'un accord d'élection de for dans le contrat d'investissement. Certains TBI n'accordent l'accès à l'arbitrage international que si aucune décision n'a été rendue en première instance par les juridictions internes de l'État d'accueil[34]. Une autre clause-type est la clause dite de « bifurcation ». Elle signifie qu'il est bien possible que les parties insèrent plusieurs possibilités de règlement des litiges dans les divers niveaux de relations contractuelles et conventionnelles créant pour elles des droits et des obligations. Cependant, dès que l'une des parties effectue un choix entre ces possibilités et engage une procédure dans l'un des fors possibles (juridictions nationales, arbitrage national ou arbitrage CIRDI, par exemple), il s'agit d'un « point de non-retour » et toutes les autres possibilités sont caduques pour les *deux* parties[35]. L'article 8(2) du TBI franco-argentin[36] en fournit un exemple :

« *Une fois qu'un investisseur a soumis le différend soit aux juridictions de la Partie contractante concernée soit à l'arbitrage international, le choix de l'une ou l'autre de ces procédures reste définitif.* »

26 Alors que dans le cas de « l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes », les procédures concurrentes sont logiquement exclues mais des procédures consécutives requises, nous avons ici une stricte alternative. De sorte que les procédures parallèles ne devraient pas survenir ici non plus. Les clauses de cette nature sont un élément courant des TBI récents, notamment ceux des États-Unis[37]. Selon la clause de bifurcation, la perte d'accès à l'arbitrage international s'applique si le même différend entre les mêmes parties est soumis aux tribunaux judiciaires ou administratifs internes de l'État d'accueil. C. Schreuer, l'un des principaux commentateurs de la CIRDI, fait remarquer qu'une simple comparution devant une juridiction de l'État d'accueil ne constitue pas un choix au sens d'une disposition de bifurcation. Si de tels litiges peuvent avoir trait d'une certaine manière à l'investissement, ils ne sont cependant pas nécessairement identiques au « différend » visé dans la disposition du TBI sur le règlement des différends entre État et investisseur[38]. Les tribunaux CIRDI ont parfois constaté que les parties aux différends envisagés respectivement par l'accord d'élection de for et par la convention d'ar-

[27] Dans *SGS Société Générale de Surveillance S.A.* c. *République Islamique du Pakistan*, Affaire CIRDI No ARB/01/13, décision du tribunal sur le déclinatoire de compétence du 6 août 2003, 18 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 301 (2003) (ci-après *SGS* c. *Pakistan*), le concours ne concernait pas une clause compromissoire en faveur du CIRDI et un accord d'élection de for désignant les tribunaux de l'État d'accueil, mais une clause compromissoire en faveur du CIRDI et une autre clause compromissoire en faveur d'un arbitrage national au Pakistan. Voir également note liminaire de S.A. Alexandrov, 42 *ILM* 1285 (2003).

[28] Pour un examen d'ensemble voir S.A. Alexandrov (*supra*, note 18), p. 573 ; C. Schreuer (*supra*, note 19), p. 232.

[29] Il faut cependant garder à l'esprit que les décisions des tribunaux CIRDI ne lient pas les tribunaux CIRDI futurs à titre de jurisprudence obligatoire.

[30] Voir art. 26, deuxième phrase, CIRDI : « Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés. » Sur cette question voir en outre C. Schreuer (*supra*, note 19), p. 231 ; B.M. Cremades (*supra*, note 16) p. 89 ; L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, La Haye / Londres / New York, 2004, p. 57 et s.

[31] O. Spiermann (*supra*, note 13), p. 181.

[32] L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra*, note 30), p. 109.

[33] C. Schreuer (*supra*, note 19), p. 239.

[34] Voir C. Schreuer (*supra*, note 19), p. 239 avec des exemples en note 47 ; L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra*, note 30), p. 58 et s.

[35] Cette démarche a été appliquée entre autres dans *Lanco International, Inc.* c. *République d'Argentine*, Affaire CIRDI No ARB/97/6, décision préalable sur la compétence, 8 décembre 1998, 40 *ILM* 457 (2001) et note liminaire de S.A. Alexandrov, *ibid.*, p. 454 et s. (ci-après *Lanco* c. *Argentine*), para. 31. Voir également *Emilio Augustín Maffezini* c. *Le Royaume d'Espagne*, décision sur la compétence, 25 janvier 2000, 16 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 212 (2001), disponible à l'adresse <www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf>, para. 63. Voir en détail pour la « bifurcation » C. Schreuer (*supra*, note 19), p. 239-249.

[36] Disponible à l'adresse <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MAEJ9330021D>.

[37] C. Schreuer (*supra*, note 19), p. 240.

[38] *Ibidem*, p. 241, 245, 247.

vestor, and the choice of court agreement[27] was contained in the respective investment contract concluded between the foreign investor and the host State. The foreign investor resorted to ICSID arbitration, and the defendant host State invoked the choice of court agreement designating its own courts. The ICSID tribunals therefore had to discuss whether they had jurisdiction in spite of the choice of court agreement.

22 As it becomes clear from these decisions, this depends first and foremost on the interpretation of the ICSID arbitration agreement and on the interpretation of the choice of court agreement. Where the agreement to arbitrate is founded on a BIT, there is no uniform solution. Jurisdiction clauses in BITs vary in scope. At one end of the spectrum is a narrow jurisdiction clause that provides only for the settlement of disputes relating to obligations under the BIT – in other words, disputes based on claims for breach of the treaty. At the other end of the spectrum would be a quite broad grant of jurisdiction that takes the form of a clause providing for the settlement of "any disputes arising between a Contracting party and the investor".[28] Recent case law of ICSID tribunals has provided some guidance for certain categories:[29]

aa) Exhaustion of domestic remedies

23 Sometimes the BIT itself provides clear instructions in that it requires the investor to exhaust domestic remedies (*i.e.*, proceedings before the courts of the host State) before recourse to ICSID arbitration is allowed.[30] In that case, there is no risk of competing proceedings before courts and ICSID tribunals. On the contrary – the court proceedings are a precondition for the arbitration. This can be explained by the fact that the right to ICSID arbitration, which is conferred upon an individual by the ICSID Convention, is in nature similar to diplomatic protection. It is a right of both the individual and its home State under public international law.[31] For the home State to grant diplomatic protection to one of its nationals against a foreign State, public international law requires the individual to exhaust domestic remedies before the courts of the alleged infringing State first, thus giving that State the possibility to resolve the problem by its own means. Only if internal remedies fail, the State may be held liable at the international level. Recourse to ICSID arbitration can be influenced by this reasoning: The host State, by submitting to ICSID arbitration (with or without the exhaustion of domestic remedies as a precondition) accepts to be possibly held liable by an individual under public international law, and the home State of the individual (as well as the individual by instituting ICSID arbitration) renounce to the exercise of diplomatic protection under general public international law. The latter is replaced by the specifically agreed ICSID proceedings (see Article 27 ICSID),[32] under conditions to be defined by the three parties involved (the host State, the home State of the investor and the investor).

24 In relation to the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, it can be stated that where the exhaustion of domestic remedies before the courts of the host State is required before ICSID arbitration may be sought, no parallel proceedings before ICSID tribunals and courts of the host State can arise.

bb) Fork in the road clause

25 In addition to the clause requiring the exhaustion of domestic remedies in the host State, as permitted by Article 26 ICSID and found nowadays in particular in older BITs,[33] there are other standard clauses in BITs which make it easier for the Tribunal to determine whether it has jurisdiction in spite of the existence of a choice of court agreement in the investment contract. Some BITs grant access to international arbitration only provided that no decision has been made at first instance in proceedings in the host State's domestic courts.[34] Another standard clause is the so-called "fork in the road clause". It means that parties may well include various options of dispute resolution into the various layers of contractual and treaty relations conferring rights and obligations upon them. As soon as one party makes a choice among these options and institutes proceedings in one of the possible fora (State courts, national arbitration or ICSID arbitration, for example), however, this is a "road of no return", and all other options lapse for *both* parties.[35] Article 8(2) of the Argentina-France BIT[36] provides an example:

"*Once an investor has submitted the dispute either to the courts or tribunals of the Contracting Party involved or to international arbitration, the choice of one or the other of these procedures shall be final.*"

26 While in case of the "exhaustion of domestic remedies requirement", concurrent proceedings are logically excluded but consecutive proceedings are required, here we have a strict alternative. So parallel proceedings should not arise in this case, either. Clauses of this kind are a common feature in recent BITs, notably those of the United States.[37] Under the fork in the road clause, the loss of access to international arbitration applies if the same dispute between the same parties is submitted to the domestic courts or to the administrative tribunals of the host State. Schreuer, a leading commentator on ICSID, points out that not every appearance before a court or tribunal of the host State will constitute a choice under a fork in the road provision. While such disputes may relate in some way to the investment, they are not necessarily identical to "the dispute" referred to in the BIT's provision on investor-State dispute settlement.[38] Sometimes ICSID tribunals found that the parties to the disputes envisaged by the two agreements on choice of court and arbitration, respectively, were

[27] In *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 6 August 2003, 18 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 301 (2003) (hereinafter *SGS v. Pakistan*), the competition was not between an arbitration agreement in favour of ICSID and a choice of court agreement designating the courts of the host State, but between an arbitration agreement in favour of ICSID and another arbitration agreement in favour of national arbitration in Pakistan. See also "Introductory Note" by S.A. Alexandrov, 42 *ILM* 1285 (2003).

[28] See for an overview S.A. Alexandrov (*supra* note 18), at p. 573; C. Schreuer (*supra* note 19), at p. 232.

[29] It has to be kept in mind, however, that decisions by ICSID tribunals do not bind future ICSID tribunals as precedent.

[30] See Article 26, second sentence, ICSID: "A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention." See further on this issue C. Schreuer (*supra* note 19), p. 231; B.M. Cremades (*supra* note 16), p. 89; L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, The Hague / London / New York, 2004, pp. 57 *et seq.*

[31] O. Spiermann (*supra* note 13), p. 181.

[32] L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), p. 109.

[33] C. Schreuer (*supra* note 19), p. 239.

[34] See C. Schreuer (*supra* note 19), p. 239 with examples in note 47; L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), pp. 58 *et seq.*

[35] This approach was applied, *inter alia*, in *Lanco International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/6, Preliminary decision on jurisdiction, 8 December 1998, 40 *ILM* 457 (2001) with Introductory Note by S.A. Alexandrov, *ibid.*, at p. 454 *et seq.* (hereinafter: *Lanco v. Argentina*), at para. 31. See also *Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, 16 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 212 (2001), available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf>, at para. 63. See in detail on "the fork in the road" C. Schreuer (*supra* note 19), pp. 239-249.

[36] Available at <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MAEJ9330021D>.

[37] C. Schreuer (*supra* note 19), p. 240.

[38] *Ibidem*, pp. 241, 245, 247.

bitrage étaient différentes[39], ou que l'objet était différent[40]. En pratique, le contentieux devant les tribunaux internes semble se produire le plus couramment entre des organismes dépendant de la société investisseur et / ou de l'État d'accueil au sujet de questions résultant du contrat d'investissement ou qui lui sont seulement connexes, alors que l'arbitrage CIRDI se produit entre l'investisseur étranger partie à un contrat d'investissement et l'État d'accueil lui-même.

27 Schreuer résume les conditions d'une constatation selon laquelle l'investisseur a exercé la faculté résultant de la clause de bifurcation en faveur des tribunaux judiciaires ou administratifs de l'État d'accueil et il n'existe donc pas d'accès à l'arbitrage international, de la manière suivante[41] :

« *1. La procédure interne doit avoir été engagée avant le choix de l'arbitrage international. Normalement, la date décisive sera la date d'engagement de la procédure d'arbitrage. Si à cette date l'investisseur a soumis le différend à une juridiction interne, la disposition s'appliquera. Si à cette date, l'investisseur ne l'a pas fait, la disposition de bifurcation ne produira pas ses effets à l'encontre de l'arbitrage.*

2. Le différend devant les tribunaux judiciaires ou administratifs internes doit être identique au différend relevant de la procédure internationale. Si la demande présentée au tribunal d'arbitrage international fait valoir une violation du TBI, le différend soumis aux tribunaux judiciaires ou administratifs internes devra également concerner une violation alléguée à un droit conféré ou créé par le TBI. Si le différend devant les juridictions internes concerne une demande différente, telle qu'une demande contractuelle ou la contestation de la décision d'un organe réglementaire, la disposition de bifurcation ne s'appliquera donc pas et le tribunal d'arbitrage sera libre de poursuivre. Des complications pourront survenir dans des affaires où des demandes de plusieurs types sont présentées au tribunal d'arbitrage – par exemple, des demandes relevant du TBI et des demandes contractuelles – et que seules les demandes contractuelles sont pendantes devant les tribunaux internes.

3. Les parties à la procédure interne doivent être identiques aux parties à la procédure internationale. L'État d'accueil mis en cause dans la procédure d'arbitrage international doit être le défendeur dans la procédure nationale. L'investisseur étranger recherchant l'arbitrage doit être la partie ayant soumis le différend aux tribunaux judiciaires ou administratifs de l'État d'accueil. »

28 Il en résulte que lorsque l'instrument conférant la compétence à un tribunal d'arbitrage CIRDI comporte une clause de bifurcation, ce tribunal d'arbitrage refusera d'exercer sa compétence si les mêmes parties ont déjà soumis le même différend au tribunal élu. Ainsi, en relation avec la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for, on peut dire que dans de telles affaires, il ne devrait pas survenir de procédures parallèles devant les tribunaux CIRDI et les tribunaux de l'État d'accueil.

cc) TBI dépourvus de clauses particulières

29 En l'absence de l'une des clauses susvisées, la question se pose de savoir si l'élection de for et le choix de l'arbitrage CIRDI ont vocation à être alternatifs, cumulatifs, ou liés par une autre relation. Est-il probable qu'un tribunal d'arbitrage CIRDI et les tribunaux nationaux seront saisis à la fois, et se déclareront à la fois compétents en interprétant les clauses[42] ? Comment les tribunaux nationaux et les tribunaux d'arbitrage devraient-ils traiter cette question ?

30 Il faut avoir à l'esprit que la première phrase de l'article 26 de la Convention CIRDI, qui dispose que « Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours », est une règle d'interprétation et non une règle obligatoire[43]. En outre, lorsque l'accord d'élection de for n'a pas été expressément rendu exclusif, les tribunaux d'arbitrage CIRDI ont jugé que l'article 26 ne dispose pas que ce dont il peut être convenu par ailleurs, par exemple dans un accord d'élection de for, exclut l'arbitrage CIRDI. En pareil cas, les recours résultant de la Convention CIRDI ne sont pas exclusifs, mais ceux expressément convenus ne le sont pas non plus – une fois de plus du point de vue de la CIRDI[44]. Cette interprétation pourrait entrer en conflit avec la présomption d'exclusivité de l'accord d'élection de for figurant dans la future Convention de La Haye. Il doit être gardé à l'esprit que la définition d'un accord « exclusif » d'élection de for en vertu de l'avant-projet de Convention de La Haye est différente. Elle ne contient pas de références à l'arbitrage ; l'élément important étant qu'elle implique le choix d'un ou plusieurs tribunaux, à l'exclusion de tout autre tribunal national. Le simple fait qu'un accord d'élection de for en vertu de la Convention de La Haye soit exclusif ne signifie rien quant à sa relation avec une éventuelle convention d'arbitrage. Un examen plus détaillé de la possibilité de procédures parallèles est donc nécessaire.

31 Dans la première décision concernant les rapports entre une élection de for et un choix d'arbitrage, le tribunal d'arbitrage CIRDI a semblé supposer que l'offre continue de l'État d'accueil figurant dans un TBI pour l'arbitrage en vertu de la CIRDI primerait, une fois acceptée par l'investisseur au moyen de l'ouverture d'une procédure d'arbitrage, sur un accord d'élection de for figurant dans un contrat d'investissement, entre autres parce qu'elle constitue (du fait de l'acceptation par l'investisseur, exprimée au moyen de l'engagement de l'arbitrage CIRDI) l'accord plus récent par rapport

[39] C'était le cas par ex. dans *Azurix Corp.* c. *République d'Argentine*, Affaire CIRDI No ARB/01/12, décision sur la compétence, 8 décembre 2003 (ci-après *Azurix* c. *Argentine*) disponible à l'adresse <www.asil.org/ilib/azurix.pdf>, para. 90, et dans *Compañia de Aguas del Aconquija SA et Compagnie Générale des Eaux* c. *République d'Argentine*, Affaire CIRDI No ARB/97/3, sentence, 21 novembre 2000, 40 *ILM* 426 (2001) (ci-après *Compañia de Aguas* c. *Argentine*, sentence). Cette partie de la sentence a été confirmée par le Comité *ad hoc* au stade de l'appel (voir *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (anciennement Compagnie Générale des Eaux)* c. *République d'Argentine*, décision sur l'annulation, 3 juillet 2002, 41 *ILM* 1135 (2002) ; ci-après *Vivendi* c. *Argentine*, décision sur l'annulation, paras. 79 et s.).

[40] Il en a été jugé ainsi dans *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil* c. *République d'Estonie*, Affaire CIRDI No ARB/99/2, sentence, 25 juin 2001, 17 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 395 (2002), disponible à l'adresse <www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>, para. 331 et s., et dans *Middle East Cement Shipping and Handling Co.* c. *République Arabe d'Egypte*, Affaire CIRDI No ARB/99/6, sentence, 12 avril 2002, disponible à l'adresse <www.worldbank.org/icsid/cases/me_cement-award.pdf>, para. 71. Les parties ainsi que l'objet du différend ont été jugés différents dans *CMS Gas Transmission Company* c. *République d'Argentine*, Affaire CIRDI No ARB/01/8, décision sur la compétence, 17 juillet 2003, 42 *ILM* 788 (2003), para. 80 ; *Enron Corp. et Ponderosa Assets, L.P.* c. *Argentine*, Affaire CIRDI No ARB/01/3, décision sur la compétence, 14 janvier 2004, disponible à l'adresse <www.asil.org/ilib/Enron.pdf> para. 96 et s.

[41] C. Schreuer (*supra.* note 19), p. 248.

[42] Cela s'est effectivement produit dans *SGS* c. *Pakistan* (*supra.* note 27), mais il résulte de la jurisprudence publiée que cela semble constituer une exception unique. Le tribunal d'arbitrage CIRDI s'est déclaré compétent à l'égard de réclamations résultant d'infractions au traité (mais pas de réclamations résultant de fautes contractuelles, voir *SGS* c. *Pakistan*, *supra.* note 27, para. 186 et s.) sur le fondement du TBI en dépit non seulement d'un accord d'élection de for contractuel mais également d'une procédure d'arbitrage nationale en cours au Pakistan. À l'appui de cet arbitrage pakistanais, la Cour Suprême du Pakistan avait même délivré une ordonnance interdisant à SGS de poursuivre sa participation à l'arbitrage CIRDI, et ordonné le début de l'arbitrage interne. Le tribunal d'arbitrage CIRDI a recommandé un sursis à statuer dans l'arbitrage contractuel « jusqu'à ce que ce tribunal d'arbitrage rende une éventuelle sentence déclinant l'exercice de sa compétence sur le différend en cours, et que cette sentence ne soit plus susceptible d'être interprétée, révisée ou annulée en application de la Convention CIRDI » (*SGS* c. *Pakistan*, Ordonnance de procédure No 2 du 16 octobre 2002, 18 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 293 (2003)). Par la suite, dans sa décision en matière de compétence, le tribunal d'arbitrage a retiré sa recommandation d'un sursis à l'arbitrage national mais par la même occasion a refusé une demande de sursis à sa propre procédure jusqu'au règlement des demandes contractuelles dans le cadre de la procédure d'arbitrage nationale (*SGS* c. *Pakistan*, *supra.* note 27, para. 186 et s.). Voir également les observations sur cette affaire de S.A. Alexandrov (*supra.* note 18), p. 556 et s.

[43] *SGS Société Générale de Surveillance S.A.* c. *République des Philippines* (ci-après *SGS* c. *Philippines*), Affaire CIRDI No ARB/02/6, décision du Tribunal sur le déclinatoire de compétence, 29 janvier 2004, disponible à l'adresse <www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>, para. 146 ; O. Spiermann (*supra.* note 13), p. 199.

[44] *Siemens A.G.* c. *République d'Argentine*, Affaire CIRDI No ARB/02/8, décision sur la compétence, 3 août 2004 (ci-après *Siemens* c. *Argentine*), 44 *ILM* 138 (2005), para. 181.

different,[39] or that the subject matter was not the same.[40] In practice, litigation before domestic courts seems to take place most often between sub-entities of both the investor company and / or the host State on issues arising out of the investment contract or only related to it while ICSID arbitration takes place between the foreign investor who is party to an investment contract, and the host State itself.

27 Schreuer summarises the conditions for a determination that the investor has exercised the choice under the fork in the road clause in favour of the host State's courts or administrative tribunals and that, consequently, there is no access to international arbitration, as follows:[41]

"*1. The domestic proceedings must have been instituted prior to the choice of international arbitration. Typically, the decisive date will be the date at which arbitration proceedings are instituted. If by that date the investor has submitted the dispute to domestic courts or tribunals, the provision will apply. If by that date, the investor has not done so, the fork in the road provision will not operate against arbitration.*

2. The dispute before the domestic courts or administrative tribunals must be identical with the dispute in the international proceedings. If the claim before the international tribunal alleges a breach of the BIT, the dispute before the domestic courts or administrative tribunals would also have to concern an alleged breach of a right conferred or created by the BIT. Therefore, if the dispute before the domestic courts or tribunals concerns a different claim, such as a contract claim or an appeal against a decision by a regulatory authority, the fork in the road provision will not apply and the arbitral tribunal will be free to proceed. Complications may arise in cases where several types of claims are brought before the arbitral tribunal – for example, BIT claims and contract claims – and only the contract claims are pending before the domestic courts.

3. The parties in the domestic proceedings must be identical with the parties in the international proceedings. The host State that is to be the respondent in the international arbitration must be the defendant in the domestic proceedings. The foreign investor that seeks arbitration must be the party that has submitted the dispute for resolution to the courts or administrative tribunals of the host State."

28 From the above it becomes clear that, where the instrument conferring jurisdiction on an ICSID Tribunal contains a fork in the road clause, such Tribunal will decline jurisdiction, should the same parties have brought the same dispute already before the chosen court. Thus, in relation to the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, it can be stated that in these cases, no parallel proceedings before ICSID tribunals and courts of the host State should arise.

cc) BITs lacking specific clauses

29 In the absence of any of the clauses mentioned above, the question arises whether the choice of court and the choice of ICSID arbitration are intended in the alternative, cumulative, or whatever else should be their relationship. Is it likely that both an ICSID tribunal and State courts are seised and, by interpreting the clauses, both assume jurisdiction?[42] How should State courts and arbitral tribunals deal with this problem?

30 It has to be kept in mind that Article 26, first sentence, of the ICSID Convention, which reads "Consent of the parties to arbitration shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy" is a rule of interpretation, not a mandatory rule.[43] Moreover, where the choice of court clause was not explicitly made exclusive, ICSID tribunals have held that Article 26 does not provide that what may be agreed otherwise, *e.g.*, in a choice of court agreement, excludes ICSID arbitration. In that case, the remedies under the ICSID Convention are not exclusive (from the perspective of ICSID) but neither are those otherwise agreed – again from the perspective of ICSID.[44] This interpretation could conflict with the future Hague Convention's presumption of exclusivity of the choice of court agreement. It has to be kept in mind that the definition of an "exclusive" choice of court agreement under the preliminary Hague Convention is different. It does not contain any reference to arbitration; the important thing is only that it implies a choice of one or more courts to the exclusion of any other State courts. Thus the mere fact that a choice of court agreement under the Hague Convention is exclusive does not yet say anything about its relationship with a possible agreement to arbitrate. Therefore a closer look at the possibility of parallel proceedings is necessary.

31 In the first decision on the relationship between a choice of court and a choice of arbitration, the ICSID tribunal seemed to assume that the open offer of the host State contained in a BIT, to arbitrate under ICSID, would, when accepted by the investor through the opening of arbitral proceedings, supersede a choice of court agreement in an investment contract, *inter alia* because it was (through the acceptance of the investor, expressed by instituting ICSID arbitration), the more recent agreement as compared to the investment con-

[39] This was the case, *e.g.*, in *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 8 December 2003 (hereinafter: *Azurix v. Argentina*), available at <http://www.asil.org/ilib/azurix.pdf>, at para. 90, and in *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, Award, 21 November 2000, 40 *ILM* 426 (2001) (hereinafter: *Compañia de Aguas v. Argentina*, Award). This part of the award was upheld by the *Ad hoc* Committee at the appeal stage (see *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic*, Decision on annulment, 3 July 2002, 41 *ILM* 1135 (2002); hereinafter *Vivendi v. Argentina*, Decision on annulment, at paras. 79 *et seq.*).

[40] This was held in *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No ARB/99/2, Award, 25 June 2001, 17 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 395 (2002), available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>, at paras. 331 *et seq.*, and in *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/99/6, Award, 12 April 2002, available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/me_cement-award.pdf>, at para. 71. Both the parties and the subject matter of the dispute were found to be different in *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, 42 *ILM* 788 (2003), at para. 80; *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, available at <http://www.asil.org/ilib/Enron.pdf>, at paras. 96 *et seq.*

[41] C. Schreuer (*supra* note 19), p. 248.

[42] This was indeed the case in *SGS v. Pakistan* (*supra* note 27), but from the case law published this seems to be an absolute exception. The ICSID tribunal asserted jurisdiction over breach of treaty claims (but not for breach of contract claims; see *SGS v. Pakistan*, *supra* note 27, paras. 186 *et seq.*) on the basis of the BIT despite not only the existence of a contractual choice of court agreement but also of ongoing parallel national arbitration proceedings in Pakistan. In defense of this Pakistani arbitration, the Pakistan Supreme Court had even issued an injunction restraining SGS from participating further in the ICSID arbitration, and ordered that domestic arbitration begin. The ICSID tribunal recommended that the contractual arbitration be stayed "until such time, if any, as this Tribunal has issued an award declining jurisdiction over the present dispute, and that award is no longer capable of being interpreted, revised or annulled pursuant to the ICSID Convention" (*SGS v. Pakistan*, Procedural Order No 2 of 16 October 2002, 18 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 293 (2003), at 305). Subsequently, in its decision on jurisdiction, the Tribunal withdrew its recommendation to stay the national arbitration but, at the same time, refused an application to stay its own proceedings until the contractual claims had been determined in the national arbitration proceedings (*SGS v. Pakistan*, *supra* note 27, paras. 186 *et seq.*). See also the comments on this case by S.A. Alexandrov (*supra* note 18), pp. 556 *et seq.*

[43] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (hereinafter *SGS v. Philippines*), ICSID Case No ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>, para. 146; O. Spiermann (*supra* note 13), p. 199.

[44] *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/8, Decision on jurisdiction, 3 August 2004 (hereinafter: *Siemens v. Argentina*), 44 *ILM* 138 (2005), at para. 181.

au contrat d'investissement[45]. Des décisions ultérieures ont toutefois précisé que ce n'est pas si simple.

32 Comme l'indiquent les affaires examinées ci-dessous, le présupposé de base est qu'un tribunal d'arbitrage CIRDI est toujours compétent à l'égard d'une violation alléguée des dispositions matérielles d'un TBI (une demande conventionnelle). Un critère de premier abord est appliqué. Si, dans l'hypothèse où les allégations du demandeur sont exactes, cela revient à une violation du traité, cette condition de compétence est remplie[46]. Par contre, un accord d'élection de for en faveur des tribunaux internes est normalement interprété comme ne conférant pas aux tribunaux internes de compétence à l'égard des demandes conventionnelles[47]. Dans plusieurs affaires concernant des TBI dépourvus de clauses particulières (par exemple, épuisement des voies de recours internes, bifurcation ou autres clauses restant à discuter), les tribunaux d'arbitrage CIRDI ont donc jugé que les demandes conventionnelles en vertu du droit public international, nées du TBI, sont réputées relever de la clause compromissoire CIRDI, alors que les demandes contractuelles nées du contrat privé d'investissement sont réputées relever de l'accord d'élection de for qui y figure[48]. Le plus probable est que les demandes conventionnelles, définies par les tribunaux d'arbitrage CIRDI comme étant régies par le droit public international, ne relèveront pas du champ d'application de la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for car elles ne sont pas de nature « civile ou commerciale ». En ce qui concerne les demandes conventionnelles, il ne devrait pas y avoir de conflit entre l'arbitrage CIRDI et les instances régies par la future Convention de La Haye.

dd) Clauses-parapluie

33 Certains TBI contiennent une « clause-parapluie » qui « élève » tout ou partie des manquements au contrat privé d'investissement au statut de manquement au TBI, c'est-à-dire de manquement à un traité en vertu du droit public international[49]. Dans le TBI, l'État d'accueil se soumet à une obligation d'observer toutes ses obligations résultant de contrats d'investissement, et une violation du contrat avec l'investisseur étranger revient donc également à une violation de cette clause du TBI[50]. La distinction à tirer entre les infractions contractuelles qui atteignent le niveau de manquements au traité et celles qui ne l'atteignent pas dépend des circonstances de l'espèce et de la formulation des textes en cause[51]. Il existe également un avis selon lequel chaque violation par l'État d'un contrat avec un étranger met en cause la responsabilité internationale de l'État[52], mais cette position n'est pas généralement celle adoptée par les tribunaux d'arbitrage CIRDI. Cependant, la clause-parapluie tend à limiter l'écart entre les manquements au contrat et au traité et vise à faire plus que ce qui constitue déjà la norme selon le droit public international habituel[53]. La question est donc de savoir si, dans les affaires où une demande pourrait être qualifiée de fondée à la fois sur le contrat d'investissement et sur un traité (le TBI), il pourrait exister des procédures parallèles devant les tribunaux nationaux et un tribunal d'arbitrage CIRDI entraînant un conflit entre la future Convention de La Haye et la CIRDI.

34 Dans l'affaire *SGS* c. *Pakistan*, le Tribunal était confronté à un contrat d'investissement conclu en 1995 entre SGS, un investisseur suisse, et le Pakistan, et qui comportait une clause en faveur de l'arbitrage national au Pakistan. Le TBI entre la Suisse et le Pakistan, entré en vigueur le 6 mai 1996, soit après la conclusion du contrat d'investissement, comportait une clause en faveur de l'arbitrage CIRDI et une clause qui, selon SGS, élevait toutes les violations du contrat d'investissement au rang de violation du TBI. Le tribunal n'a pas suivi ce raisonnement. Il a considéré que sa compétence se limitait aux demandes conventionnelles fondées sur une violation d'une disposition matérielle du TBI, qu'elles soient ou non fondées sur les mêmes faits qu'une demande contractuelle[54]. Le Tribunal a en outre indiqué que la clause-parapluie n'était pas d'une formulation suffisamment claire pour « élever » toutes les demandes contractuelles au niveau de demandes conventionnelles. Les motifs indiqués étaient fondés sur la « *judicial self-restraint* » et la préoccupation de politique de ne pas affaiblir l'élection de for effectuée par les parties au contrat d'investissement[55]. La décision a été largement critiquée en doctrine, non pas tant pour son objectif et l'effet qu'elle visait mais pour l'interprétation étroite donnée de la clause-parapluie, qui a été considérée comme contraire à ses termes et son intention[56].

35 Les tribunaux d'arbitrage CIRDI recherchent normalement une cohérence avec les décisions de tribunaux d'arbitrage CIRDI antérieurs[57], bien que celles-ci ne lient pas à titre de jurisprudence obligatoire ; mais six mois seulement après *SGS* c. *Pakistan*, un autre tribunal d'arbitrage CIRDI, dans une affaire presque identique, l'affaire *SGS* c. *Philippines*, est parvenu à une conclusion inverse au sujet de la clause-parapluie[58], et donc de sa propre compétence à l'égard de demandes conventionnelles résultant de demandes contractuelles[59], tout en trouvant un moyen différent de respecter l'accord d'élection de for. Le tribunal s'est déclaré compétent à l'égard de la violation alléguée des engagements contractuels qui, du fait de la clause-parapluie, constituait également une violation des obligations résultant du traité. Toutefois, le tribunal a indiqué que la clause-parapluie ne faisait pas de « la question de combien d'argent les Philippines doivent payer [...] une question conventionnelle. L'étendue de l'obligation reste régie par le contrat, et elle ne peut être déterminée que

[45] Voir *Lanco* c. *Argentine* (*supra*, note 35).
[46] *Siemens* c. *Argentine* (*supra*, note 44), para. 180.
[47] O. Spiermann (*supra*, note 13), p. 210 et s.
[48] Voir par ex. *Compañia de Aguas* c. *Argentine*, sentence (*supra*, note 39), para. 53, avec résumé de B.A. Maric, *ibid.* p. 425 ; et les observations de B.M. Cremades (*supra*, note 16), p. 90 et s. ; *SGS* c. *Pakistan* (*supra*, note 27), para. 186 et s.
[49] C. Schreuer (*supra*, note 19), p. 249 et s. ; S.A. Alexandrov (*supra*, note 18), p. 556. J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra*, note 17), p. 403, note 31, indiquent que dans un échantillon de TBI tiré de la publication *Investment Treaties* (CIRDI éd. 2003), 94 sur 236 (environ 40%) comportaient des clauses-parapluie. D'autres termes ont également été utilisés pour les décrire, dont clauses-ascenseur et clauses d'effets mineurs.
[50] Dans l'affaire *Compañia de Aguas* c. *Argentine*, sentence (*supra*, note 39), au stade de la compétence le tribunal d'arbitrage a jugé que sa compétence était limitée aux infractions aux obligations conventionnelles. Par la suite, lors de l'examen au fond, le tribunal a jugé que la preuve des demandes conventionnelles à l'encontre de l'Argentine dépendait presque entièrement de la question de savoir si la province de Tucumán avait respecté ses obligations contractuelles envers l'investisseur. Du fait que l'investisseur et la province de Tucumán, dans leur contrat d'investissement, étaient convenus de la compétence des tribunaux administratifs de cette province pour les différends contractuels, le tribunal d'arbitrage s'est jugé contraint de ne pas trancher les demandes conventionnelles. Il a indiqué que l'investisseur avait le devoir de faire valoir ces demandes d'abord devant les tribunaux administratifs, comme convenu. Ce n'est que si cette démarche ne lui rendait pas justice qu'il pourrait avoir recours à l'arbitrage CIRDI à l'encontre de l'Argentine. Le tribunal d'arbitrage a distingué cette situation d'une exigence d'épuisement des recours locaux et a attribué l'obligation à la seule élection de for convenue (*ibid.* para. 77 et s.).
Cette partie de la décision a été annulée par un Comité *ad hoc*. Un tel Comité peut annuler la sentence pour l'un des motifs énumérés dans l'art. 52(1) CIRDI. Ici, pour tenter une application des termes de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, le Comité *ad hoc* a jugé que la demande contractuelle était soulevée à titre incident dans la procédure d'arbitrage concernant la demande conventionnelle et pouvait donc être tranchée à titre incident, à titre d'étape nécessaire sur la voie du règlement de la demande conventionnelle, bien que la compétence pour décider de la demande contractuelle par elle-même appartienne aux tribunaux de l'État d'accueil en vertu de l'accord d'élection de for (*Vivendi* c. *Argentine*, décision sur l'annulation (*supra*, note 39), para. 102 et s.). Pour une définition encore plus claire de la clause-parapluie, voir *SGS* c. *Philippines* (*supra*, note 43), para. 121 et s.
[51] S.A. Alexandrov (*supra*, note 18), p. 565.
[52] Pour une vue d'ensemble de la doctrine défendant cette démarche « maximaliste », voir P. Weill, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *Recueil des Cours*, 1969, 134 à 137. Weill semble toutefois ne pas partager cette opinion et indique que la jurisprudence ne la suit normalement pas non plus (*ibid.*, p. 137).
[53] S.A. Alexandrov (*supra*, note 18), p. 566.
[54] *SGS* c. *Pakistan* (*supra*, note 27), para. 186 et s.
[55] Voir *SGS* c. *Pakistan* (*supra*, note 27), para. 168 ; J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra*, note 17), p. 405.
[56] Voir par ex. S.A. Alexandrov (*supra*, note 18), p. 570 ; C. Schreuer (*supra*, note 19), p. 252 et s. ; J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra*, note 17), p. 405.
[57] Pour une discussion à cet égard voir *SGS* c. *Philippines* (*supra*, note 43), para. 97 ; mais également C. Schreuer (*supra*, note 19), p. 256, au sujet de la difficulté du développement d'une jurisprudence constante au moyen de tribunaux *ad hoc* de composition variable et en l'absence d'une règle de jurisprudence obligatoire.
[58] *SGS* c. *Philippines* (*supra*, note 43), para. 115, 121, 122, 125.
[59] *SGS* c. *Philippines* (*supra*, note 43), para. 136 à 155, 162 et 163.

tract.[45] Later decisions have clarified, however, that it is not as simple as that.

32 As the cases discussed below will show, the basic assumption is that an ICSID tribunal always has jurisdiction over an alleged breach of the substantive provisions of a BIT (a treaty claim). A *prima facie* test is applied: if, assuming that the claimant's allegations were correct, this would amount to a breach of treaty, this jurisdictional requirement is satisfied.[46] On the other hand, a choice of court clause in favour of domestic courts is normally interpreted as not conferring jurisdiction over treaty claims upon domestic courts.[47] In several cases concerning BITs lacking any specific clauses (*e.g.*, exhaustion of domestic remedies, fork in the road or other clauses yet to be discussed), ICSID tribunals have therefore held that treaty claims under public international law, arising out of the BIT, were assumed to fall under the ICSID arbitration clause while contractual claims arising out of the private investment contract were assumed to be covered by the choice of court agreement contained therein.[48] Treaty claims, characterised by ICSID tribunals as being governed by public international law, would most likely not fall within the scope of the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements because they are not "civil or commercial" in nature. Concerning treaty claims, there should therefore be no conflict between ICSID arbitration and proceedings governed by the future Hague Convention.

dd) Umbrella clauses

33 Some BITs contain a so-called "umbrella clause" which "elevates" some or all breaches of the private investment contract to violations of the BIT, that is to breaches of a treaty under public international law.[49] In the BIT, the host State undertakes the obligation to comply with all its obligations arising out of investment contracts, and therefore a violation of the contract with the foreign investor also amounts to a breach of the said clause in the BIT.[50] It depends on the facts of the specific case and the wording of the provisions in question where the line is to be drawn between contractual breaches that do, and those that do not rise to the level of treaty violations.[51] There is also a view that every breach by the State of a contract with an alien invokes the State's international responsibility[52] but this is not the view generally adopted by ICSID tribunals. However, the umbrella clause tends to narrow the gap between contract and treaty violations and intends to achieve more than what is already the norm under customary public international law.[53] The question therefore is whether, in cases where a claim could be characterised as being based both on the investment contract and on a treaty (the BIT), there could be parallel proceedings before State courts and an ICSID tribunal causing a conflict between the future Hague Convention and ICSID.

34 In *SGS v. Pakistan*, the Tribunal was faced with an investment contract concluded in 1995 between SGS, a Swiss investor, and Pakistan, which contained a clause in favour of national arbitration in Pakistan. The BIT between Switzerland and Pakistan, which entered into force on 6 May 1996, that is after the conclusion of the investment contract, contained a clause in favour of ICSID arbitration and a clause which, according to SGS, elevated all breaches of the investment contract to breaches of the BIT. The Tribunal did not follow this reasoning. It considered its jurisdiction to be limited to treaty claims based upon a breach of a substantive provision of the BIT, no matter whether they were based on the same facts as a contract claim.[54] The Tribunal stated, moreover, that the "umbrella clause" was not worded clearly enough to "elevate" all contract claims to treaty claims. The reasons given were based on judicial self-restraint and the policy concern not to undermine the forum choice made by the parties to the investment contract.[55] The decision was widely criticised in doctrine, not so much for its aim and intended effect but for the narrow interpretation given to the umbrella clause which was considered to go against its wording and intention.[56]

35 ICSID tribunals normally try to be consistent with decisions of previous ICSID tribunals[57] although those do not have a binding effect of precedent, but only six months after *SGS v. Pakistan*, another ICSID Tribunal in the almost identical case of *SGS v. Philippines* came to an opposite conclusion concerning the umbrella clause[58] and, consequently, its own jurisdiction over treaty claims which arose from contract claims,[59] while at the same time finding a different way to respect the choice of court agreement. The Tribunal asserted its jurisdiction over the alleged breach of such contractual commitments which, by way of the umbrella clause, also constituted a breach of treaty obligations. However, the Tribunal stated that the umbrella clause did not make "the determination of how much money the Philippines is obliged to pay (...) a treaty matter. The extent of the obligation is still governed by the contract, and it can only be determined by reference

[45] See *Lanco v. Argentina* (*supra* note 35).
[46] *Siemens v. Argentina* (*supra* note 44), at para. 180.
[47] O. Spiermann (*supra* note 13), pp. 210 *et seq.*
[48] See, *e.g.*, *Compañia de Aguas v. Argentina*, Award (*supra* note 39), at para. 53, with abstract by B.A. Maric, *ibid.* at p. 425; and the comments by B.M. Cremades (*supra* note 16), at pp. 90 *et seq.*; *SGS v. Pakistan (supra* note 27), at paras. 186 *et seq.*
[49] C. Schreuer (*supra* note 19), at pp. 249 *et seq.*; S.A. Alexandrov (*supra* note 18), at p. 556. J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 403, note 31, state that in a sample of BITs taken from the publication *Investment Treaties* (ICSID ed. 2003), 94 of 236 (about 40%) contained umbrella clauses. Other phrases have also been used to describe these clauses, including elevator clauses and minor effect clauses.
[50] In *Compañia de Aguas v. Argentina*, Award (*supra* note 39), at the jurisdiction stage the arbitral tribunal held that its jurisdiction was limited to breaches of treaty obligations. Subsequently, when considering the merits the Tribunal found that the proof of the treaty claims against Argentina depended almost entirely on whether the Province of Tucumán had complied with its contractual obligations *vis-à-vis* the investor. Because the investor and the province of Tucumán, in their investment contract, had agreed on the jurisdiction of the administrative tribunals of that province for contractual disputes, the arbitral tribunal felt obliged to refrain from deciding about the treaty claims. It stated that the investor had the duty to pursue these claims before the administrative tribunals first, as agreed. Only if this did not give him justice, he could resort to ICSID arbitration against Argentina. The Tribunal distinguished this from a requirement to exhaust local remedies and attributed the duty to the agreed choice of court only (*ibid.* at paras. 77 *et seq.*).
This part of the decision was annulled by an *Ad hoc* Committee. Such Committee may annul the award on one of five grounds listed in Article 52(1) ICSID. Here, the *Ad hoc* Committee held, if one attempts a translation into terms used in the context of the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, that the contractual claim arose as an incidental question in the arbitral proceedings on the treaty claim and could therefore be decided incidentally, as a necessary step on the way to the decision on the treaty claim, even though jurisdiction for a decision on the contractual claim in its own right was vested in the courts of the host State pursuant to the choice of court agreement (*Vivendi v. Argentina*, Decision on annulment (*supra* note 39), at paras. 102 *et seq.*). For an even clearer definition of the umbrella clause, see *SGS v. Philippines* (*supra* note 43), at paras. 121 *et seq.*
[51] S.A. Alexandrov (*supra* note 18), at p. 565.
[52] For an overview of doctrine defending this "maximalist approach", see P. Weill, "*Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*", 128 *Recueil des Cours* 95, 1969, at 134-137. Weill, however, does not seem to share the approach and reports that case law does not normally follow it, either (*ibid.* at p. 137).
[53] S.A. Alexandrov (*supra* note 18), at p. 566.
[54] *SGS v. Pakistan* (*supra* note 27), at paras 186 *et seq.*
[55] See *SGS v. Pakistan* (*supra* note 27), at para. 168; J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 405.
[56] See, *e.g.*, S.A. Alexandrov (*supra* note 18), p. 570; C. Schreuer (*supra* note 19), pp. 252 *et seq.*; J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 405.
[57] For a discussion on this, see *SGS v. Philippines* (*supra* note 43), at para. 97; but also C. Schreuer (*supra* note 19), p. 256, on the difficulty of developing a *jurisprudence constante* through *ad hoc* tribunals of varying composition and in the absence of binding precedent.
[58] *SGS v. Philippines* (*supra* note 43), at paras. 115, 121, 122, 125.
[59] *SGS v. Philippines* (*supra* note 43), at paras. 136-155, 162-163.

The Future Convention and Arbitration

par référence aux termes du contrat »[60]. *SGS* c. *Philippines* est devenue la première affaire dans laquelle un accord d'élection de for a expressément reçu application en relation avec la compétence du CIRDI[61] : le tribunal a jugé que les demandes contractuelles étaient irrecevables devant lui du fait de l'existence de l'accord d'élection de for en faveur de deux tribunaux particuliers des Philippines dans le contrat d'investissement. Il a sursis[62] à sa procédure en attendant le règlement de la demande contractuelle (c'est-à-dire du montant dû par les Philippines à SGS) conformément aux procédures de règlement des différends contractuels[63] et a indiqué que « Le tribunal ne peut accepter que les clauses-type de compétence des TBI priment automatiquement sur le choix obligatoire d'un for par les parties pour régler leurs demandes contractuelles »[64].

36 Dans l'affaire *SGS* c. *Philippines*, le tribunal a précisé que « la compétence résultant du traité n'est pas révoquée par contrat. La question est de savoir si une partie devrait être autorisée à se fonder sur un contrat comme base de sa demande alors que le contrat lui-même renvoie cette demande à un autre for de manière exclusive. Selon le tribunal, la réponse est qu'elle ne devrait pas y être autorisée, en l'absence d'un juste motif, tel que la force majeure, interdisant au demandeur d'observer son contrat. Cet empêchement, fondé comme il l'est sur le principe qu'une partie à un contrat ne peut fonder une demande sur ce contrat sans l'observer elle-même, est plus naturellement considéré comme une question de recevabilité que de compétence »[65].

37 Récemment, un autre tribunal d'arbitrage CIRDI a également fondé sa décision sur la distinction entre les demandes contractuelles et les demandes conventionnelles. Dans l'affaire *Joy Mining* c. Égypte, il a jugé qu'il était compétent à l'égard des demandes conventionnelles mais que toutes les demandes qui lui étaient soumises échappaient au tBI et à la Convention CIRDI parce qu'il n'y avait pas « d'investissement ». Le tribunal a indiqué que « on ne peut considérer qu'une clause-parapluie insérée dans le Traité, et d'une manière peu remarquable, pourrait avoir pour effet de transformer tous les différends contractuels en différends relatifs aux investissements en vertu du traité, sauf bien sûr dans le cas où il y aurait une violation manifeste des droits et obligations résultant du traité ou une violation des droits contractuels d'une importance telle qu'elle déclenche la protection résultant du traité, ce qui n'est pas le cas. Le rapport entre le contrat et le traité constitue le chaînon manquant qui interdit un tel effet. Il pourrait en être entièrement autrement dans d'autres cas où l'existence de ce chaînon est constatée, mais ce n'est certainement pas le cas ici »[66]. Le tribunal a ensuite indiqué qu'en l'absence d'un investissement et à la lumière du fait que toutes les demandes en cause avaient un fondement contractuel, « il est nécessaire de conclure qu'en l'absence de toute compétence CIRDI, seule reste la clause d'élection de for. Il n'est pas question ici de compétence CIRDI exclusive ou de concours de compétence ; encore moins pourrait-on adopter ici la solution de *SGS* c. *Philippines*, renvoyant les parties aux tribunaux locaux d'abord et suspendant la compétence CIRDI jusqu'à l'achèvement de cette première étape »[67].

38 On peut donc dire que la crainte exprimée par certains auteurs[68] que la décision dans *SGS* c. *Philippines*, du fait de la large interprétation donnée à la clause-parapluie, pourrait modifier l'approche prudente prise par le tribunal d'arbitrage dans l'affaire *SGS* c. *Pakistan* dans son respect de l'élection de for par les parties, était infondée. Dans l'affaire *SGS* c. *Philippines* et des décisions ultérieures impliquant des clauses-parapluie, les tribunaux d'arbitrage CIRDI ont rendu hommage à l'accord d'élection de for soit en suspendant la procédure d'arbitrage dans l'attente du règlement du différend contractuel par le tribunal élu, soit en déclinant leur propre compétence. De sorte que si les moyens de donner effet à des clauses de compétence exclusive sont différents, la préoccupation en tant que telle semble être partagée parmi les tribunaux CIRDI.

ee) Clauses attribuant au CIRDI compétence à l'égard de « tout différend relatif aux investissements »

39 Il est accepté en principe que les tribunaux d'arbitrage CIRDI peuvent également être compétents à l'égard de demandes purement contractuelles, fondées sur un accord contractuel ou sur une clause du TBI à cet effet[69]. Certains TBI renvoient « tout différend relatif aux investissements » à l'arbitrage CIRDI, et cela est interprété comme recouvrant et les demandes conventionnelles et les demandes contractuelles[70]. Il sera donc intéressant d'examiner comment les tribunaux CIRDI, compétents au titre de cette clause à l'égard de toute demande relative à un investissement, qu'elle soit fondée sur le traité ou contractuelle, ont traité la présence d'un accord d'élection de for.

40 Le premier organisme à traiter explicitement cette question était un comité dit *ad hoc*, organe d'appel constitué en vertu de l'article 52 de la Convention CIRDI, auquel il était demandé d'annuler la sentence rendue dans *Compañia de Aguas* c. *Argentine*[71] (au stade de l'appel, du fait d'une subrogation, couramment désignée *Vivendi* c. *Argentine*[72]). Si le TBI entre l'Argentine et la France ne comporte pas de clause-parapluie[73] élevant les manquements au contrat au rang de manquements au traité, il attribue cependant une compétence aux tribunaux CIRDI à l'égard de « tout différend relatif aux investissements », c'est-à-dire également pour les demandes ne faisant pas valoir des violations des dispositions matérielles du TBI mais uniquement des fautes contractuelles[74]. Il n'était donc pas nécessaire pour le comité *ad hoc* de distinguer entre demandes contractuelles et conventionnelles car il était compétent pour les deux, tant qu'elles étaient relatives à un investissement. Il a néanmoins distingué les deux types de demande, jugé que les demandes en cause étaient (également) conventionnelles, et indiqué que l'existence d'une clause d'élection de for dans un contrat sous-jacent ne prive pas un tribunal d'arbitrage CIRDI de sa compétence à l'égard des demandes conventionnelles, y compris les demandes conventionnelles nées du contrat. Le tribunal compétent à l'égard des demandes conventionnelles, qui étaient en fait des demandes contractuelles élevées au rang de violation du traité, avait le devoir de trancher la question préalable incidente de

[60] *SGS* c. *Philippines* (*supra*, note 43), para. 127 et s.
[61] O. Spiermann (*supra*, note 13), p. 198.
[62] Dans cette affaire, le tribunal d'arbitrage s'est inspiré d'une décision du tribunal siégeant en vertu de l'annexe VII à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (10 décembre 1982, 21 *ILM* 1261 (1982), 1833 *Nations Unies – Recueil des Traités* 3). Ce tribunal a tranché le concours entre le tribunal de l'annexe VII et la compétence exclusive éventuelle de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) en sursoyant à sa procédure pendant la résolution de la question par la CJCE. *Usine MOX (Irlande* c. *Royaume-Uni)*, Cour permanente d'arbitrage, ordonnance No 3, 42 *ILM* 1187 (2003), para. 20-30 et p. 1199.
[63] *SGS* c. *Philippines* (*supra*, note 43), para. 136-155, 163, 169-177.
[64] *SGS* c. *Philippines* (*supra*, note 43), para. 134, 153.
[65] *SGS* c. *Philippines* (*supra*, note 43), para. 154.
[66] *Joy Mining Machinery Limited* c. *République Arabe d'Egypte*, Affaire CIRDI NO ARB/03/11, sentence sur la compétence, 6 août 2004, 44 *ILM* 73 (2005) (ci-après *Joy Mining* c. *Egypte*), para. 63, 75, 81 et s.
[67] *Joy Mining* c. *Egypte* (*supra*, note 66), para. 89. Curieusement, après avoir rejeté la compétence CIRDI, le tribunal est allé encore plus loin et a examiné la clause d'élection de for qui renvoyait le différend aux tribunaux internes mais prévoyait en outre un mécanisme d'arbitrage distinct en vertu des règles CNUDCI. Le tribunal a jugé que les conditions de l'arbitrage CNUDCI étaient réunies, que la possibilité d'avoir recours aux tribunaux égyptiens était donc écartée et que le demandeur était « soumis à une obligation de respecter la clause d'élection de for du contrat dans la mesure où le recours à la procédure CNUDCI a été convenu et de respecter les décisions au fond du tribunal d'arbitrage ainsi saisi de l'affaire » (*ibid.*, para. 92, 97 et 99).
[68] J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra*, note 17), p. 412.
[69] *SGS* c. *Pakistan* (*supra*, note 27), para. 161 ; J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra*, note 17), p. 398, 412 ; S.A. Alexandrov (*supra*, note 18), p. 575 et s.
[70] Voir par ex. S.A. Alexandrov (*supra*, note 18), p. 556 ; C. Schreuer (*supra*, note 19), p. 249 et s.
[71] *Supra*, note 39.
[72] *Vivendi* c. *Argentine*, décision sur l'annulation (*supra*, note 39).
[73] J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra*, note 17), p. 402.
[74] C. Schreuer (*supra*, note 19), p. 249.

to the terms of the contract".[60] *SGS v. Philippines* became the first case in which a choice of court agreement was explicitly given effect in respect of ICSID's jurisdiction:[61] The Tribunal ruled that contractual claims were inadmissible before it due to the existence of the choice of court agreement in favour of two specific courts of the Philippines in the investment contract. It stayed[62] the proceedings awaiting a determination of the contractual claim (*i.e.,* the amount payable by the Philippines to SGS) in accordance with the contractual dispute settlement procedures[63] and stated: "The Tribunal cannot accept that standard BIT jurisdiction clauses automatically override the binding selection of a forum by the parties to determine their contractual claims."[64]

36 The Tribunal in *SGS v. Philippines* clarified that "treaty jurisdiction is not abrogated by contract. The question is whether a party should be allowed to rely on a contract as the basis of its claim when the contract itself refers that claim exclusively to another forum. In the Tribunal's view the answer is that it should not be allowed to do so, unless there are good reasons, such as *force majeure*, preventing the claimant from complying with its contract. This impediment, based as it is on the principle that a party to a contract cannot claim on that contract without itself complying with it, is more naturally considered as a matter of admissibility than jurisdiction."[65]

37 Recently, another ICSID Tribunal equally based its decision on the distinction between contract claims and treaty claims. It held in *Joy Mining v. Egypt* that it had jurisdiction over treaty claims, but all the claims before it fell outside the BIT and the ICSID Convention because there was no "investment". The Tribunal stated that "it could not be held that an umbrella clause inserted in the Treaty, and not very prominently, could have the effect of transforming all contract disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be a clear violation of the Treaty rights and obligations or a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection, which is not the case. The connection between the Contract and the Treaty is the missing link that prevents any such effect. This might be perfectly different in other cases where that link is found to exist, but certainly it is not the case here."[66] The Tribunal went on to say that, in the absence of an investment and in light of the fact that all the claims involved were contract-based claims, "it is necessary to conclude that in the absence of any ICSID jurisdiction, only the forum selection clause stands. There is no question here of either exclusive ICSID jurisdiction or of concurrent jurisdiction; even less so is there room here to adopt the solution of *SGS v. Philippines*, directing the parties to local courts first and suspending ICSID jurisdiction until that first step is completed."[67]

38 It can therefore be said that the fear expressed by some authors[68] that the decision in *SGS v. Philippines,* because of the wide interpretation given to the umbrella clause, might change the cautious approach taken by the *SGS v. Pakistan* Tribunal in its respect for the forum choice of the parties, was without reason. In *SGS v. Philippines* and subsequent decisions involving umbrella clauses, ICSID tribunals paid tribute to the choice of court agreement by either staying the arbitration proceedings until the contractual dispute had been decided by the chosen court, or declining their own jurisdiction. So while the ways to uphold exclusive jurisdiction clauses are different, the concern as such seems to be common among ICSID tribunals.

ee) Clauses establishing ICSID jurisdiction over "any disputes relating to investments"

39 It is in principle accepted that ICSID tribunals can also have jurisdiction over purely contractual claims, either based on a contractual agreement or on a clause in the BIT to that effect.[69] Some BITs refer "any disputes relating to investments" to ICSID arbitration, and this is interpreted as covering both contract and treaty claims.[70] It will therefore be interesting to examine how ICSID tribunals, having jurisdiction by way of the said clause over any claim relating to an investment, be it treaty-based or contractual, have dealt with the presence of a choice of court agreement.

40 The first body to address this explicitly was a so-called *Ad hoc* Committee, an appellate body established under Article 52 of the ICSID Convention which was requested to annul the award made in *Compañia de Aguas v. Argentina*[71] (at the appeal stage, due to a subrogation, commonly referred to as *Vivendi v. Argentina*[72]). While the BIT between Argentina and France does not contain an umbrella clause[73] elevating breaches of contract to breaches of treaty, it confers jurisdiction upon ICSID tribunals over "any dispute relating to investment", that is also for claims which do not assert violations of the BIT's substantive provisions but only breaches of contract.[74] The *Ad hoc* Committee therefore did not need to distinguish between contract and treaty claims because it had jurisdiction over both, as long as they related to an investment. It nevertheless distinguished between the two types of claim, found the claims at issue to be (also) treaty claims and stated that the existence of a forum selection clause in an underlying contract does not strip an ICSID tribunal of jurisdiction over treaty claims, including treaty claims arising out of the contract. The Tribunal which had jurisdiction over treaty claims that were in fact contract claims elevated to breach of treaty, had the *duty* to decide the incidental preliminary question whether there had been a breach of contract, in order to

[60] *SGS v. Philippines* (*supra* note 43), at paras. 127 *et seq.*
[61] O. Spiermann (*supra* note 13), p. 198.
[62] In this case, the tribunal drew inspiration from a decision of the tribunal sitting under Annex VII of the *United Nations Convention on the Law of the Sea* (10 December 1982, 21 *ILM* 1261 (1982) = 1833 *UNTS* 3). That tribunal had resolved the competition between the Annex VII tribunal and the possible exclusive jurisdiction of the European Court of Justice (ECJ) by staying its proceedings while the issue was resolved by the ECJ. *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Permanent Court of Arbitration, Order No 3, 42 *ILM* 1187 (2003), at paras. 20–30 and at p. 1199.
[63] *SGS v. Philippines* (*supra* note 43), at paras. 136-155, 163, 169-177.
[64] *SGS v. Philippines* (*supra* note 43), at paras. 134, 153.
[65] *SGS v. Philippines* (*supra* note 43), para. 154.
[66] *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004, 44 *ILM* 73 (2005) (hereinafter: *Joy Mining v. Egypt*), at paras. 63, 75, 81 *et seq.*
[67] *Joy Mining v. Egypt* (*supra* note 66), at para. 89. Surprisingly, after having denied ICSID jurisdiction, the Tribunal went even further and examined the forum selection clause which referred the dispute to domestic courts but provided in addition for a separate mechanism of arbitration under the UNCITRAL rules. The Tribunal found that conditions for UNCITRAL arbitration were met, that the option of resorting to Egyptian courts was therefore precluded and that the claimant was "under an obligation to observe the Contract forum selection clause in so far as resort to UNCITRAL proceedings has been agreed to and to abide by the decisions on the merits by the tribunal thus seized of the matter." (*ibid.* at paras. 92, 97 and 99).
[68] J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 412.
[69] *SGS v. Pakistan* (*supra* note 27), at para. 161; J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), pp. 398, 412; S.A. Alexandrov (*supra* note 18), at pp. 575 *et seq.*
[70] See, *e.g.*, S.A. Alexandrov (*supra* note 18), at p. 556; C. Schreuer (*supra* note 19), at pp. 249 *et seq.*
[71] *Supra* note 39.
[72] *Vivendi v. Argentina*, Decision on annulment (*supra* note 39).
[73] J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 402.
[74] C. Schreuer (*supra* note 19), p. 249.

l'existence d'une infraction au contrat, afin de parvenir à sa décision sur l'existence d'une infraction au traité[75].

41 Un auteur en a conclu qu'une fois des demandes conventionnelles présentées, les tribunaux d'arbitrage fondés sur le traité sont tenus d'en décider (à condition que toutes les autres conditions de la compétence soient remplies) et ne peuvent abdiquer cette responsabilité au motif que les demandes conventionnelles sont entrelacées ou inextricablement liées à des demandes contractuelles. Ni des clauses d'élection de for contractuelles ni des procédures parallèles devant des tribunaux nationaux ou arbitrages ne peuvent interdire à un tribunal d'arbitrage fondé sur un traité de remplir sa responsabilité de décider des demandes fondées sur des infractions au traité[76]. Cette conclusion est effectivement justifiée, mais uniquement pour les demandes *conventionnelles* (qui ne seraient probablement pas de nature civile ou commerciale, et de ce fait ne seraient pas couvertes par la Convention de La Haye). La question reste de savoir si un tribunal d'arbitrage CIRDI connaîtra de demandes purement contractuelles qui n'équivalent pas également à des infractions au traité si le contrat d'investissement contenait une clause exclusive d'élection de for.

42 En réponse à cette question, le comité dans l'affaire Vivendi a mis au point le « critère de fondement essentiel ». Il a souligné que « Dans une affaire où le fondement essentiel d'une demande soumise à un tribunal international est une faute contractuelle, le tribunal donnera effet à toute clause régulière d'élection de for dans le contrat »[77]. « Par contre, lorsque le « fondement essentiel de la demande » est un traité fixant une norme autonome par rapport à laquelle la conduite des parties doit être appréciée, l'existence d'une clause exclusive de compétence dans un contrat entre le demandeur et l'état défendeur ou l'une de ses collectivités ne peut empêcher l'application de la norme résultant du traité »[78]. Dans la même veine, un tribunal d'arbitrage CIRDI a confirmé sa compétence à l'égard des demandes *conventionnelles* dans un différend né directement d'un investissement. Bien que né d'un contrat comportant une clause de compétence exclusive, le différend tel que l'a formulé le demandeur a été considéré comme un différend dans le cadre du traité. Le critère de premier abord selon lequel si les affirmations du demandeur étaient exactes, cela reviendrait à une violation du traité, était rempli[79].

43 Il semble donc que dans le cas où une demande contractuelle relèverait à la fois de la clause d'élection de for et de la référence à l'arbitrage CIRDI dans un TBI de formulation étendue, le tribunal d'arbitrage CIRDI chercherait à établir si le « centre de gravité » du différend a un fondement de nature conventionnelle ou contractuelle, et n'exercerait sa compétence que dans le premier cas. On peut donc dire encore que les tribunaux d'arbitrage CIRDI cherchent à respecter les clauses de résolution des différends convenues antérieurement, du moins en ce qui concerne les demandes contractuelles[80].

Conclusion

44 Il semble que des procédures parallèles devant les tribunaux nationaux en vertu de la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for et les tribunaux d'arbitrage en vertu de la CIRDI ont assez peu de chances de survenir. Une application soigneuse du critère dit de « triple identité » en ce qui concerne les mêmes parties[81], objet et cause d'action en justice[82] résoudra souvent la difficulté à un stade précoce, notamment parce que le contentieux devant les tribunaux internes implique souvent en qualité de défendeur non l'État d'accueil mais un organisme d'État, alors que les procédures CIRDI sont engagées à l'encontre de l'État d'accueil lui-même[83]. Mais même en cas d'identité des trois éléments entre les différends en cause, les clauses exigeant l'épuisement des voies de recours internes avant l'engagement d'un arbitrage CIRDI, ou rendant un choix entre les tribunaux nationaux et l'arbitrage définitif et irrévocable (bifurcation), réduisent encore le potentiel de procédures parallèles. Enfin, dans les affaires restantes, il semble que les tribunaux d'arbitrage CIRDI soient généralement réticents à accepter une compétence à l'égard de différends de nature purement contractuelle qui ne reviennent pas également à des demandes conventionnelles, et qu'ils respectent normalement un accord d'élection de for[84] pour les différends contractuels qui figure dans le contrat d'investissement.

45 Comme l'investisseur peut toujours renoncer à l'arbitrage international en acceptant une clause d'élection de for ou d'arbitrage dans un contrat d'investissement auquel l'État d'accueil est également partie[85], l'État d'accueil ne serait pas en infraction au TBI s'il concluait un accord d'élection de for ou se fondait sur ce dernier[86]. Ceci parce que, si l'investisseur accepte par la suite l'offre permanente de l'État d'accueil présente dans le TBI en demandant l'arbitrage CIRDI, cette offre prévaudra sur l'accord d'élection de for, dans la mesure où les deux couvrent les mêmes parties, objet et cause de l'action.

2. La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958)[87]

46 La Convention de New York, largement ratifiée[88], s'applique d'abord et avant tout à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées (art. I). Cependant, l'article II(3) contraint le tribunal d'un État contractant, au stade dit de la compétence dans notre contexte, à donner effet non seulement à une sentence arbitrale mais à une convention d'arbitrage en tant que telle : le tribunal d'un État contractant saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une clause compromissoire, au sens de cette Convention, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite clause est cadu-

[75] *Vivendi* c. *Argentine*, décision sur l'annulation (*supra*, note 39), para. 102 ; voir également S.A. Alexandrov (*supra*, note 18), p. 562, à l'appui de cette démarche avec d'autres références.
[76] S.A. Alexandrov (*supra*, note 18), p. 564.
[77] *Vivendi* c. *Argentine*, décision sur l'annulation (*supra*, note 39), para. 98. Voir en outre au sujet de ce critère L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra*, note 30), p. 59 et s.
[78] *Vivendi* c. *Argentine*, décision sur l'annulation (*supra*, note 39), para. 101.
[79] *Siemens* c. *Argentine* (*supra*, note 44), para. 180.
[80] *SGS* c. *Pakistan* (*supra*, note 27), para. 161 ; J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra*, note 17), p. 411.
[81] Le fait que les parties à l'accord d'élection de for et à la procédure CIRDI n'étaient pas les mêmes a contribué, par ex., à la décision du tribunal d'arbitrage CIRDI de se déclarer compétent dans l'affaire *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA* c. *le Royaume du Maroc*, Affaire CIRDI No ARB/00/4, décision sur la compétence, 23 juillet 2001, 42 *ILM* 609 (2003) (ci-après *Salini* c. *Maroc*), para. 30 et s.
[82] Voir *Joy Mining* c. *Egypte* (*supra*, note 66), para. 74 et s.
[83] La question de savoir si les actes de l'organisme sont attribuables à l'État d'accueil est alors une question de fond de l'arbitrage. C'était le cas dans l'affaire *Compañia de Aguas* c. *Argentine*, sentence (*supra*, note 39) ; voir également B.M. Cremades (*supra*, note 16), p. 91.
[84] Dans les affaires *Lanco* c. *Argentine* (*supra*, note 35), para. 26 ; *Salini* c. *Maroc* (*supra*, note 81), para. 27 ; et *SGS* c. *Philippines* (*supra*, note 43), para. 138, l'accord d'élection de for a été jugé ne pas primer sur le choix de l'arbitrage CIRDI parce qu'il ne représentait pas de « choix réel ». Le contrat d'investissement ou concession comportait une clause soumettant tout différend né du contrat à des tribunaux administratifs qui auraient en tout état de cause été compétents selon le droit de l'État d'accueil, et dont la compétence n'était susceptible ni d'extension ni de dérogation par les parties. Un tel « accord d'élection de for » a été jugé constituer une déclaration de la situation juridique selon le droit interne de l'État d'accueil, et « l'accord réel », fondé sur la volonté des parties, était trouvé dans le choix de l'arbitrage CIRDI. Voir également la note liminaire de E. Gaillard et Y. Banifatemi, 42 *ILM* 606 (2003), et O. Spiermann (*supra*, note 13), p. 193, 199.
[85] O. Spiermann (*supra*, note 13), p. 207.
[86] Il convient de mentionner que dans l'affaire *Lanco* c. *l'Argentine*, l'accord d'élection de for était considéré comme ne pas étant exclusif, et le tribunal CIRDI en a conclu que l'accord n'impliquait pas une renonciation au droit à l'arbitrage CIRDI (voir sur ce point O. Spiermann, *supra*, note 13, p. 191 pour plus de détails). Dans l'avant-projet de Convention, cependant, « exclusif » signifie « à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal *d'un État* » puisque la Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes (art. 2(4)). Sur l'ajout possible des mots « ou d'autres organes de résolution des litiges », voir *infra* paragraphe 53.
[87] 330 *Nations Unies – Recueil des Traités* 38, No 4739 (1959).
[88] Au 24 mai 2005, elle comptait 135 États parties, voir <www.uncitral.org>.

come to its decision to decide on whether there was a breach of treaty.[75]

41 One author concludes from this that once treaty claims are asserted, treaty-based arbitral tribunals are bound to decide on those claims (provided all other jurisdictional requirements are met) and cannot abdicate this responsibility on the grounds that the treaty claims are intertwined or inextricably linked with contract claims. Neither contractual forum selection clauses nor parallel proceedings in domestic courts or arbitration under such clauses can bar a treaty-based arbitral tribunal from discharging its responsibility to decide on claims for the breaches of the treaty.[76] This conclusion is indeed true, but only for *treaty* claims (which would probably not be "civil or commercial" and therefore not be covered by the Hague Convention). The question remains whether purely contractual claims that do not also amount to a breach of treaty would be heard by an ICSID tribunal if the investment contract contained an exclusive choice of court clause.

42 In response to this question, the *Vivendi* Committee developed the "essential basis test". It stressed that "In a case where the essential basis of a claim brought before an international tribunal is a breach of contract, the tribunal will give effect to any valid choice of forum clause in the contract."[77] "On the other hand, where 'the fundamental basis of the claim' is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard."[78] In the same vein, an ICSID tribunal confirmed its jurisdiction over the *treaty* claims of a dispute arising directly from an investment. Although arising out of a contract which contained an exclusive jurisdiction clause, the dispute as formulated by the claimant was considered to be a dispute under the Treaty. The *prima facie* test that, if the claimant's allegations were correct, this would amount to a breach of treaty, was satisfied.[79]

43 Therefore, it seems that where a contractual claim would be covered both by the choice of court clause and the reference to ICSID arbitration in a widely-phrased BIT, the ICSID tribunal would try to assess whether the "centre of gravity" of the dispute is treaty-based or contract-based, and only exercise jurisdiction if the former is the case. It can therefore still be said that ICSID tribunals try to respect previously agreed dispute resolution clauses, at least insofar as contractual claims are concerned.[80]

Conclusion

44 It seems that parallel proceedings before State courts under the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and arbitral tribunals under ICSID are rather unlikely to arise. A careful application of the so-called "triple identity test" as concerns the same parties,[81] object and cause of action[82] will often resolve the problem at an early stage, in particular because litigation before domestic courts often involves not the host State as a defendant, but some State agency, while ICSID proceedings are brought against the host State itself.[83] But even where all three elements are the same in the disputes concerned, clauses requiring the exhaustion of domestic remedies before ICSID arbitration can be started, or making a choice between State courts and arbitration final and irrevocable (fork in the road), further reduce the potential for parallel proceedings. Finally, in the remaining cases it seems that ICSID tribunals are generally reluctant to accept jurisdiction over purely contractual disputes that do not also amount to treaty claims, and that they normally respect a choice of court agreement[84] for contractual disputes which is contained in the investment contract.

45 Since the investor can always waive international arbitration by agreeing to a forum or arbitration clause in an investment contract to which the host State is also party,[85] the host State would not breach the BIT when concluding the choice of court agreement or relying on it.[86] This is also because, if the investor subsequently accepts the host State's standing offer in the BIT by requesting ICSID arbitration, this will prevail over the choice of court agreement as far as both cover the same parties, object and cause of action.

2. The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958)[87]

46 The widely ratified[88] New York Convention first and foremost applies to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought (Art. I). However, Article II(3) obliges a court of a Contracting State, at what is called the "jurisdiction stage" in our context, to enforce not only an arbitral award but also an arbitration agreement as such: The court of a Contracting State, when seised of an action in a matter in respect of which the parties have concluded an arbitration clause within the meaning of that Convention, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the

[75] *Vivendi v. Argentina*, Decision on annulment (*supra* note 39), paras. 102, 111; see also S.A. Alexandrov (*supra* note 18), at p. 562, in support of this approach with further references.
[76] S.A. Alexandrov (*supra* note 18), at p. 564.
[77] *Vivendi v. Argentina*, Decision on annulment (*supra* note 39), at para. 98. See further on this test L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), at p. 59 *et seq.*
[78] *Vivendi v. Argentina*, Decision on annulment (*supra* note 39), at para. 101.
[79] *Siemens v. Argentina* (*supra* note 44), at para. 180.
[80] *SGS v. Pakistan* (*supra* note 27), at para. 161; J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 411.
[81] The fact that the parties to the choice of court agreement and to the ICSID proceedings were not the same contributed to the decision of the ICSID Tribunal to assume jurisdiction, *e.g.*, in *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, 42 *ILM* 609 (2003) (hereinafter *Salini v. Morocco*), at paras. 30 *et seq.*
[82] See *Joy Mining v. Egypt* (*supra* note 66), at paras. 74 *et seq.*
[83] Whether the acts of the agency can be attributed to the host State is then a question concerning the merits of the arbitration. This was the case in *Compañia de Aguas v. Argentina*, Award (*supra* note 39); see also B.M. Cremades (*supra* note 16), at p. 91.
[84] In *Lanco v. Argentina* (*supra* note 35), at para. 26; *Salini v. Morocco* (*supra* note 81), at para. 27; *SGS v. Philippines* (*supra* note 43), para. 138, the choice of court agreement was found not to override the choice for ICSID arbitration because it represented no "real choice". The concession or investment contract contained a clause submitting any disputes arising out of the contract to administrative tribunals which would anyway have had jurisdiction under the law of the host State, and the jurisdiction of which was neither open to prorogation nor derogation by the parties. Such a "choice of court agreement" was considered to be a declaratory statement of the legal situation under the domestic law of the host State, and the "real agreement", based on the will of the parties, was seen in the choice for ICSID arbitration. See also the "Introductory Note" by E. Gaillard and Y. Banifatemi, 42 *ILM* 606 (2003), and O. Spiermann (*supra* note 13), at pp. 193, 199.
[85] O. Spiermann (*supra* note 13), p. 207.
[86] It is worth mentioning that in *Lanco v. Argentina*, the choice of court agreement was held not to be exclusive, and the ICSID Tribunal concluded from this that it did not imply a waiver of the right to ICSID arbitration (see on this O. Spiermann, *supra* note 13, p. 191 for further details). In the preliminary draft Convention, however, "exclusive" means "to the exclusion of any other *State* courts" since the Convention does not apply to arbitration and related proceedings (Article 2(4)). On a possible addition of the words "or other dispute resolution bodies" see *infra* paragraph 53.
[87] 330 *UNTS* 38, No 4739 (1959).
[88] As at 24 May 2005, it has 135 States Parties, see <http://www.uncitral.org>.

The Future Convention and Arbitration

que, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. En outre, l'article II(1) impose à chaque État contractant de reconnaître l'accord écrit par lequel les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

47 Il découle de ce qui est indiqué ci-dessus que la validité de la clause d'arbitrage, son application éventuelle au différend, et si tel est le cas, l'interprétation de ce dont les parties sont convenues viennent ici aussi en premier. Ladite obligation de « renvoyer les parties à l'arbitrage », selon le paragraphe 3, ne s'applique pas si le tribunal constate que la convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. Si le tribunal constate que la convention d'arbitrage ne recouvre pas les parties ou le litige qui lui est soumis, ou qu'elle a été remplacée par un accord d'élection de for[89], la Convention de New York permet au tribunal d'exercer sa compétence car il peut être supposé qu'il n'y aura pas de procédure d'arbitrage.

48 Si, par contre, le tribunal constate que la convention d'arbitrage est régulière, et prime sur tout accord d'élection de for existant (parce que celui-ci n'est pas régulier, ou parce qu'il ne recouvre pas les parties ou le différend, ou parce qu'il a été remplacé par la convention d'arbitrage), l'effet de l'article II(3) est de créer une incompétence partielle des tribunaux nationaux, à savoir de connaître du fond de l'affaire. L'avis dominant est que l'obligation de « renvoyer les parties à l'arbitrage » ne signifie pas que le tribunal doit imposer l'arbitrage, mais simplement qu'il a le devoir de surseoir à statuer ou de se dessaisir de l'instance qui lui est soumise, et ce aussi uniquement à la demande de l'une des parties[90]. La volonté des parties reste clairement décisive à ce stade aussi.

49 Contrairement à la Convention CIRDI, la Convention de New York ne détermine pas qui est juge ultime de la compétence, l'arbitre ou le tribunal national. En vertu de presque toutes les lois internes, le tribunal a le dernier mot sur la question de la compétence de l'arbitre. La plupart des lois permettent à l'arbitre de se prononcer de manière provisoire sur une exception d'incompétence à son égard et de poursuivre l'arbitrage s'il juge qu'il est bien compétent. Cependant, les lois divergent quant à la question de savoir si une partie peut demander au tribunal d'examiner l'avis de l'arbitre sur sa compétence en cours d'arbitrage – ce qui peut occasionner un retard dans l'arbitrage – ou uniquement après le prononcé de la sentence[91]. Dans le premier cas, il existe un risque de procédures parallèles[92], mais non sur le fond. Les procédures concernent un problème de compétence et aboutiront à une décision judiciaire tranchant finalement la question et liant également le tribunal arbitral, et de ce fait évitant des procédures parallèles sur le fond.

50 Il est dit que l'absence d'une disposition de la Convention de New York relative au concours entre l'avis de l'arbitre sur sa compétence et une mise en cause de cet avis devant un tribunal en cours d'arbitrage n'est pas ressentie comme étant une omission car cela peut être laissé « à la prudence des tribunaux »[93]. D'autres sont d'avis, cependant, qu'une disposition à cet égard aurait eu l'avantage de supprimer les différences entre les lois nationales à ce sujet[94].

51 Dans l'introduction ci-dessus il est expliqué que l'arbitrage, sous réserve de quelques très rares exceptions « a-nationales » ou « internationales » telles que le CIRDI ou le centre régional de Kuala Lumpur pour l'arbitrage (KLRCA), est régi par des règles de procédure choisies par les parties et les lois relatives à l'arbitrage de l'État où l'arbitrage à lieu. Cette affirmation doit être légèrement étendue dans un contexte international, par exemple lorsque l'arbitrage en Suisse et / ou une procédure judiciaire aux États-Unis ont été convenus et qu'un tribunal aux États-Unis est alors saisi, la loi procédurale de ce tribunal régira la manière de traiter de la clause compromissoire.

52 Les procédures d'arbitrage auxquelles s'applique la Convention de New York ne sont pas des exceptions à ce qui a été constaté précédemment concernant un concours purement interne entre un accord d'élection de for et une convention d'arbitrage. On peut donc supposer, comme affirmé ci-dessus, que les tribunaux d'arbitrage et les juridictions nationales disposent de mécanismes suffisants pour traiter ces situations, qui éviteront normalement les procédures parallèles. L'obligation en vertu de la Convention de New York de « renvoyer les parties à l'arbitrage » lorsqu'il existe une convention d'arbitrage régulière, confirme cette position. La question de savoir s'il existe bien une convention d'arbitrage régulière dans une affaire où il existe également un accord d'élection de for dépend de l'application des règles de validité formelle et matérielle en droit national et international, et en définitive dans une très large mesure de l'interprétation de la « volonté réelle des parties ».

3. Le stade de la compétence – conclusion

53 La conclusion d'ensemble est que l'article 5 de l'avant-projet de Convention et la loi interne sont suffisants pour éviter les conflits de traités entre la future Convention de La Haye et les traités d'arbitrage. De plus, il ne semble pas y avoir un risque trop élevé de procédures parallèles qui nécessiterait des règles supplémentaires dans la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for. Le seul moyen de minimiser un tel risque serait de limiter la définition des accords d'élection de for relevant de la future Convention de La Haye à « un accord [...] qui désigne [...] soit les tribunaux d'un État contractant soit un ou plusieurs tribunaux particuliers dans un État contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal ou organisme de règlement des litiges. » Le risque de positions différentes quant à la validité de l'accord d'élection de for, tel qu'il existe déjà en vertu des articles 5 et 7 pour les procédures judiciaires parallèles, persisterait cependant. À la lumière de la nature assez exceptionnelle des situations décrites ci-dessus, et de la pratique existante des juridictions et tribunaux d'arbitrage qui a donné lieu à ce jour à des solutions raisonnables dans la plupart des cas, cette limitation radicale du champ d'application et de l'importance de la future Convention de La Haye ne semble cependant pas justifiée.

B. Le stade de la reconnaissance et de l'exécution

54 Comme expliqué ci-dessus, bien qu'il soit peu probable que des procédures parallèles[95] soient engagées et poursuivies jusqu'au prononcé d'une décision dans chacune d'entre elles, cela n'est pas absolument exclu. Pour des procédures judiciai-

[89] T.T. Arvind, « *The Draft Hague Judgments Convention: Some Perspectives from Arbitration* », *Netherlands International Law Review* 2004, p. 337 et s., fait remarquer qu'une telle renonciation à une convention d'arbitrage, en vertu de la Convention de New York, est couverte par le fait que la convention est « inopérante ». Ce mot, qui figurait dans des projets antérieurs de la Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, a été supprimé en décembre 2003.

[90] A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer / Anvers / Boston / Londres / Francfort 1981, p. 129 et s., 131 et s., 137 et s.

[91] *Ibidem*, p. 131 et s.

[92] S'il existe déjà un jugement sur le même litige entre les mêmes parties lors de la demande d'arbitrage, le principe de la chose jugée rendrait la convention d'arbitrage inopérante ; voir A.J. van den Berg (*supra*, note 90), p. 158.

[93] P. Sanders, « The « New York Convention » », *International Commercial Arbitration II* (1960), p. 307.

[94] Voir par ex. A.J. van den Berg (*supra*, note 90), p. 132.

[95] Lorsque nous sommes confrontés, non à des procédures parallèles mais successives, parce que le TBI requiert l'épuisement des voies de recours internes avant tout recours à l'arbitrage CIRDI, cela signifie que l'État d'accueil convient que la sentence arbitrale CIRDI prévaut – tant sur le plan interne qu'international – sur une décision judiciaire interne antérieure. Ces décisions ne seraient donc pas considérées comme incompatibles, et il n'y aurait donc pas conflit de traités.

said clause is null and void, inoperative or incapable of being performed. Moreover, Article II(1) requires that each Contracting State shall recognise an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

47 Following what was said above, the validity of the arbitration clause and, in the affirmative, its coverage of the dispute and the interpretation of what the parties have agreed upon also come first here. The said obligation to "refer the parties to arbitration", according to paragraph 3, does not apply if the court finds the agreement to be null and void, inoperative or incapable of being performed. If the court finds that the arbitration agreement does not cover the parties or the dispute before it, or that it was replaced by a choice of court agreement,[89] the New York Convention allows the court to exercise jurisdiction because it can be assumed that there will be no arbitral proceedings.

48 If, on the other hand, the court finds the arbitration agreement to be valid, and to prevail over any existing choice of court agreement (either because the latter is not valid, or because it does not cover the parties or the dispute, or because it was superseded by the arbitration agreement), the effect of Article II(3) is to create a partial incompetence of the State courts, namely to try the merits of the case. The prevailing opinion is that the duty to "refer the parties to arbitration" does not mean that the court has to impose arbitration, but merely has the duty to stay or dismiss the proceedings before it, and this also only upon request by one of the parties.[90] Clearly, the will of the parties remains decisive also at this stage.

49 Unlike the ICSID Convention, the New York Convention does not regulate who is the ultimate judge of who is competent – the arbitrator or the State court. Under almost all internal laws the court has the last word on the question whether the arbitrator has competence. Most laws allow the arbitrator to rule provisionally on the plea that he lacks competence and to proceed with the arbitration if he finds that he does have competence. However, the laws differ concerning whether the court can be requested by a party to scrutinise the arbitrator's view on his competence during the arbitration – which may cause delay in the arbitration – or only after the award is made.[91] In the first case, there is a risk of parallel proceedings,[92] but these are not on the merits. They concern the jurisdiction issue and will result in a court decision that ultimately decides this question with binding effect also for the arbitral tribunal, thereby avoiding parallel proceedings on the merits.

50 It is said that the absence of a provision in the New York Convention concerning the concurrence of the arbitrator's view on his competence with a questioning of this view in court during the arbitration is not to be felt as an omission because this can be left to "the prudence of the courts".[93] Others, however, feel that a provision to this effect would have had the benefit of erasing the differences in national law on this point.[94]

51 In the introduction above it was explained that arbitration, with very few "a-national" or "international" exceptions like ICSID or the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), is governed by procedural rules chosen by the parties and the arbitration laws of the State where the arbitration takes place. This statement has to be slightly expanded in an international context; where, *e.g.*, arbitration in Switzerland and / or court proceedings in the United States were agreed and the United States court is then seised, that court's procedural law will decide how to deal with the arbitration clause.

52 The arbitral proceedings to which the New York Convention applies are no exception to what was said before concerning a purely internal competition between choice of court and arbitration agreements. Therefore, it can be assumed, as stated above, that arbitral tribunals and State courts have sufficient mechanisms at their disposal to deal with these situations, which will normally avoid parallel proceedings. The obligation under the New York Convention to "refer the parties to arbitration" *where* there is a valid arbitration agreement, confirms this position. *Whether* there is indeed a valid arbitration agreement in a case where there also is a choice of court agreement depends on the application of rules on formal and substantive validity under national and international law, and ultimately to a large extent upon the interpretation of the "real will of the parties".

3. *The jurisdiction stage – Conclusion*

53 The overall conclusion is that Article 5 of the preliminary draft Convention and internal law are sufficient to avoid a treaty conflict between the future Hague Convention and arbitration treaties. Moreover, there does not seem to be too great a risk of parallel proceedings which would require additional rules in the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Clauses. The only way to minimise such risk at all would be to restrict the definition of choice of court agreements covered by the future Hague Conventions to "an agreement (...) that (...) designates (...) the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State to the exclusion of any other courts or dispute-resolution bodies." The risk of different views on the validity of the choice of court agreement, however, as it exists already under Articles 5 and 7 for parallel court proceedings, would remain. In light of the rather exceptional nature of the situations described above, and existing practice of courts and arbitral tribunals which has led to reasonable results in most cases so far, this drastic limitation of scope and importance of the future Hague Convention does not, however, seem to be justified.

B. *The recognition and enforcement stage*

54 As explained above, although it is unlikely that parallel[95] proceedings are initiated and pursued until a decision is rendered in each of them, it is not absolutely impossible. For parallel *court* proceedings, this is implicit in the preliminary

[89] T.T. Arvind, "The Draft Hague Judgments Convention: Some Perspectives from Arbitration", *Netherlands International Law Review* 2004, p. 337, at p. 348, points out that such waiver of an arbitration agreement, under the New York Convention, is covered by the agreement being "inoperative". This word, which appeared in earlier drafts of the Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, was however deleted in December 2003.

[90] A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer / Antwerp / Boston / London / Frankfurt 1981, pp. 129 *et seq.*, 131 *et seq.*, 137 *et seq.*

[91] A.J. van den Berg (*supra* note 90), pp. 131 *et seq.*

[92] If there is already a court judgment in the same dispute between the same parties when arbitration is sought, the principle of *res judicata* would make the arbitration agreement inoperative; see A.J. van den Berg (*supra* note 90), p. 158.

[93] P. Sanders, "The 'New York Convention'", *International Commercial Arbitration II* (1960), p. 293, at p. 307.

[94] See, *e.g.*, A.J. van den Berg (*supra* note 90), p. 132.

[95] Where we are faced not with *parallel* but with *successive* proceedings because the BIT requires the exhaustion of domestic remedies before ICSID arbitration may be instituted, this implies that the host State thereby agrees that the ICSID arbitral award shall prevail – both internally and internationally – over a preceding domestic court decision. So these decisions would not be considered irreconcilable, and there would not be a treaty conflict.

res parallèles, cela résulte implicitement de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for parce que le tribunal élu et le tribunal saisi mais non élu pourraient parvenir à des résultats différents lors de l'application des critères de validité de l'accord d'élection de for, et des critères permettant d'écarter cet accord en vertu de l'article 7[96]. Il peut naturellement en être de même lorsqu'une convention d'arbitrage et un accord d'élection de for sont en cause et que les organismes de règlement des litiges concluent tous deux qu'ils sont compétents à l'égard du même litige. De même, l'interprétation de la « volonté réelle des parties » par les deux organismes de règlement des litiges peut diverger, donnant ainsi naissance à des procédures parallèles et en définitive à des décisions incompatibles.

55 Il a été indiqué ci-dessus que cela a peu de chances de se produire et ne nécessite donc pas de règle dans la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for au stade de la compétence. Des décisions contradictoires devraient donc également être très rares. Pour ce motif, la discussion ci-dessous se concentrera sur les éventuels conflits de traités, notamment entre la Convention de La Haye d'une part et la CIRDI et la Convention de New York d'autre part. Qu'en serait-il s'il était demandé à un tribunal de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale étrangère en vertu de l'un de ces instruments, et qu'en même temps la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger entre les mêmes parties et concernant le même litige soient demandées en vertu de la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for ?

1. La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États

56 L'un des intérêts particuliers de l'arbitrage CIRDI est l'obligation pour chaque État contractant, qu'il soit ou non partie au différend, de reconnaître une sentence en vertu de la Convention CIRDI comme étant obligatoire et de faire exécuter les obligations pécuniaires imposées par la sentence comme s'il s'agissait d'un jugement définitif des tribunaux de cet État. Le régime CIRDI de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales est bien plus rigide que les autres régimes d'arbitrage commercial international[97], par exemple la Convention de New York examinée ci-dessous.

« *Article 54*

(1) Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État.

(2) [...]

(3) L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'État sur le territoire duquel on cherche à y procéder. »

57 Comme à l'article 9 de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, « l'exécution » dans la terminologie CIRDI ne désigne pas l'exécution effective au moyen de mesures de contraintes telles que la saisie, mais l'acte par lequel l'État requis déclare exécutoire la sentence, ou que le créancier de la sentence a le droit légal de faire exécuter la sentence[98]. Selon la terminologie des négociations de La Haye, cela correspondrait à la déclaration de caractère exécutoire, l'enregistrement en vue de l'exécution ou l'exequatur.

58 En vertu de l'article 54(1) de la Convention CIRDI, toutes les sentences sont reconnues comme ayant le même caractère obligatoire qu'un jugement définitif rendu dans l'État requis. L'exécution (c'est-à-dire l'exequatur) est rendu obligatoire en ce qui concerne les obligations pécuniaires. Les sentences CIRDI ne sont susceptibles d'aucune révision par les juridictions locales avant l'exécution (art. 54 CIRDI). La Convention CIRDI ne comporte aucun motif de refus de reconnaissance et d'exécution. Toutes les objections doivent être soulevées en cours d'arbitrage, si nécessaire selon la procédure de révision prévue par la Convention[99]. Aucun motif de refus de reconnaissance ou d'exécution ne peut être invoqué en droit interne non plus à ce stade[100].

59 Par ce système autonome « a-national », les sentences CIRDI sont abritées de l'examen des juridictions nationales jusqu'à ce qu'une sentence doive recevoir exécution[101]. On peut donc dire que du point de vue de la Convention CIRDI, il y a une obligation absolue de déclarer exécutoire une sentence CIRDI. Cela soulève la question de savoir si l'avant-projet de Convention de La Haye permet à l'État requis de se conformer à son obligation en vertu de la CIRDI.

60 Du point de vue de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, en vertu de l'article 9(1) *f*), l'existence d'un jugement incompatible rendu dans l'État requis est un motif de refus de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal élu. Si le jugement servant de fondement au refus de reconnaissance et d'exécution était rendu dans un autre État, le critère (qui est réel dans le cas de jugements d'autres États contractants et théorique dans le cas de jugements d'États non contractants) consiste à savoir s'il a été rendu en violation de la Convention de La Haye. Cela signifie, en d'autres termes, qu'un jugement rendu antérieurement par un tribunal qui avait (ou aurait eu) la possibilité de le faire en vertu de l'article 7 de la future Convention de La Haye est un obstacle à la reconnaissance du jugement rendu par le tribunal élu.

61 À l'instar d'autres instruments sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, l'article 9 ne comporte aucune disposition parallèle pour les sentences arbitrales susceptibles de servir de motif pour refuser la reconnaissance d'un jugement rendu par le tribunal élu en vertu de la Convention de La Haye. En ce qui concerne le traitement de cette situa-

[96] Lors de sa réunion des 18 au 20 avril 2005, le Comité de rédaction a débattu de cette question à l'égard de l'art. 11. La question était de savoir si l'obligation de ne pas reconnaître un jugement rendu en violation d'un accord d'élection de for devrait recouvrir les jugements des États non contractants uniquement, ou également les jugements des États contractants. Le résultat provisoire de la discussion a été que l'art. 11 ne devrait pas s'adresser aux États contractants. Leurs obligations sont décrites dans les art. 5 et 7, et on devrait leur faire confiance pour s'y conformer (voir Doc. prél. No 28 de mai 2005, para. 29, *supra*, p. 278)

[97] L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra*, note 30), p. 95 et s.

[98] *Ibidem*.

[99] *Ibidem*, p. 97 et s. et ci-dessus, para. 40, pour ce régime de révision.

[100] L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra*, note 30), p. 96. Il est rapporté que toutes ces considérations restent normalement purement théoriques car les sentences CIRDI sont généralement exécutées volontairement par l'État débiteur – notamment dans la crainte des conséquences politiques défavorables qu'une inobservation pourrait avoir auprès de la communauté de la Banque Mondiale (*ibid.* p. 107, indiquant que sur plus de 20 sentences CIRDI rendues en 2002, seules trois ont donné lieu à une procédure d'exécution).

[101] L'exécution forcée en tant que telle (« exécution » au sens de la terminologie CIRDI) est laissée au droit interne de l'État requis (art. 54(3) CIRDI) et nécessite normalement l'assistance des juridictions locales qui prononcent des jugements et / ou ordonnent la saisie de biens du débiteur de la sentence. A ce stade de l'exécution, le droit interne peut fixer des délais, des exigences relatives à la devise, ou exiger des preuves de ce que la sentence n'est pas susceptible d'être annulée. En outre, la Convention CIRDI n'oblige pas un État contractant à exécuter une sentence CIRDI dans des circonstances où un jugement définitif équivalent de ses propres tribunaux ne pourrait pas recevoir exécution. Voir L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra*, note 30), p. 95 et s., 106 et s. Comme en vertu d'autres conventions, il y aura probablement des avis différents quant à savoir si l'exception d'ordre public peut être invoquée non seulement au stade de la décision d'exequatur (qui est exclue par la Convention CIRDI), mais également au cours de l'exécution forcée proprement dite. Mais même si cette démarche controversée était adoptée, la question de savoir si l'existence d'un jugement rendu dans l'État requérant ou devant être reconnu en vertu de la future Convention de La Haye atteindrait le seuil de l'ordre public au stade de l'exécution forcée nécessiterait un examen très attentif dans chaque cas d'espèce.

draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements because the chosen court and the court seised but not chosen might come to different results when applying the criteria for the validity of the choice of court agreement, and the criteria allowing to disregard such agreement under Article 7.[96] The same can of course happen where an arbitration agreement and a choice of court agreement are at issue and both dispute resolution bodies conclude that they have jurisdiction over the same dispute. Likewise, the interpretation of the "real will of the parties" by the two dispute resolution bodies may differ, thus giving rise to parallel proceedings and ultimately to conflicting decisions.

55 Above, it has been described that this is not all too likely to happen and does not therefore require a rule in the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Clauses at the jurisdiction stage. Consequently, conflicting decisions should be very rare as well. For this reason, the discussion below will focus on possible treaty conflicts, in particular between the Hague Convention on the one hand, and ICSID and the New York Convention on the other hand. What if a court is requested to recognise and enforce a foreign arbitral award under one of these instruments, and at the same time the recognition and enforcement of a foreign judgment between the same parties and concerning the same dispute is sought under the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements?

1. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States

56 One particular attraction of ICSID arbitration is the requirement that each Contracting State, whether or not a party to the dispute, is required to recognise an award pursuant to the ICSID Convention as binding and to enforce the pecuniary obligations imposed by the award as if it were a final judgment of that State's courts. The ICSID regime for recognition and enforcement of arbitral awards is much more rigid than other international commercial arbitration regimes,[97] *e.g.*, the New York Convention discussed below.

"*Article 54*

(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State.

(2) (...).

(3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought."

57 Like in Article 9 of the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, "enforcement" in the ICSID terminology does not refer to the actual execution through coercive measures such as seizure etc., but to the act of the requested State which declares the award enforceable, or that the award creditor has the legal right to execute the award.[98] In the terminology of the Hague negotiations, this would therefore correspond to the declaration of enforceability, the registration for enforcement or the exequatur.

58 Under Article 54(1) of the ICSID Convention, all awards shall be *recognised* as binding like a final judgment given in the requested State. *Enforcement* (*i.e.*, the declaration of enforceability) is made mandatory, as far as monetary obligations are concerned. ICSID awards are not subject to any review by the local courts prior to enforcement (Article 54 ICSID). The ICSID Convention contains no grounds for refusal of recognition and enforcement. All objections must be raised during the arbitration, if necessary under the review procedure provided for in the ICSID Convention.[99] No grounds for refusal of recognition or enforcement may be invoked under internal law, either, at this stage.[100]

59 By this self-contained "a-national" system, ICSID awards are sheltered from the scrutiny of national courts until an award must be executed.[101] It can therefore be said that from the point of view of the ICSID Convention, there is an absolute obligation to declare an ICSID award enforceable. This raises the question whether the preliminary draft Hague Convention allows the requested State to comply with its obligation under ICSID.

60 From the perspective of the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, under Article 9(1) *f)*, the existence of a conflicting *judgment* rendered in the requested State is a ground to refuse recognition and enforcement of a judgment rendered by the chosen court. If the judgment used as a basis to refuse recognition and enforcement was rendered in another State, the test (which is a real one in case of judgments from other Contracting States and a hypothetical one in case of judgments from non-Contracting States) is whether it was rendered in contravention of the Hague Convention. This means, in other words, that an earlier judgment rendered by a court that was (or would have been) allowed to do so under Article 7 of the future Hague Convention is an obstacle to recognising the judgment rendered by the chosen court.

61 Like other instruments on the recognition and enforcement of judgments, Article 9 contains no parallel provision for arbitral awards that might be a reason not to recognise a judgment rendered by the chosen court under the Hague Convention. As concerns the treatment of such situation under the

[96] At its meeting from 18-20 April 2005, the Drafting Committee discussed this question with regard to Article 11. The question was whether the duty not to recognise a judgment that had been rendered in contravention of a choice of court agreement should extend to judgments from non-Contracting States only, or also to judgments from Contracting States. The tentative result of the discussion was that Contracting States should not be addressed by Article 11. Their obligations are described in Articles 5 and 7, and it should be trusted that they duly comply with them (see Prel. Doc. No 28 of May 2005, para. 29, *supra* p. 279).

[97] L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), pp. 95 *et seq.*

[98] L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), p. 95.

[99] On this review regime, see *supra* para. 40 and L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), pp. 97 *et seq.*

[100] L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), p. 96. It is reported that all these considerations normally remain mere theory since ICSID awards are generally complied with voluntarily by the debtor State – *inter alia* out of concern that non-compliance may have a negative political fallout within the World Bank Community (*ibid.* at p. 107, indicating that out of the over 20 ICSID awards rendered in 2002, only three led to execution proceedings).

[101] Enforcement as such (or "execution" in ICSID terminology) is left to the internal law of the requested State (Article 54(3) ICSID) and normally requires the assistance of local courts which issue judgments and / or order attachment of assets of the award debtor. At this "execution" stage, internal law may set time limits, establish requirements as to currency, or require evidence that the award is not subject to annulment. Moreover, the ICSID Convention does not obligate a Contracting State to execute an ICSID award in circumstances where an equivalent final judgment of its own courts could not be enforced. See L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), pp. 95 *et seq.*, 106 *et seq.* As under other conventions, there will probably be different views on whether the public policy exception may be invoked not only at the stage of granting *exequatur* (which is excluded by the ICSID Convention), but also during enforcement proper ("execution"). But even if this controversial approach were accepted, it would require very careful examination in each individual case whether the existence of a judgment rendered in the requested State or to be recognised under the future Hague Convention would reach the public policy threshold at the enforcement stage.

tion selon les Conventions de Bruxelles[102] et de Lugano[103], et le Règlement de Bruxelles I[104], on considère que les règles pour les jugements rendus dans l'État requis ou susceptibles d'y être reconnus s'appliquent par analogie : le principe de priorité matérialisé par ces instruments est considéré comme apportant une solution appropriée aux affaires dans lesquelles une sentence arbitrale antérieure est reconnue dans l'État requis sur la base de son droit interne ou d'un traité, avec ou sans exequatur. On considère que la sentence prime sur le jugement postérieur d'un tribunal d'un État étranger[105]. Une sentence arbitrale rendue dans l'État requis, par contre, ne suffit pas pour s'opposer à la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger[106].

62 Si ce raisonnement était adopté pour (la rédaction et) l'interprétation de l'article 9(1)*f)* (et *g)*, comme l'a proposé le Comité de rédaction dans le Document préliminaire No 28[107] au para. 37), il semble qu'un État requis pourrait refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal élu s'il est soumis à une obligation de reconnaître et d'exécuter une sentence CIRDI antérieure entre les mêmes parties et portant sur le même objet.

63 Un moyen différent et peut-être mieux adapté de résoudre tout conflit possible entre les obligations conventionnelles de reconnaître des décisions en vertu de la CIRDI et en vertu de la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for consiste à appliquer l'article 23 dans sa nouvelle version proposée par le Comité de rédaction lors de sa réunion des 18 au 20 avril[108]. Cette solution ne nécessite pas de recours à des analogies mais traite la question directement et à un niveau plus général. En outre, elle est dans la lignée de l'objet de l'article 2, paragraphe 4, selon lequel l'avant-projet de Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes afin d'éviter l'interférence avec les instruments existants relatifs à l'arbitrage[109].

64 Le projet d'article 23(4) comprend une règle sur le rapport avec d'autres instruments concernant la reconnaissance des jugements. Cependant, le paragraphe 4 ne traite pas des obligations en vertu d'autres instruments internationaux de ne pas reconnaître les jugements rendus par un tribunal élu (par exemple à cause de l'obligation de reconnaître un jugement antérieur d'un autre tribunal ou une sentence arbitrale incompatible avec le jugement « de La Haye »). Ces situations sont couvertes par le projet de paragraphes 1-3 :

– lorsque seuls des États parties à la fois à la Convention de La Haye et à la CIRDI sont en cause, la CIRDI primerait (para. 1). Dans le cas d'une obligation de reconnaître une sentence CIRDI et un jugement de La Haye incompatible, la sentence serait reconnue ;

– en vertu du paragraphe 2, la Convention de La Haye prétend à la primauté lorsque le tribunal élu est situé, ou une partie est résidente dans un État de La Haye qui n'est pas également un État CIRDI. Lorsqu'il existe une obligation conventionnelle « plus ancienne » à l'égard d'un État CIRDI qui n'est pas partie à la Convention de La Haye de ne pas reconnaître le jugement « de La Haye » mais plutôt la sentence CIRDI, cela donnerait lieu à un conflit de traités. Ce conflit est cependant réglé par le paragraphe 3 :

> **Exemple** : il est demandé à l'État A (partie aux Conventions de La Haye et CIRDI) de reconnaître un jugement prononcé dans l'État B (également partie à la Convention de La Haye et à la Convention CIRDI) déclarant que l'État B, qui dispose de biens dans l'État A, n'est redevable de rien envers un investisseur qui réside dans, et est ressortissant de, l'État C (partie à la Convention de La Haye mais non à la Convention CIRDI). En même temps, il est demandé à l'État A de reconnaître et exécuter une sentence CIRDI relative à un montant, rendue à l'encontre de l'État B en faveur de l'investisseur.
>
> Comme l'une des parties (l'investisseur) réside dans un État partie à la Convention de La Haye qui n'est pas également partie à la Convention CIRDI, la Convention de La Haye prévaudrait en vertu de l'article 23(2) tel que proposé dans le Document préliminaire No 28[110]. Cela conduirait à la reconnaissance du jugement qui déclare que l'État B ne doit rien à l'investisseur, ce qui serait incompatible avec la sentence arbitrale. Cependant, en vertu de l'article 23(3) tel que proposé dans le Document préliminaire No 28, l'obligation d'exécuter la sentence arbitrale prévaudrait en fin de compte.

65 Dans ces situations, le projet d'article 23(3) aurait pour effet que dans un cas où un État partie à la future Convention de La Haye, en se conformant à ses obligations d'exécution d'un jugement en vertu de l'article 9, enfreindrait une obligation conventionnelle « plus ancienne » en vertu de la CIRDI, cette dernière primerait.

---

[102] Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968, dite Convention de Bruxelles. Dernière version mise à jour dans le JO No C 27 du 26 janvier 1998, p. 1. Elle est désormais largement remplacée par le « Règlement de Bruxelles I » (*infra* note 104).

[103] Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988, JO No L 319 du 25 novembre 1988, p. 9.

[104] Règlement (CE) No 44/2001 du 22 décembre 2000 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO No L 12 du 16 janvier 2001, p. 1.

[105] P. Schlosser, « Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage », *Revue de l'arbitrage* 1981, p. 371 (391) ; P.F. Schlosser, *EU-Zivilprozessrecht, Kommentar*, 2e éd. 2003, No 29 sur les art. 34 à 36 du Règlement de Bruxelles I ; J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7e éd. 2002, No 59 sur l'art. 35 du Règlement de Bruxelles I.

[106] *Ibidem*, No 22 sur les art. 34 à 36 du Règlement de Bruxelles I ; S. Leible dans T. Rauscher (dir.), *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar*, 2004, No 44 sur l'art. 34 du Règlement de Bruxelles I. Cette distinction peut être expliquée par l'objet de l'art. 1 No 4 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et le Règlement de Bruxelles, qui excluent l'arbitrage du champ d'application de ces instruments parce que leurs rédacteurs ne souhaitaient pas s'immiscer dans les instruments internationaux existants en matière d'arbitrage : voir P. Jenard, « Rapport sur la Convention concernant la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale », JO No C 59 du 5 mars 1979, p. 1, troisième chapitre, au sujet de l'art. 1, sous IV D. ; P. Mankowski, dans Rauscher (dir.) (*ibid.*) No 26 sur l'art. 1 du Règlement de Bruxelles I ; P.F. Schlosser (*supra*, note 105), No 23 sur l'art. 1 du Règlement de Bruxelles I. La position de S.V. Berti, « Zum Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Luganer Übereinkommens », dans I. Schwander & W.A. Stoffel (dir.), *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel*, Fribourg / Suisse, 1994, p. 337, selon lequel une sentence arbitrale rendue dans l'État requis suffit également, n'a pas reçu un large soutien.

[107] *Supra*, note 96.

[108] *Article 23 – Rapports avec d'autres instruments internationaux* (comme proposé par le Comité de rédaction dans le Doc. prél. No 28) :

1. A l'exception de ce qui est prévu aux paragraphes 2 et 4, cette Convention n'affecte pas les instruments internationaux en vigueur dans un État contractant, conclus avant ou après la présente Convention, sauf déclaration contraire des États contractants liés par un tel instrument.

2. La présente Convention prévaut sur tout autre instrument international applicable dans un État contractant, conclu avant ou après la présente Convention, si le tribunal élu est situé, ou si une des parties réside, dans un État contractant dans lequel l'instrument n'est pas applicable.

[3. Nonobstant le paragraphe 2, un État contractant n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention dans la mesure où cette application serait incompatible avec ses obligations à l'égard d'un État non contractant, en vertu d'un traité conclu préalablement à l'adoption du texte de la présente Convention[, et à l'égard duquel l'État contractant a fait une déclaration en vertu du présent paragraphe].]

Alternative au paragraphe 3 :

[3. Nonobstant le paragraphe 2, un État contractant n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention dans la mesure où cette application serait incompatible avec ses obligations à l'égard d'un État non contractant en vertu d'un traité entré en vigueur pour cet État contractant avant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention pour cet État contractant[, et à l'égard duquel l'État contractant a fait une déclaration en vertu du présent paragraphe].]

4. Nonobstant le paragraphe 2, la présente Convention ne restreint pas l'application d'un instrument international en vigueur dans un État contractant, conclu avant ou après la présente Convention, aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for. [Toutefois, le jugement ne sera pas reconnu ou exécuté dans une mesure moindre qu'en vertu de la présente Convention.]

[5. Nonobstant les paragraphes 2 et 4, la présente Convention n'affecte pas la possibilité, pour un ou plusieurs États contractants, d'appliquer ou de se joindre à des instruments internationaux qui, concernant des matières particulières, régissent la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si tous les États concernés sont parties à la présente Convention.]

6. Aux fins de cet article, « instrument international » signifie un traité international ou des règles établies par une organisation internationale en vertu d'un traité international.

[109] Voir paragraphe 57 du Rapport explicatif (Doc. prél. No 26).

[110] *Supra*, note 96.

Conventions of Brussels[102] and Lugano[103] and the Brussels I Regulation,[104] it is held that the rules for judgments rendered in the requested State or capable of being recognised there apply by analogy: The principle of priority as embodied in these instruments is said to provide an appropriate solution for cases where an earlier arbitral award is recognised in the requested State on the basis of its internal law or of a treaty, with or without exequatur. It is held that the award prevails over the later judgment of a foreign State's court.[105] An arbitral award rendered in the *requested* State, on the other hand, is not sufficient to oppose the recognition and enforcement of a foreign judgment.[106]

62 If this reasoning were adopted for the (drafting and) interpretation of Article 9(1) *f)* (and *g)*, as proposed by the Drafting Committee in Prel. Doc. No 28[107] at para. 37), it seems that a requested State could refuse to recognise and enforce a judgment rendered by the chosen court if it is under an obligation to recognise and enforce an earlier ICSID award between the same parties and concerning the same subject matter.

63 Another, perhaps more appropriate way to solve any possible conflict between treaty obligations to recognise decisions under ICSID and under the future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements is to apply Article 23 in its new version as proposed by the Drafting Committee at its meeting from 18-20 April.[108] This solution does not need to draw on analogies but addresses the problem directly and at a more general level. Moreover, it is in line with the purpose of Article 2, paragraph 4, according to which the preliminary draft Convention does not deal with arbitration and proceedings related thereto in order to avoid interference with existing instruments on arbitration.[109]

64 The proposed Article 23(4) contains a rule on the relationship with other instruments on the recognition of judgments. However, paragraph 4 does not deal with obligations under other international instruments *not* to recognise judgments given by a chosen court (*e.g.*, because of the obligation to recognise an older judgment of another court or an arbitral award which is inconsistent with the "Hague" judgment). These cases are covered by the proposed paragraphs 1-3:

– Where only States Parties to both the Hague Convention and ICSID are involved, ICSID would prevail (para. 1). In case of a duty to recognise an ICSID award and a conflicting Hague judgment, the award would be recognised.

– Under paragraph 2, the Hague Convention claims precedence where the chosen court is situated, or a party is resident, in a Hague State that is not also an ICSID State. Where there is an "older" treaty obligation versus an ICSID State that is not a Party to the Hague Convention not to recognise the "Hague" judgment but the ICSID award instead, this would create a treaty conflict. However, this conflict is resolved by paragraph 3:

> **Example**: State A (State Party to the Hague and the ICSID Convention) is requested to recognise a judgment rendered in State B (also a State Party to the Hague and the ICSID Convention) stating that State B, which has assets in State A, does not owe anything to an investor who is resident in, and a national of, State C (a Hague but not an ICSID State). At the same time, State A is requested to recognise and enforce an ICSID award for a sum of money rendered against State B in favour of the investor.
>
> As one of the parties (the investor) is resident in a "Hague State" which is not also an "ICSID State", the Hague Convention would prevail under Article 23(2) as proposed in Preliminary Document No 28.[110] This would lead to the recognition of the judgment that State B owes nothing to the investor, which would be irreconcilable with the ICSID award. However, under Article 23(3) as proposed in Preliminary Document No 28, the obligation to enforce the ICSID award would ultimately prevail.

65 In these situations, the proposed Article 23(3) would have the effect that, if a State Party to the future Hague Convention, by complying with its obligations to enforce a judgment under Article 9, would breach an "older" treaty obligation under ICSID, the latter would prevail.

[102] *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 27 September 1968, so-called "Brussels Convention". Latest consolidated version in *O.J.* No C 27 of 26 January 1998, p. 1. Today, it has been largely superseded by the "Brussels I Regulation" (*infra* note 104).

[103] *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 16 September 1988, *O.J.* No L 319 of 25 November 1988, p. 9.

[104] Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, *O.J.* No L 12 of 16 January 2001, p. 1.

[105] P. Schlosser, "*Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage*", *Revue de l'arbitrage* 1981, p. 371 (391), P.F. Schlosser, *EU-Zivilprozessrecht, Kommentar*, 2nd ed. 2003, No 29 on Articles 34-36 of the Brussels I Regulation; J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7th ed. 2002, No 59 on Article 35 of the Brussels I Regulation.

[106] P.F. Schlosser (*supra* note 105), No 22 on Articles 34-36 of the Brussels I Regulation; S. Leible in T. Rauscher (ed.), *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar*, 2004, No 44 on Article 34 of the Brussels I Regulation. This distinction can be explained by the purpose of Article 1 No 4 of the Brussels and Lugano Conventions and the Brussels Regulation, which excludes arbitration from the scope of these instruments because the drafters of these instruments did not want to interfere with existing international instruments on arbitration; see P. Jenard, "Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters", *O.J.* No C 59 of 5 March 1979, p. 1, in Third Chapter, on Article 1, under IV D.; P. Mankowski in Rauscher (ed.) (*ibid.*), No 26 on Article 1 of the Brussels I Regulation; P.F. Schlosser (*supra* note 105), No 23 on Article 1 of the Brussels I Regulation. The position of S.V. Berti, "*Zum Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Luganer Übereinkommens*", in I. Schwander & W.A. Stoffel (eds.), *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel*, Freiburg / Switzerland, 1994, p. 337 (349), according to which an arbitral award rendered in the requested State is also sufficient, has not found wide support.

[107] *Supra* note 96.

[108] "*Article 23 – Relationship with other international instruments* (as proposed by the Drafting Committee in Prel. Doc. No 28)

1. Except as provided in paragraphs 2 and 4, this Convention shall not affect any international instrument in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, unless a contrary declaration is made by the Contracting States bound by such instrument.

2. This Convention shall prevail over any international instrument applicable in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, if the chosen court is situated, or a party is resident, in a Contracting State in which the instrument is not applicable.

[3. Notwithstanding paragraph 2, a Contracting State shall not be required to apply this Convention to the extent that to do so would be incompatible with obligations to a non-Contracting State under a treaty concluded prior to the adoption of the text of this Convention[, and in respect of which the Contracting State has made a declaration under this paragraph].]

Alternative version of paragraph 3:

[3. Notwithstanding paragraph 2, a Contracting State shall not be required to apply this Convention to the extent that to do so would be incompatible with obligations to a non-Contracting State under a treaty which entered into force for that Contracting State prior to the date on which this Convention entered into force for that Contracting State[, and in respect of which the Contracting State has made a declaration under this paragraph].]

4. Notwithstanding paragraph 2, this Convention shall not restrict the application of an international instrument in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement. [However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.]

5. [Notwithstanding paragraphs 2 and 4, this Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to apply or to enter into international instruments which, in relation to specific subject matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if all States concerned are Parties to this Convention.]

6. For the purposes of this Article, "international instrument" means an international treaty or rules made by an international organisation under an international treaty."

[109] See paragraph 57 of the Explanatory Report (Prel. Doc. No 26).

[110] *Supra* note 96.

2. La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

66 À l'instar de la CIRDI, la Convention de New York oblige les États contractants à reconnaître et exécuter les sentences arbitrales étrangères. Elle s'applique également aux sentences étrangères résultant de procédures d'arbitrage purement internes et, à condition que l'État ne fasse pas de déclaration contraire, aux sentences arbitrales émanant d'États non contractants.

« *Article III*

Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies par les articles suivants [...]. »

67 Contrairement à la CIRDI, cependant, la Convention de New York comporte certains motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Parmi ces motifs, seul l'article V(2) *b)* peut être considéré à l'égard de la situation examinée dans la présente note. Il dispose que :

« *Article V*

(1) [...]

(2) La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :

a) [...]

b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays. »

68 Si l'on peut arguer que l'effet de la chose jugée, soit d'un jugement rendu dans l'État requis lui-même soit d'un jugement étranger qui y est reconnu, fait partie de l'ordre public, des doutes subsistent cependant : si tel était le cas, les règles telles que l'article 9(1) *f)* (et *g)* selon la proposition du Comité de rédaction dans le Doc. prél. No 28[111]), qui sont quasiment des clauses types dans les traités sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, seraient superflues.

69 Mais, comme l'a montré la discussion de l'article 23 ci-dessus, il n'est pas nécessaire de résoudre la question au niveau de l'article 9 de la future Convention de La Haye et / ou de l'exception d'ordre public en vertu de l'article V(2) *b)* de la Convention de New York. L'article 23 de la future Convention de La Haye – notamment dans la version proposée par le Comité de rédaction dans le Document préliminaire No 28 – résout, ou plutôt évite, tous les conflits de traités possibles.

[111] *Supra*, note 96.

2. The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

66 Like ICSID, the New York Convention obliges Contracting States to recognise and enforce foreign arbitral awards. It also applies to foreign awards resulting from purely domestic arbitration and, provided that no declaration to the contrary is made, to arbitral awards from non-Contracting States.

"*Article III*

Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. (...)."

67 Unlike ICSID, however, the New York Convention contains some grounds for refusing the recognition and enforcement of a foreign arbitral award. Among these grounds, only Article V(2) *b)* can be considered with regard to the situation discussed in this paper. It reads:

"*Article V*

(1) (...)

(2) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

a) (...)

b) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country."

68 While it could be argued that the effect of *res judicata*, either of a judgment rendered in the requested State itself or of a foreign judgment recognised there, is part of public policy, doubts remain: If this were the case, rules like Article 9(1) *f)* (and *g)*, as proposed by the Drafting Committee in Prel. Doc. No 28[111]), which are almost standard clauses in treaties on the recognition and enforcement of foreign judgments, would be superfluous.

69 But, as the discussion of Article 23 above has shown, there is no need to resolve the issue at the level of Article 9 of the future Hague Convention and / or the public policy exception under Article V(2) *b)* of the New York Convention. Article 23 of the future Hague Convention – in particular in the version proposed by the Drafting Committee in Preliminary Document No 28 – resolves, or rather avoids, all possible treaty conflicts.

[111] *Supra* note 96.

Commission spéciale
Special Commission

Note du Bureau Permanent

Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye publie, à titre exceptionnel dans un volume des Actes et documents, les principaux documents de travail et procès-verbaux produits lors des réunions de la Commission spéciale de 2003 et 2004. Ces documents présentent un intérêt particulier pour le lecteur désireux de comprendre le changement d'orientation du projet sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, abandonné au profit d'un texte sur l'élection de for. Les orientations de celui-ci ont été principalement discutées lors de ces deux réunions de la Commission spéciale, la Session diplomatique ayant ensuite permis de finaliser et adopter le texte de la Convention sur les accords d'élection de for.

Notice by the Permanent Bureau

The Permanent Bureau of The Hague Conference publishes here, exceptionally in a volume of the Proceedings, the principal working documents and reports of the meetings of the Special Commission of 2003 and 2004. These documents will be of particular interest for the reader wishing to comprehend the change in orientation of the project on the recognition and enforcement of judgments, which was abandoned in favour of a text on the choice of court. Discussion of the orientation and direction of this latter text took place essentially during these two meetings of the Special Commission, following which the Diplomatic Session then allowed the text of the Convention on Choice of Court Agreements to be finalised and adopted.

Membres de la Commission spéciale*
Members of the Special Commission*

La Commission spéciale a siégé du premier au 9 décembre 2003 et du 21 au 27 avril 2004.

The Special Commission met from 1 to 9 December 2003 and from 21 to 27 April 2004.

EXPERTS DES ÉTATS REPRÉSENTÉS
EXPERTS OF THE STATES REPRESENTED

Afrique du Sud/South Africa
Mrs *Reetsang Innocentia Moroke*, International Affairs, Department of Justice and Constitutional Development, Pretoria

Allemagne/Germany
Mr *Rolf Wagner*, *Ministerialrat*, Section for Private International Law, Federal Ministry of Justice, Berlin
Mr *Stefano G. Bruzzone*, Counsellor, Deputy Head of Division for Civil Law, Federal Foreign Office, Ministry of Foreign Affairs, Berlin
Mr *Jürgen K. Becker*, *Amtsrat*, Third Secretary, Section for Legal and Social Affairs, Embassy of the Federal Republic of Germany, The Hague

Argentine/Argentina
H.E. Mr *José Maria Berro Madero*, Ambassador of Argentina, Embassy of Argentina, The Hague
H.E. Ms *Inés M. Weinberg de Roca*, Professor; Adviser; Judge of the Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, The Hague
Mrs *Silvia A. Raiola*, Counsellor, Embassy of Argentina, The Hague

Australie/Australia
Ms *Katherine Jones*, A/g Assistant Secretary, Attorney-General's Department, Civil Justice Division, Barton ACT
Ms *Kathy Leigh*, First Assistant Secretary, Attorney-General's Department, Barton ACT
Mr Richard *Garnett*, Associate Professor of Law, University of Melbourne, Melbourne VIC

Autriche/Austria
Mr *Gottfried Musger*, Judge, Oberlandesgericht Graz, Graz

Bélarus/Belarus
Mr *Nikolai Buzo*, Counsellor, Embassy of the Republic of Belarus, The Hague

Belgique/Belgium
M. *Jacques H.L. Matthys*, conseiller général, Direction générale de la Législation civile et des Cultes, Ministère de la Justice, Bruxelles

Bulgarie/Bulgaria
Ms *Tsvetana Kamenova*, Professor and Director, Institute for Legal Studies, Sofia

Canada
Ms *Kathryn Sabo*, Senior General Counsel, Private International Law Team, Department of Justice, Ottawa
Mme *Frédérique Sabourin*, Ministère de la Justice du Québec, Québec
Mr *Gregory K. Steele*, Partner, Steele Urquhart Payne, Vancouver
Dr *H. Scott Fairley*, Barrister and Solicitor, Toronto
Mr *Darcy McGovern*, Crown Counsel, Legislative Services Branch, Department of Justice of Saskatchewan, Regina
M. *Benoît Emery*, juge de la Cour supérieure, Montréal

Chine/China
H.E. Mrs *Hanqin Xue*, Ambassador of the People's Republic of China, Embassy of the People's Republic of China, The Hague
Mr *Jin Sun*, Deputy Director, Department of Treaty and Law, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Mr *Yongping Xiao*, Advisor, Professor, Wuhan University, Wuhan
Mr *Hanhui Yang*, Deputy Director, Department of Treaty and Law, Ministry of Commerce, Beijing
Mr *Ji-zhong Chen*, Assistant Judge, Supreme People's Court, Beijing
Ms *Xiaoli Gao*, Judge, Supreme People's Court, Beijing
Mr *Danming Jiang*, State Intellectual Property Office of the People's Republic of China, Beijing
Ms *Ni Tian*, Third Secretary, Treaty and Law Department, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Mr *Y.K. Frank Poon*, Deputy Principal Government Counsel, International Law Division, Department of Justice, Hong Kong SAR
Ms *Ka Lai Ada Leung*, Assistant Director, Intellectual Property Department, Department of Justice, Hong Kong
Mrs *Patricia Ferreira*, Subcoordinator, Government of the Macau SAR, International Law Office, Macau SAR
Ms *Carla C. Mendonca*, Legal Adviser, Government of the Macau SAR, International Law Office, Macau SAR
Mr *Jian Shen*, Embassy of the People's Republic of China, The Hague

République de Corée/Republic of Korea
Mr *Dong-Eun Chung*, Legal Counsellor, Embassy of the Republic of Korea, The Hague
Mr *Sang-Bum Yoo*, Legal Advisor to the Minister of Foreign Affairs and Trade, Ministry of Justice, Kwacheon
Mr *Hyong-Won Bae*, Judge, Director of International Affairs, Supreme Court of Korea, Seoul
Mr *Ho Keun Ryu*, Public Prosecutor, International Legal Affairs Division, Ministry of Justice, Kwacheon
Mr *Kwang-Hyun Suk*, Professor of Law, Hanyang University, Seoul
Mr *Woo-Jin Kim*, Judge, Seoul High Court, Seoul
Mr *Choong-Soo Han*, Professor, College of Law, Hanyang University, Seoul

Danemark/Denmark
Mr *Peter A. Nielsen*, Associate Professor, Copenhagen Business School, Law Department, Frederiksberg
Mr *Jon Esben Hvam*, Head of Section, Ministry of Justice, Copenhagen

* Figurent dans cette liste tous les experts et observateurs ayant participé aux travaux, qu'ils aient assisté à la première ou à la deuxième réunion.
* This list includes all experts and observers who participated in the discussions whether they attended the first or the second meeting.

Membres de la CS/SC Members

Égypte/Egypt
Mr *Mohamed I. El Shinawy*, Third Secretary, Embassy of Egypt, The Hague
Mme *Dalia Abdel-Mooti Hussein*, membre de la Direction générale de la Coopération internationale et culturelle, Le Caire

Espagne/Spain
Mrs *Alegría Borrás*, Professor of Private International Law, University of Barcelona, Barcelona
Mr *Antonio Amoros*, Legal Adviser, Section of Legislative Policy and International Juridical Cooperation, Ministry of Justice, Madrid
Ms *Esther Pias Garcia*, Legal Adviser, Section of International Juridical Co-operation, Ministry of Justice, Madrid
Mr *Tomás López Vilariño*, First Secretary, Embassy of Spain, The Hague

États-Unis d'Amérique/United States of America
Mr *Jeffrey D. Kovar*, Assistant Legal Adviser for PIL, Office of the Legal Adviser, Department of State, Washington, DC
Mr *Paul Herrup*, Office of Foreign Litigation, Civil Division, Department of Justice, Washington, DC
Ms *Jennifer A. Ness*, Attorney Adviser, U.S. Patent and Trademark Office, Office of International Relations, Washington, DC
Ms *Elaine Wu*, Attorney Adviser, U.S. Patent and Trademark Office, Office of International Relations, Washington, DC
Mr *Ronald A. Brand*, Professor of Law, University of Pittsburgh School of Law, Pittsburgh, PA
Mr *David A. Fares*, Director, Electronic Commerce, U.S. Council for International Business, New York, NY
Ms *Miriam M. Nisbet*, American Library Association, Washington, DC
Ms *Manon Ress*, Research Associate, Essential Information, Washington, DC
Ms *Louise Ellen Teitz*, Associate Professor of Law, Roger Williams University, Bristol, RI
Mr *Arthur T. von Mehren*, Story Professor of Law, Emeritus, Harvard Law School, Cambridge, MA
Mr *Marc A. Pearl*, Expert, IT Policy Solutions, Washington, DC
Mr *Peter D. Trooboff*, Expert, Covington & Burling, Washington, DC
Ms *Kayla Hall*, Intern, Office of the Legal Adviser, Department of State, Washington, DC

Finlande/Finland
Mr Justice *Gustaf Möller*, Supreme Court of Finland, Helsinki

France
Mme *Michelle Dubrocard*, conseiller juridique, Ambassade de France, La Haye
M. *Alexandre de Fontmichel*, juriste, Ministère de la Justice, Paris
Mme *Marianne Cantet*, Institut National de la Propriété Industrielle, Paris

Grèce/Greece
Mr *Spyridon Vrellis*, Professor of Private International Law, University of Athens, President of the Greek Committee of Private International Law, Athens

Hongrie/Hungary
Ms *Mária Kurucz*, Head of Division, Department of Private International Law, Ministry of Justice, Budapest
Mr *Sándor Horváth*, Department of Private International Law, Budapest

Irlande/Ireland
Ms *Regina Terry*, Principal Officer, Civil Law Reform Division, Department of Justice, Equality and Law Reform, Dublin
Mr *John Gormley*, Advisory Counsel, Office of the Attorney General, Dublin
Ms *Patricia M. Leonard*, Legal Assistant, Department of Justice, Equality and Law Reform, Dublin

Israël/Israel
Mr *Benjamin Rubin*, Legal Counsel and Legislation Division, Ministry of Justice, Jerusalem
Mrs *Nathalie Refuah*, Lawyer, Treaties Department, Office of the Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs, Jerusalem

Italie/Italy
Mr *Fausto Pocar*, Vice-President, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, The Hague
Mr *Ivo Maria Braguglia*, State Attorney, Head of Legal Department, Rome
Ms *Lidia Sandrini*, Department of International Law, University of Milan, Milan
Mr *Antonio Aresu*, Legal Adviser, Legal Department, Ministry of Foreign Affairs, Brussels, Belgium
Mr *Adriano Santacesaria*, First Counsellor, Embassy of Italy, The Hague
Mr *Giampaolo Leccisi, Magistrato di Cassazione – Vice Capo Ufficio Legislativo*, Ministry of Justice, Rome
Mrs *Irene Ambrosi, Magistrato di Tribunale Addetto All'Ufficio Legislativo*, Ministry of Justice, Rome

Japon/Japan
Mr *Masamitsu Shiseki*, Director of the Legislative Division, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice, Tokyo
Mr *Takayoshi Kamimura*, Staff Attorney, Supreme Court, Tokyo
Mr *Yasuhito Inoue*, First Secretary, Embassy of Japan, The Hague
Mr *Yuichi Fukakusa*, Deputy Director, Technology Research Division, General Affairs Department, Japan Patent Office, Tokyo
Mr *Hironori Wanami*, Attorney, Civil Affairs Bureau, Ministry of Justice and Treaties Bureau, Ministry of Foreign Affairs, Tokyo

Lettonie/Latvia
Mrs *Dagnija Palčevska*, Representative of the Department of International Judicial Cooperation, Ministry of Justice, Riga

Luxembourg
M. *Thierry Hoscheit*, juge, Tribunal de Paix, Luxembourg
Mme *Jeannine Dennewald*, attaché de Gouvernement, Ministère de la Justice, Luxembourg

Maroc/Morocco
M. *Mohammed Azzine*, conseiller juridique, Ambassade du Royaume du Maroc, La Haye
Mme *Sâadia Chadli*, ministre plénipotentiare, Ambassade du Royaume du Maroc, La Haye
Mme *Nour El Houda Benomar*, conseiller des Affaires étrangères, Ambassade du Royaume du Maroc, La Haye

Mexique/Mexico
Mrs *Zadalinda González y Reynero*, Deputy Chief of Mission, Embassy of Mexico, The Hague
Ms *Alba Patricia Oviedo Colector*, Assistant, Auxiliar in Multilateral Relations, Embassy of Mexico, The Hague
Mr *José Luis Siqueiros*, External Adviser on Private International Law, Tlaltelolco

Norvège/Norway
Mr *Helge J. Thue*, Professor, University of Bergen, Bergen

Nouvelle-Zélande/New Zealand
Mr *David J. Goddard*, Special Counsel, International Ministry of Economic Development, Wellington

Pays-Bas/Netherlands
M. *A.V.M. Struycken*, président de la Commission d'Etat néerlandaise de droit international privé, Emeritus Professor of Law, Heilig Landstichting
Mr *Paul Vlas*, Professor of Private International and Comparative Law, Vrije Universiteit Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerd-heid, Amsterdam
Mr *F.J.A. van der Velden*, Senior Legal Adviser, Ministry of Justice, The Hague

Pérou/Peru
Mr *Luis Gonzalo Cieza*, Third Secretary, Embassy of Peru, The Hague

Portugal
Ms *Raquel Ferreira Correia*, Legal Adviser, Ministry of Justice, Lisbon

Roumanie/Romania
Mme *Ioana Burduf*, conseillère juridique, Ministère de la Justice, Bucarest

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
Mr *Oliver Parker*, Legal Adviser, Department for Constitutional Affairs, London
Ms *Louise Miller*, Policy Adviser, Scottish Executive Justice Department, European & International Private Law Team, Edinburgh
Mr *Paul R. Beaumont*, Head of Law School, Professor of European Union and Private International Law, University of Aberdeen, Aberdeen
Mr *Dominic Raab*, Legal Adviser, Embassy of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, The Hague

Fédération de Russie/Russian Federation
Mr *Alexander Matveev*, Deputy Director, Legal Department, Ministry of Foreign Affairs, Moscow
Ms *Julia Kuskova*, Referent of the Legal Department, Ministry of Foreign Affairs, Moscow
Mr *Pavel Kornatsky*, Embassy of the Russian Federation, The Hague
Mr *Konstantin A. Kosorukov*, Attaché of the Legal Department, Ministry of Foreign Affairs, Moscow

Slovaquie/Slovakia
Mr *Miloš Haťapka*, Director of Private International Law Division, Ministry of Justice, Bratislava

Sri Lanka
Mr *Vadivel Krishnamoorthy*, Counsellor, Embassy of Sri Lanka, The Hague

Suède/Sweden
Mr *Patrik Alm*, Legal Adviser, Ministry of Justice, Stockholm
Ms *Charlotta Arvidsson*, Legal Adviser, Division for Procedural Law and Courts Issues, Ministry of Justice, Stockholm

Suisse/Switzerland
M. *Andreas Bucher*, professeur, Université de Genève, Genève
M. *Alexander R. Markus*, chef de la Section du droit international privé, Office fédéral de la Justice, Berne

République tchèque/Czech Republic
Mrs *Věra Krájanková*, Head of the Department of International Law and Legal Aid in Civil Matters, Prague

Ukraine
Mr *Vasyl Marmazov*, Deputy Minister of Justice, Kiev
Ms *Kateryna Shevchenko*, Head of the Department of International Legal Assistance, Directorate of International Cooperation, Ministry of Justice, Kiev
Mr *Olexandr Malynovsky*, Principal Policy Adviser, Department of Foreign Policy, Administration of the President of Ukraine, Kiev
Mr *Andriy Pravednyk*, Counsellor, Embassy of Ukraine, The Hague
Mr *V. Shkilevych*, Second Secretary, Office of the Legal Adviser, Kiev
Mrs *Lyudmyla Ruda*, Deputy Head, Department of International Legal Assistance, Ministry of Justice, Kiev
Mr *V. Denysov*, Professor of International Law, Institute of State and Law, National Academy of Science, Kiev

Venezuela*
Mr *Enrique Rondón Musso*, Minister Counsellor, Embassy of the Bolivarian Republic of Venezuela, The Hague

OBSERVATEURS — OBSERVERS

REPRÉSENTANTS D'ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES — REPRESENTATIVES FOR INTERGOVERNMENTAL ORGANISATIONS

Conseil de l'Union européenne
Council of the European Union
Mr *Fernando Paulino Pereira*, administrateur principal à la Direction générale «H» (Justice et Affaires intérieures), Secrétariat général du Conseil, Bruxelles, Belgique
Mme *Nathalie Pensaert*, administrateur, Secrétariat général du Conseil, Bruxelles, Belgique
Mme *Catherine Deboyser*, expert, Secrétariat général du Conseil, Bruxelles, Belgique

Commission européenne
European Commission
M. *Mario P. Tenreiro*, chef de l'Unité « Coopération judiciaire en matières civiles », DG Justice et Affaires générales, LX 46, Bruxelles, Belgique
Mme *Marie-Odile Baur*, JA1-A3, Bruxelles, Belgique
Mme *Anne-Marie Rouchaud-Joët*, administrateur principal, membre du Service Juridique, Bruxelles, Belgique
M. *Olivier Tell*, administrateur principal à la Commission européenne, Unité Justice civile, Bruxelles, Belgique
Mr *Johannes Karcher*, Judge, seconded National Expert, DG Market, Brussels, Belgium

Parlement européen
European Parliament
Mrs *Diana Wallis*, MEP, Brussels, Belgium
Mr *Harry Duintjer Tebbens*, Head of Division, Legal Service, Brussels, Belgium

Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle
World Intellectual Property Organization
Ms *Heike Wollgast*, Associate Legal Officer, Administrative Support Services and External Relations, Geneva, Switzerland

* Membre lors de la réunion de la Commission spéciale d'avril 2004.
* Member during the April 2004 Special Commission meeting.

REPRÉSENTANTS D'ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES – REPRESENTATIVES FOR NON-GOVERNMENTAL ORGANISATIONS

Association internationale du Barreau
International Bar Association
Mr *Stephen Schwab*, Piper Rudnick LLP, Chicago, IL, United States of America
Mr *Marc Hankin*, U.S. Patent Lawyer, Los Angeles, CA, United States of America

Association internationale de droit judiciaire
Mr *Bertel de Groote*, Researcher (IT Law; Procedural Law; Private International Law), Faculty of Law, Ghent University, Belgium

Chambre de Commerce internationale
International Chamber of Commerce
Mr *Michael Hancock*, Salans, Paris, France
Mr *Stefan Bernhard*, Lawyer, Linklaters Advokatbyrå, Stockholm, Sweden

Fédération internationale des associations de producteurs de films
International Federation of Film Producers Associations
Ms *Laurence Djolakian*, Legal Adviser, Paris, France

Association Internationale des Contrôleurs d'Assurance
International Association of Insurance Supervisors
Mr *John Oxendine*, Commissioner of Insurance for the State of Georgia, Duluth, GA, United States of America

Fédération internationale de l'industrie phonographique
International Federation of the Phonographic Industry
Ms *Ute Decker*, Senior Legal Advisor, Legal Policy Department, IFPI, London, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland

International Trademark Association
Ms *Judith Sapp*, Chair, Hague Subcommittee; Treaty Analysis Committee; Member of INTA; Komondorok LLC, Portland, ME, United States of America

Motion Picture Association
Ms *Laurence Djolakian*, Legal Adviser, Brussels, Belgium

Union internationale des Huissiers de Justice et Officiers judiciaires
International Union of Judicial Officers
M. *Leo C.J. Netten*, premier vice président de l'UIHJ, Tilburg, Pays-Bas

Union internationale du Notariat latin
International Union of Latin Notaries
M. *Jeffrey A. Talpis*, Notary; Professor of Private International Law, University of Montreal School of Law, Montreal, Canada
Mr *Paolo Pasqualis*, Notary, Portogruaro, Italy

BUREAU DE LA COMMISSION SPÉCIALE / OFFICERS OF THE SPECIAL COMMISSION

Président de la Commission spéciale
Chair of the Special Commission

Mr *Allan Philip* (Danemark/Denmark)

Vice-président de la Commission spéciale
Vice-Chair of the Special Commission

M. *Andreas Bucher* (Suisse/Switzerland)

Rapporteurs de la Commission spéciale
Reporters of the Special Commission

Mr *Masato Dogauchi* (Japon/Japan)
Mr *Trevor Hartley* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)

SECRÉTARIAT / SECRETARIAT

Secrétaire général – Secretary General
Mr *Hans van Loon*

Secrétaire général adjoint – Deputy Secretary General
Mr *William Duncan*

Premiers secrétaires – First Secretaries
Mr *Christophe Bernasconi*
Mr *Philippe Lortie*
Ms *Andrea Schulz*

Collaborateurs juridiques – Legal Officers
Mr *Jonathan Tomkin*
Mrs *Mayra Torralba*

Secrétaires rédacteurs – Recording Secretaries
Mlle *Thalia Kruger*, Louvain, Belgique
Ms *Kerstin Gollwitzer*, Regensburg, Germany
Mlle *Laurence Thébault*, Paris, France
Ms *Aude Fiorini*, Aberdeen, Scotland

Documents de travail de la Commission spéciale de décembre 2003

Working Documents of the Special Commission of December 2003

Note du Bureau Permanent

La numérotation des documents de travail de la Commission spéciale se poursuit d'une réunion à l'autre. Sont reproduits ici les documents de travails de la Commission spéciale de décembre 2003 jugés nécessaires à la compréhension du déroulement des négociations relatives au Projet sur les jugements, notamment la Convention sur les accords d'élection de for.

Notice by the Permanent Bureau

The Working Documents of the Special Commission are numbered in sequence from one meeting to the next. Are reproduced here those Working Documents of the Special Commission of December 2003 considered to be most useful for the understanding of the development of the negotiations on the Judgments Project and the Choice of Court Convention in particular.

Documents de travail Nos 1 à 6
Working Documents Nos 1 to 6

Distribués le lundi premier décembre 2003
Distributed on Monday 1 December 2003

No 1 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article premier – Champ d'application

1 La présente Convention s'applique aux accords d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale *et à la reconnaissance et à l'exécution de jugements rendus par des tribunaux des États contractants désignés par un tel accord.*

2 La Convention ne s'applique pas *aux accords d'élection de for relatifs à*:

a) des contrats entre une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (le consommateur) et une autre partie agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale, ou entre consommateurs, *à moins que, dans le premier cas, cette autre partie ne prouve qu'elle ne savait pas et n'avait aucune raison de savoir que le consommateur concluait le contrat principalement dans un but personnel, familial ou domestique, du fait, notamment, que le consommateur lui a déclaré qu'il n'agissait pas principalement dans un tel but*;

b) des contrats de travail individuels ou collectifs.

3 La Convention ne s'applique pas aux *accords d'élection de for dans les matières suivantes*:

a) l'état et la capacité des personnes;

b) les obligations alimentaires;

c) les régimes matrimoniaux et *les* autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires;

d) les testaments et *les* successions;

e) l'insolvabilité, *les* concordats et *les* matières analogues;

f) [*les* matières maritimes] [*les* contrats de transport de marchandises par mer];

g) les entraves à la concurrence [anti-trust];

h) la responsabilité nucléaire;

i) les droits réels immobiliers;

j) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale et les décisions y relatives;

k) la validité des brevets, marques et [autres droits de propriété intellectuelle – *à définir*].

[4 *Un accord d'élection de for* n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'une matière visée aux paragraphes *2* et 3 est évoquée à titre incident *à laquelle la prétention du demandeur ne se réfère pas. Biffer la seconde phrase*]

5 La Convention ne s'applique pas *aux conventions d'arbitrage* et aux procédures y afférentes, ni n'exige d'un État contractant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement si le tribunal d'origine a exercé sa compétence contrairement à une convention d'arbitrage.

6 *La Convention n'est pas applicable si les parties sont convenues:*

a) *qu'un tribunal ou que les tribunaux d'un État contractant dans lequel elles ont leur résidence habituelle seront compétents pour connaître du litige; [voir article 4, paragraphe 2 du projet]*

b) *que le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant seront compétents pour connaître du litige, alors qu'un tribunal a été saisi dans un autre État contractant dans lequel les parties résidaient habituellement et avec lequel sont liés tous les éléments du litige ainsi que la relation entre les parties, autres que l'accord d'élection de for. [voir article 5, lettre b du projet]*

7 *Aucune disposition de la présente Convention n'affecte la compétence d'attribution à raison de la matière* [*ou la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant*]. *[voir article 4, paragraphe 3 du projet]*

8 Un accord d'élection de for n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte d'un État y est partie.

9 [biffer: La Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États souverains, leurs émanations ou les organisations internationales.]

* * *

Article 1 – Scope

1 This Convention shall apply to agreements on the choice of court concluded in civil or commercial matters *and to the recognition and enforcement of judgments rendered by tribunals of Contracting States designated by such an agreement.*

2 This Convention shall not apply to *agreements on the choice of court related to* –

a) contracts between a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (the consumer) and another party acting for the purposes of its trade or profession, or between consumers, *unless, in the former case, the other party demonstrates that it neither knew nor had reason to know that the consumer was concluding the contract primarily for personal, family or household purposes, in particular due to the fact that the consumer declared not to be acting primarily for such purposes*;

b) individual or collective contracts of employment.

3 This Convention shall not apply to *agreements on the choice of court* relating to –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition or analogous matters;

f) [admiralty or maritime matters] [contracts for the carriage of goods by sea];

g) [anti-trust or competition claims];

h) nuclear liability;

i) rights *in rem* in immovable property;

j) validity, nullity, or dissolution of a legal person and decisions related thereto;

k) validity of patents, trademarks and [other intellectual property rights – *to be defined*].

[4 *An agreement on choice of court is* not excluded from the scope of the Convention if a matter referred to in paragraph 3 arises merely as an incidental question *to which claimant's request for relief does not refer. Delete the second sentence.*]

5 This Convention shall not apply to arbitration *agreements* and proceedings related thereto, nor shall it require a Contracting State to recognise and enforce a judgment if the exercise of jurisdiction by the court of origin was contrary to an arbitration agreement.

6 This Convention shall not apply if the parties have agreed –

a) *that a court or the courts of a Contracting State in which they are habitually resident have jurisdiction to determine the dispute; [see Article 4, paragraph 2 of the Draft]*

b) *that a court or the courts of a Contracting State have jurisdiction to determine the dispute, whereas a court has been seized in another Contracting State in which the parties are habitually resident and to which all other elements relevant to the dispute and the relationship of the parties, other than the choice of court agreement, are connected; [see Article 5 let. b of the Draft]*

7 Nothing in this Convention shall affect subject matter jurisdiction [or the internal allocation of jurisdiction among the courts in a Contracting State]. [see Article 4, paragraph 3 of the Draft]

8 An agreement on choice of court is not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for a State is a party thereto.

9 [delete: Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.]

Nos 2 à/to 6 – Non publiés/Not published

Documents de travail Nos 7 à 35
Working Documents Nos 7 to 35

Distribués le mardi 2 décembre 2003
Distributed on Tuesday 2 December 2003

No 7 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switerland

CHAPITRE I A – VALIDITÉ

Article 3 – Validité de l'accord d'élection de for

Un accord d'élection de for est valable *[biffer: « en la forme »] s'il résulte de l'acceptation par une partie de la proposition de l'autre partie et* s'il a été conclu :

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

b) oralement et *confirmé* par écrit ou par tout autre moyen de communication qui est accessible pour être consulté ultérieurement ;

c) conformément à un usage régulièrement suivi par les parties à l'accord d'élection de for ; ou

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

Article 3a – Erreur

1 La nullité de l'accord d'élection de for pour cause d'erreur peut être invoquée par une partie si, lors de la conclusion de l'accord, elle a commis, en se conformant aux exigences de la bonne foi, une erreur d'une importance telle que sans cette erreur, elle n'aurait pas consenti à l'accord d'élection de for.

2 L'erreur est une fausse croyance relative aux faits et au droit existant au moment de la conclusion du contrat.

3 L'erreur commise dans l'expression ou la transmission d'une déclaration est imputable à l'auteur de cette déclaration.

Article 3b – Dol

La nullité de l'accord d'élection de for pour cause de dol peut être invoquée par une partie lorsque son engagement a été déterminé par les manœuvres frauduleuses de l'autre partie ou lorsque cette dernière, contrairement aux exigences de la bonne foi, a omis frauduleusement de faire part à la première de circonstances particulières qu'elle aurait dû révéler.

Article 3c – Contrainte

La nullité de l'accord pour cause de contrainte peut être invoquée par une partie lorsque son engagement a été déterminé par les menaces injustifiées de l'autre partie, dont l'imminence et la gravité, eu égard aux circonstances, n'a laissé à la première aucune autre issue raisonnable.

Article 3d – Avantage excessif

1 La nullité de l'accord d'élection de for peut être invoquée par une partie lorsque l'accord offre injustement un avantage excessif à l'autre partie.

2 On doit notamment prendre en considération le fait que :

a) l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première ;

b) l'accord n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qu'il créé, au détriment de l'une des parties, un déséquilibre significatif entre les parties.

3 Le tribunal peut, à la demande de la partie lésée, adapter l'accord afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi.

Article 3e – Perte du droit à l'annulation

Une partie n'est plus autorisée à se prévaloir d'une cause d'annulation de l'accord d'élection de for selon les articles 3a à 3d si

a) elle a confirmé expressément ou implicitement l'accord, notamment devant le tribunal devant lequel l'accord est invoqué, alors qu'elle soit connaissait la cause d'annulation ou ne pouvait l'ignorer, soit pouvait agir librement ;

b) elle n'a pas notifié l'annulation à l'autre partie dans un délai raisonnable, eu égard aux circonstances, à partir du moment où elle soit connaissait la cause d'annulation ou ne pouvait l'ignorer, soit pouvait agir librement.

Article 3f – Questions non traitées

1 Les dispositions qui précèdent ne traitent pas :

a) de l'incapacité d'une partie ;

b) du défaut de pouvoir d'une partie ;

c) des conditions dans lesquelles les parties ne peuvent, en raison de la matière, se soustraire à la compétence des tribunaux d'un État contractant.

2 Elles ne traitent pas non plus des conditions du transfert de l'accord d'élection de for à un tiers.

Article 3g – L'autonomie de l'accord d'élection de for

La validité d'un accord d'élection de for ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que l'accord d'élection de for concernerait un litige non encore né.

* * *

CHAPTER I A – VALIDITY

Article 3 – Validity of the choice of court agreement

A choice of court agreement shall be valid [delete: "as to form"] *if it results from the acceptance by one party of the proposal made by the other party and* if it was entered into –

a) in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

b) orally and evidenced [*confirmed*] in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

c) in accordance with a usage which is regularly observed by the parties to the choice of court agreement; or

d) in accordance with a usage which the parties to the choice of court agreement knew or ought to have known and which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.

Article 3a – Mistake

1 A party may avoid the agreement for mistake if, when the agreement was concluded, the mistake was of such importance that this party, acting in accordance with good faith and fair dealing, would not have concluded the agreement on choice of court.

2 Mistake is an erroneous assumption relating to facts or to law existing when the contract was concluded.

3 An error occurring in the expression or transmission of a declaration is considered to be a mistake of the person from whom the declaration emanated.

Article 3b – Fraud

A party may avoid the agreement when it has been led to conclude the agreement by the other party's fraudulent representation or fraudulent non-disclosure of circumstances which, according to reasonable standards of fair dealing, the latter party should have disclosed.

Article 3c – Threat

A party may avoid the agreement when it has been led to conclude the agreement by the other party's unjustified threat which, having regard to the circumstances, was so imminent and serious as to leave the first party no reasonable alternative.

Article 3d – Excessive advantage

1 A party may avoid the agreement if, at the time of its conclusion, the agreement unjustifiably gave the other party an excessive advantage.

2 Regard is to be had, among other factors, to the fact that –

a) the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill;

b) the agreement has not been individually negotiated and causes a significant imbalance to the detriment of one of the parties.

3 Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the agreement in order to make it accord with reasonable standards of fair dealing.

Article 3e – Loss of right to avoid

A party is no longer entitled to assert a ground for avoiding the choice of court agreement according to Articles 3a to 3d if –

(a) it expressly or impliedly confirmed the agreement, in particular before the court before the agreement is invoked, when it knew or could not have been unaware of the ground for avoidance, or became capable of acting freely;

(b) it has not given notice of avoidance to the other party within a reasonable time, having regard to the circumstances, after it knew or could not have been unaware of the relevant facts, or became capable of acting freely.

Article 3f – Matters not covered

1 The preceding articles do not deal with –

a) lack of capacity of a party;

b) lack of authority of a party;

c) the conditions under which the parties are unable, because of the subject-matter, to agree to exclude the jurisdiction of the courts of a Contracting State.

2 They do not deal either with the conditions of a transfer of a choice of court agreement to a third party.

Article 3g – Severability of the choice of court agreement

The validity of a choice of court agreement cannot be contested on the ground that the main contract may not be valid or that the choice of court agreement concerns a dispute which has not yet arisen.

No 8 – Proposal of the delegation of China

On Article 1(6) of Swiss Proposal (Work. Doc. No 1)

This Convention shall not apply to agreements on the choice of court in situations where all elements relevant to the dispute and the relationship of the parties, other than the choice of court agreement, are connected only to one legal system.

Nos 9 à/to 12 – Non publiés/not published

No 13 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Note: Cette proposition est faite dans l'hypothèse où la Convention porte uniquement sur les accords exclusifs d'élection de for.

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 4 – Compétence du tribunal désigné

1 Si les parties sont convenues *valablement* par un accord d'élection de for [exclusif] qu'un tribunal ou des tribunaux d'un État contractant seront compétents pour connaître de tout litige né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État contractant seront compétents, sauf *s'il est établi que les parties ne pouvaient, en raison de la matière, se soustraire à la compétence des tribunaux d'un État contractant dont elles ont exclu la compétence.*

2 *Le tribunal saisi dont la compétence est fondée sur le paragraphe précédent ne peut appliquer la doctrine du* forum non conveniens *ou une règle similaire pour décliner sa compétence.*

Article 4a – Demande reconventionnelle

Le tribunal compétent pour connaître d'une demande en vertu de l'article 4 l'est également pour connaître d'une demande reconventionnelle résultant de la relation contractuelle ou des faits sur lesquels la demande originaire est fondée, sauf si la compétence de ce tribunal a été exclue par un accord d'élection de for valable et applicable à la demande reconventionnelle.

Article 5 – Primauté du tribunal désigné

Si les parties ont conclu *valablement* un accord [exclusif] d'élection de for, tout tribunal d'un État contractant *non désigné par cet accord* doit renoncer à exercer sa compétence *[biffer: « ou surseoir à statuer »]* sauf si :

a) *s'il est établi qu'en vertu du droit de l'État du tribunal saisi, les parties ne pouvaient, en raison de la matière, se soustraire à la compétence des tribunaux de cet État*;

b) *le demandeur établit qu'il est impossible de soumettre le litige au tribunal désigné, respectivement aux tribunaux désignés dans cet accord pour une raison indépendante de sa volonté*;

c) le tribunal désigné a renoncé à exercer sa compétence.

Article 6 – Mesures provisoires et conservatoires

La présente Convention n'empêche pas une partie de demander à un autre tribunal d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires, ni un tribunal d'accorder de telles mesures.

* * *

Note: This proposal is made in light of the hypothesis that the scope of the Convention will be limited to exclusive choice of court agreements.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 4 – Jurisdiction of the chosen court

1 If the parties have *validly* agreed in a [exclusive] choice of court agreement that a court or the courts of a Contracting State shall have jurisdiction to settle any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, that court or the courts of that Contracting State shall have jurisdiction, *unless it is established that the parties were unable, because of the subject-matter, to agree*

to exclude the jurisdiction of the courts of the Contracting State they have excluded.

2 *The court seized and having jurisdiction under the preceding paragraph shall not apply the doctrine of* forum non conveniens *or any similar rule for declining jurisdiction.*

Article 4a – Counter-claim

A court which has jurisdiction to determine a claim under Article 4 shall also have jurisdiction to determine a counter-claim arising out of the transaction or occurrence on which the original claim is based, unless the jurisdiction of this court has been excluded by a valid choice of court agreement applicable to such counter-claim.

Article 5 – Priority of the chosen court

If the parties have entered *validly* into a [exclusive] choice of court agreement, a court in a Contracting State *not designated in this agreement* shall decline jurisdiction *[delete: "or suspend proceedings"]* unless –

a) *it is established that under the law of the State of the court seized, the parties were unable, because of the subject-matter, to agree to exclude the jurisdiction of the courts of this State*;

b) *claimant establishes that it is impossible, for a reason independent of its will, to submit the dispute to courts, respectively to the courts designated in the agreement*;

c) the chosen court has declined jurisdiction.

Article 6 – Interim measures of protection

Nothing in this Convention shall prevent a party from requesting provisional and protective measures from any court or prevent any court from granting such measures.

No 14 – Proposal of the delegation of Japan

Article 4

1 If the parties have agreed in an exclusive choice of court agreement that a court or the courts of a Contracting States shall have jurisdiction to settle any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, that court or the courts of that Contracting States shall have jurisdiction, unless the court finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed *under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the State whose court or courts are chosen by the choice of court agreement.*

Note:

See, Article II(3) in conjunction with Article V (1)(a) of the New York Convention.

Article II(3) of the New York Convention:

"3 The courts of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed."

Article V(1)(a) of the New York Convention:

"Recognition and enforcement of the award may be refused, [...] only if that party furnishes [...] proof that:

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subject it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made;..."

....

No 15 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 4

1 The court designated in a choice of court agreement shall have jurisdiction to settle disputes subjected to the choice of court agreement, unless that court or a court of the State Party under the law of which the choice of court agreement is concluded find that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

2 [To be deleted, since this matter is now dealt with in Article 1]

3 Nothing in this Convention shall affect subject matter jurisdiction, the internal allocation of jurisdiction among the courts of a State Party or national rules applicable to the said courts.

Nos 16 à/to 35 – Non publiés/not published

Documents de travail Nos 36 à 38
Working Documents Nos 36 to 38

Distribués le samedi 6 décembre 2003
Distributed on Saturday 6 December 2003

No 36 – Proposition de la délégation du Canada – Proposal of the delegation of Canada

Le Canada reconnaît et exécute très libéralement les jugements étrangers même lorsqu'il n'est pas obligé de le faire par un traité. Ainsi notamment les jugements étrangers ne peuvent faire l'objet d'une révision au fond et les jugements rendus par défaut peuvent être exécutés.

Depuis le milieu des années 1970, des milliers de poursuites ont été intentées à l'étranger contre quelques compagnies canadiennes dans un domaine très précis : l'amiante. Dans ces circonstances, des provinces canadiennes ont adopté des législations qui créent une compétence exclusive pour les réclamations en dommages qui résultent de l'exposition à une matière première provenant de ces provinces ou de son utilisation, que cette matière ait été traitée ou non.

Par conséquent, afin de permettre à la Convention d'être appliquée dans ces provinces, une exception est nécessaire pour conserver cette compétence exclusive très limitée.

Il a été suggéré que le fardeau réside sur les tribunaux canadiens d'invoquer l'exception d'ordre public prévue à la Convention afin que le Canada puisse respecter les obligations qui en découlent. La position du Canada est que cela est une hypothèse qui n'est ni praticable ni désirable pour les autres États. La jurisprudence au Canada interprète la notion d'ordre public de façon très étroite. Il s'agit d'une solution inhabituelle à laquelle les tribunaux n'ont recours que dans des situations très exceptionnelles. De plus, le Canada est d'avis que l'application de la Convention doit être aussi transparente et prévisible que possible pour que ces objectifs soient réalisés. Une appréciation au cas par cas de l'exception de l'ordre public ne conduirait pas à ce résultat.

Afin de résoudre cette problématique, le Canada a appuyé certaines propositions présentées par la délégation de la Suisse au Document de travail No 13 qui traite des articles 4 et 5. La Commission spéciale ne semble pas être encline à accepter ces propositions.

Le Canada a donc identifié trois autres possibilités. La première exclut du champ d'application de la Convention cette matière. La seconde permet qu'une déclaration soit faite en ce qui concerne la compétence et la reconnaissance et l'exécution relativement aux articles 5 et 7 du projet de texte. La troisième prévoit la possibilité d'une déclaration excluant certaines matières du champ d'application de la Convention, en s'inspirant des termes de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*.

Option 1

Article 1(3)

(l) à la responsabilité civile pour tout préjudice résultant soit de l'exposition à une matière première, soit de son utilisation, que cette matière ait été traitée ou non.

Option 2

Article 15 bis – *Limitation de compétence*

Au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État peut déclarer que ses tribunaux auront la faculté d'exercer leur compétence nonobstant l'article 5, lorsque la procédure est relative au préjudice résultant soit de l'exposition à une matière première provenant de cet État, soit de son utilisation, que cette matière ait été traitée ou non.

Article 16 bis – *Limitation à la reconnaissance et à l'exécution*

Au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État peut déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou de déclarer exécutoire, selon le cas, un jugement portant sur le préjudice résultant soit de l'exposition à une matière première provenant de cet État, soit de son utilisation, que cette matière ait été traitée ou non.

Option 3

Article X

Au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État peut déclarer qu'il n'applique pas la Convention aux accords d'élection de for dans des matières particulières.

* * *

Canada recognizes and enforces foreign judgments very liberally even where Canada is not bound by a treaty to do so. Foreign judgments cannot be revised and default judgments can be enforced.

Since the mid-1970's, thousands of claims have been brought abroad against Canadian corporations in a very specific area: asbestos. In these circumstances, some Canadian jurisdictions have adopted legislation creating a specific exclusive jurisdiction over claims for damages arising from exposure to or use of raw materials, whether processed or not, originating in that Canadian jurisdiction.

Accordingly, in order for the Convention to be applicable in those jurisdictions, an exception is necessary that will allow this very limited exclusive jurisdiction to be preserved.

It has been suggested that the burden be placed on Canadian courts to invoke the public policy exception set out in the Convention so that Canada could respect its obligations under it. Canada takes the position that this is neither a feasible option nor one that is desirable from the perspective of other States. Jurisprudence in Canada has long interpreted the public policy exception very narrowly. It is an unusual remedy in Canada, available only in highly exceptional cases. Moreover, Canada is of the view that the application of the Convention must be as transparent and predictable as possible if its objectives are to be met. A case-by-case consideration of the public policy exception would not lead to that result.

In the interest of resolving the issue, Canada supported certain proposals of the delegation of Switzerland set out in Working Document No 13 dealing with Articles 4 and 5. The Special Commission does not appear inclined to take up those proposals.

Canada has therefore identified three further options. The first excludes the matter from the scope of the Convention. The second allows for a declaration with respect to jurisdiction and to recognition and enforcement, essentially addressing Articles 5 and 7 of the draft text. The third provides for a declaration excluding certain matters from the application of the Convention, using terminology from the Hague *Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability*.

Option 1

Article 1 (3)

(l) civil liability for damage suffered as a result of exposure to or use of raw materials, whether processed or not.

Option 2

Article 15 bis – *Limitation of jurisdiction*

Upon signature, ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may exercise jurisdiction notwithstanding Article 5, where the proceedings relate to damage suffered as a result of exposure to or the use of raw materials originating in that State, whether processed or not.

Article 16 bis – *Limitation of recognition and enforcement*

Upon signature, ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to recognize or enforce, as the case may be, a judgment relating to damage suffered as a result of exposure to or the use of minerals originating in that State.

Option 3

Article X

Upon signature, ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that it will not apply the provisions of the Convention to choice of court clauses in special fields.

No 37 – Proposition des délégations de la Chine, du Canada et de l'Australie – Proposal of the delegations of China, Canada and Australia

Système de droit non unifié

Article 18

Au regard d'un État dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ayant trait aux questions régies par la présente Convention s'appliquent dans des unités territoriales :

(a) toute référence à la loi ou à la procédure d'un État vise la loi ou la procédure en vigueur dans l'unité unité territoriale considérée ;

(b) toute référence à la résidence [habituelle] dans cet État vise la résidence habituelle dans l'unité territoriale considérée ;

(c) toute référence au tribunal ou aux tribunaux dans cet État vise le tribunal ou les tribunaux dans l'unité territoriale considérée ; et

(d) toute référence au lien avec un État vise le lien avec l'unité territoriale concernée.

Note :

La proposition est faite dans le but d'étendre l'article 18 pour faciliter l'application de la Convention dans les États avec plusieurs unités territoriales. Au regard des références répétées dans le texte à « résidence [habituelle » », « le(s) tribunal(aux) d'un État contractant », et « lien » avec un État contractant, il serait utile d'étendre les principes d'interprétation dans l'article 18 du projet de texte pour l'adapter à ces situations particulières.

* * *

Non-unified legal system

Article 18

In relation to a State in which two or more systems of law with regard to any matter dealt with in this Convention apply in different territorial units –

(a) any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring to the law or procedure in force in the relevant territorial unit;

(b) any reference to [habitual] residence in a State shall be construed as referring to [habitual] residence in the relevant territorial unit;

(c) any reference to the court or courts of a State shall be construed as referring to the court or courts in the relevant territorial unit; and

(d) any reference to the connection with a State shall be construed as referring to the connection with the relevant territorial unit.

Note :

The proposal is made for the purpose of elaborating Article 18 in order to facilitate the application of the Convention to multi-unit States. In view of the repeated references in the draft text to "[habitual] residence", "the court(s) of a Contracting State", and "connection" with a Contracting State, it would be useful to expand the interpretation principle in Article 18 of the draft text to cater for these specific situations.

No 38 – Proposal of the delegation of Germany

Article 8

2 An application for recognition or enforcement may be accompanied by the form annexed to this Convention and, if the court addressed so requires, a translation of the form made by a person qualified to do so. **The court addressed is not bound by the information contained in the form.**

Doc.trav./Work.Docs Nos 36-38

Distribué le lundi 8 décembre 2003

No 39 – Proposition du Comité de rédaction

PROJET RELATIF AUX ACCORDS EXCLUSIFS D'ÉLECTION DE FOR

Les États signataires de la présente Convention,

Désireux de promouvoir le commerce et les investissements internationaux en renforçant la coopération judiciaire,

Convaincus que cette coopération renforcée nécessite un régime juridique international apportant la sécurité et assurant l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for entre les parties à des opérations commerciales et régissant la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans le cadre de procédures fondées sur de tels accords,

Ont résolu de conclure la présente *Convention sur les accords exclusifs d'élection de for* et sont convenus des dispositions suivantes ;

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Article premier – Champ d'application

1 La présente Convention s'applique aux accords d'élection de for exclusifs conclus en matière civile ou commerciale.

2 La Convention ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for :

a) entre une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (le consommateur) et une autre partie agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale, ou entre consommateurs ;

b) relatifs aux contrats de travail individuels ou collectifs.

3 La Convention ne s'applique pas aux litiges portant à titre principal sur l'une des matières suivantes ;

a) l'état et la capacité des personnes physiques ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les autres matières en droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires ;

d) les testaments et les successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues ;

Distributed on Monday 8 December 2003

No 39 – Proposal of the Drafting Committee

DRAFT ON EXCLUSIVE CHOICE OF COURT AGREEMENTS

The States signatory to the present Convention,

Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial cooperation,

Believing that such enhanced cooperation requires a secure international legal regime that ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements by parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

Have resolved to conclude the following *Convention on Exclusive Choice of Court Agreements* and have agreed upon the following provisions:

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1 – Scope

1 This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.

2 This Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements –

a) between a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (the consumer) and another party acting for the purposes of its trade or profession, or between consumers;

b) relating to individual or collective contracts of employment.

3 This Convention shall not apply to proceedings that have as their main object any of the following matters –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition or analogous matters;

f) les contrats de transport de marchandises par mer [et autres matières maritimes];

g) les entraves à la concurrence;

h) la responsabilité nucléaire;

i) les droits réels immobiliers;

j) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, ou la validité des décisions de ses organes;

k) la validité des brevets, marques, dessins et modèles industriels protégés, ou des schémas de configuration de circuits intégrés;

l) [la validité d'autres droits de propriété intellectuelle dont la validité dépend ou résulte de leur enregistrement, sauf les droits d'auteur;]

m) la validité des inscriptions sur les registres publics.

4 Un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'une matière visée au paragraphe 3 est évoquée à titre incident.

5 La Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes, ni n'exige d'un État contractant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement si le tribunal d'origine a exercé sa compétence contrairement à une convention d'arbitrage.

6 Un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte d'un État y est partie.

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

Article 2 – Accords exclusifs d'élection de for

1 Aux fins de la présente Convention, un « accord exclusif d'élection de for » est un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, qui est conforme aux exigences prévues au paragraphe 3, et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État, soit un tribunal particulier, à l'exclusion de tout autre tribunal.

2 Un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État ou un tribunal particulier est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire.

3 Un accord d'élection de for doit être conclu ou confirmé;

a) par écrit; ou

b) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement.

4 Un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable.

f) contracts for the carriage of goods by sea [and other admiralty or maritime matters];

g) anti-trust / competition matters;

h) nuclear liability;

i) rights *in rem* in immovable property;

j) validity, nullity, or dissolution of legal persons, or the validity of decisions of their organs;

k) validity of patents, trademarks, protected industrial designs, or layout-designs of integrated circuits;

l) [validity of other intellectual property rights the validity of which depends on, or arises from, their registration, except copyright]; or

m) validity of entries in public registers.

4 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention if a matter referred to in paragraph 3 arises merely as an incidental question.

5 This Convention shall not apply to arbitration and proceedings related thereto, nor shall it require a Contracting State to recognise and enforce a judgment if the exercise of jurisdiction by the court of origin was contrary to an arbitration agreement.

6 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for a State is a party thereto.

7 Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.

Article 2 – Exclusive choice of court agreements

1 In this Convention, "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph 3 and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one State or one specific court to the exclusion of the jurisdiction of any other courts.

2 A choice of court agreement which designates the courts of one State or one specific court shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise.

3 An exclusive choice of court agreement must be entered into or evidenced –

a) in writing; or

b) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference.

4 An exclusive choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.

Article 3 – Autres définitions

1 Au sens de la présente Convention le terme « jugement » signifie toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance, de même que la fixation des frais du procès par le tribunal (y compris le greffier du tribunal), sous réserve qu'ils aient trait à une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée en application de la présente Convention.

2 Aux fins de la présente Convention, une entité ou personne autre qu'une personne physique est réputée avoir sa résidence habituelle dans l'État ;

a) de son siège statutaire ;

b) selon la loi duquel elle a été constituée ;

c) de son administration centrale ; ou

d) de son principal établissement.

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 4 – Compétence du tribunal désigné

1 Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État.

2 Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe 1 ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige.

3 Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande, ni la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant [sauf si les parties ont désigné un tribunal particulier].

4 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque toutes les parties à l'accord ont leur résidence habituelle [uniquement] dans l'État du tribunal désigné [et si la relation des parties ainsi que tous les éléments relatifs au litige sont liés à cet État].

Article 5 – Primauté du tribunal désigné

Si les parties ont conclu un accord exclusif d'élection de for, un tribunal d'un État contractant autre que l'État du for élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir sauf si ;

a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice très grave ;

d) pour des motifs exceptionnels, l'accord n'est pas susceptible d'être mis en oeuvre ;

e) le tribunal désigné a décidé de ne pas connaître du litige ; ou

f) les parties résident habituellement [uniquement] dans l'État du tribunal saisi et si la relation des parties ainsi que

Article 3 – Other definitions

1 In this Convention "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that such determination relates to a judgment which may be recognised or enforced under this Convention.

2 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be habitually resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 4 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 Nothing in this Article shall affect rules on jurisdiction related to subject matter or the value of the claim, or the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State [unless the parties designated a specific court].

4 The preceding paragraphs shall not apply if all the parties to the agreement are habitually resident [only] in the State of the designated court [and the relationship of the parties and all elements relevant to the dispute are connected with that State].

Article 5 – Priority of the chosen court

If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement, a court in a Contracting State other than the State of the chosen court shall suspend or dismiss the proceedings unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a very serious injustice;

d) for exceptional reasons the agreement cannot reasonably be performed;

e) the chosen court has decided not to hear the case; or

f) the parties are habitually resident [only] in the State of the court seised, and the relationship of the parties and all

tous les éléments du litige, autres que l'accord, sont liés à cet État.

Article 6 – Mesures provisoires et conservatoires

La présente Convention n'empêche pas une partie de demander à tout tribunal d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires, ni un tribunal d'accorder de telles mesures selon le droit de l'État du tribunal.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 7 – Reconnaissance et exécution[1]

1 Un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for sera reconnu et exécuté dans les autres États contractants conformément au présent chapitre. La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée aux seuls motifs que ;

a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu, à moins que celui-ci n'ait constaté que l'accord est valable ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État requis ;

c) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense[ou n'a pas été notifié conformément au droit de l'État dans lequel la notification a eu lieu][, à moins que le défendeur n'ait comparu et présenté sa défense sans contester la notification devant le tribunal d'origine,

à condition que le droit de l'État d'origine permette de contester la notification] ;

d) le jugement résulte d'une fraude relative à la procédure ;

e) [clause échappatoire ; – cf. Art. 5(c)] ;

f) la reconnaissance ou l'exécution de la décision serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, en particulier, si la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État[2].

2 Sans préjudice de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions du présent chapitre, il n'est procédé à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'État d'origine. Le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut.

3 Un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine.

4 La reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État

[1] La reconnaissance et l'exécution des jugements qui portent sur une matière visée à l'art. 1(3) soulevée à titre incident reste à discuter.

[2] Le Comité de rédaction n'a pas été en mesure de trouver une rédaction permettant de répondre aux préoccupations d'un de ses membres au sujet de ce paragraphe et considère qu'il y a une question à résoudre. La variante suivante a été suggérée :

f) la reconnaissance ou l'exécution de la décision serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, y compris le cas où la procédure aboutissant au jugement en l'espèce constituait une injustice sérieuse au regard de l'équité procédurale.

other elements relevant to the dispute, other than the agreement, are connected with that State.

Article 6 – Interim measures of protection

Nothing in this Convention shall prevent a party from requesting an interim measure of protection from any court or prevent a court from granting such a measure under the law of the State of the court.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 7 – Recognition and enforcement[1]

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the following grounds –

a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court, unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the requested State;

c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence [or was not notified in accordance with the law of the State where such notification took place] [, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin,

provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested];

d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

e) [escape clause? cf. Art 5(c)]

f) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, in particular if the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State.[2]

2 Without prejudice to such review as is necessary for the purpose of the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4 Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of

[1] Recognition and enforcement of judgments where a matter referred to in Art. 1(3) has arisen as an incidental question remains to be discussed.

[2] The Drafting Committe was not able to accommodate the concerns of one member with respect to this paragraph, and considers there is an issue to be solved. An alternative text was suggested:

f) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including where the specific proceedings leading to the judgment were seriously unjust with respect to procedural fairness.

d'origine ou si le délai pour exercer un recours ordinaire n'est pas expiré. Un tel refus n'empêche pas une requête ultérieure tendant à la reconnaissance ou l'exécution du jugement.

Article 8 – Pièces à produire

1 La partie qui invoque la reconnaissance ou qui demande l'exécution doit produire ;

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

b) s'il s'agit d'un jugement par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;

c) tout document de nature à établir que le jugement produit ses effets dans l'État d'origine ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet État.

2 Si le contenu du jugement ne permet pas au tribunal requis de vérifier que les conditions du présent chapitre sont remplies, ce tribunal peut exiger la preuve de l'existence de l'accord exclusif d'élection de for et tous autres documents utiles.

3 Une demande de reconnaissance ou d'exécution peut être accompagnée de la formule recommandée et publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé[3].

4 Le tribunal requis peut exiger la traduction de tout document mentionné dans cet article.

Article 9 – Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, est régie par le droit de l'État requis sauf si la Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité.

[Article 10 – Frais de procédure

Lorsqu'une partie sollicite la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement dans un État contractant en application de la présente Convention et que sa demande est rejetée, la condamnation aux frais et dépens du procès devant le tribunal requis est rendue exécutoire en vertu de la présente Convention, à la demande du créancier, dans tout autre État contractant.][4]

CHAPITRE IV – CLAUSES GÉNÉRALES

Article 13a – Dispense de la légalisation

Les documents transmis ou délivrés en application de la Convention sont dispensés de toute légalisation ou de toute formalité analogue.

[3] Le Bureau Permanent pourrait suggérer une formulation plus appropriée pour ce paragraphe.
[4] Cet article est lié à l'art. 14 qui n'a pas encore été discuté.

origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

Article 8 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

c) all documents required to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin.

2 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require evidence of the exclusive choice of court agreement, and any other necessary documents.

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law.[3]

4 The court addressed may require a translation of any document referred to in this Article.

Article 9 – Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State so far as this Convention does not provide otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

[Article 10 – Costs of proceedings

Where a party seeks recognition or enforcement of a judgment in a Contracting State under this Convention, and recognition or enforcement is refused, an order for payment of costs and expenses of the proceedings before the court addressed shall, on the application of the person entitled to the benefit of the order, be enforceable under this Convention in any other Contracting State.][4]

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 13a – No legalisation

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation or any analogous formality.

[3] The Permanent Bureau may suggest another formulation for this paragraph.
[4] This Article is linked to Art. 14, which has not yet been discussed.

Distribués le lundi 8 décembre 2003
Distributed on Monday 8 December 2003

No 40 – Non publié/not published

No 41 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

FORMULE RECOMMANDÉE

CERTIFICAT CONFIRMANT L'EXISTENCE D'UN JUGEMENT

(Article 8 de la Convention de La Haye du .....
sur les accords exclusifs d'élection de for)

LE TRIBUNAL: .....

ADRESSE DU TRIBUNAL: .....

TÉL./FAX/COURRIEL DU TRIBUNAL: .....

PERSONNE DE CONTACT AUPRÈS DU TRIBUNAL: .....

Affaire / Numéro de dossier: .....

PARTIES AU JUGEMENT: .....

DEMANDEUR(S): .....

c.

DÉFENDEUR(S): .....

LE TRIBUNAL confirme par la présente qu'il a rendu un jugement dans l'affaire susvisée le (DATE) à (LOCALITÉ, PAYS), qui est un État contractant de la Convention. Une copie intégrale et certifiée conforme du jugement est jointe en annexe à cette formule.

Fait à ..... le .....

.....

Signature et/ou cachet

* * *

RECOMMENDED FORM

CERTIFICATE CONFIRMING THE EXISTENCE OF A JUDGMENT

(Article 8 of the Hague Convention of .....
on Exclusive Choice of Court Agreements)

THE COURT: .....

ADDRESS OF THE COURT: .....

TEL./FAX/E-MAIL OF THE COURT: .....

CONTACT PERSON AT THE COURT OF ORIGIN: .....

Case / Docket Number: .....

PARTIES TO THE JUDGMENT: .....

PLAINTIFF(S): .....

v.

DEFENDANT(S): .....

THE COURT hereby confirms that it rendered a judgment in the above captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE), which is a Contracting State to the Convention. Attached to this form is a complete and certified copy of the judgment.

Dated this ..... day of .....

.....

Signature and/or stamp by an officer of the Court

No 42 – Proposition des délégations de la Chine et du Canada – Proposal of the delegations of China and Canada

Article 21 – Système de droit non unifié

1 Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État.

4 Malgré les paragraphes précédents, un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent, n'est pas tenu d'appliquer cette Convention aux conflits concernant uniquement ces différents systèmes de droit.

5 Le tribunal dans une unité territoriale dans un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter un jugement d'un autre État contractant pour le seul motif que le jugement a été reconnu et exécuté par le tribunal d'une autre unité territoriale du même État contractant selon la présent Convention.

* * *

Article 21 – Non-unified Legal System

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

2 Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

4 *Notwithstanding the preceding paragraphs, a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law are applied shall not be bound to apply this Convention to conflicts solely between such different systems of law.*

Doc.trav./Work.Docs Nos 40-48

5 *The court in a territorial unit of a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law are applied shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State by reason that the judgment has been recognised or enforced by the court in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention.*

No 43 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 10

Delete Article 10.

Explanatory Note:

1 This is a convention designed to give effect to choice of court agreements and to recognize and enforce the resulting judgments. As drafted, Article 10 would be the only provision *requiring recognition and enforcement of a judgment from a court not selected by the parties* in a valid choice of court agreement. This is inconsistent with the basic concept of party autonomy which underlies the rest of the Convention.

2 This provision would operate to *discourage a successful judgment creditor from doing exactly what the convention contemplates*: seeking recognition and enforcement of its judgment in another Contracting State. Instead, it creates new risks resulting from the decision to seek recognition and enforcement of a judgment under the Convention.

3 This provision creates a *possibility of conflicting judgments*, both entitled to recognition and enforcement under the Convention. This should be avoided. If the original judgment is taken to a third Contracting State after being denied recognition and enforcement, the obligation to recognize and enforce the costs judgment in the second Contracting State may well be interpreted by the third court as going beyond that aspect, and thus sets up issues of inconsistent judgments we should be seeking to avoid. This has the potential of setting up unnecessary political tensions.

4 The provision *creates a lack of balance* by providing no corresponding obligation to recognize and enforce an award of costs in favor of the party who is successful in doing exactly what the Convention should promote: obtaining and enforcing a judgment based on a valid choice of court agreement.

5 This provision simply *is not necessary* to seeking Convention objectives, and instead creates other problems that should be avoided.

No 44 – Proposal of the delegation of China

Article 16

Upon ratification of this Convention, a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce, as the case may be, a judgment:

a) of a court in another Contracting State if all parties are habitually resident in the State addressed, and all other elements relevant to the dispute and the relationship of the parties, other than the choice of court agreement, are connected with the State addressed;

b) in situations where all elements relevant to the dispute and the relationship of the parties are connected only to one State.

No 45 – Proposal of the European Community

Article 5 – Priority to the chosen court

1 ...

2 Except where a court other than the court chosen is entitled to disregard a choice of court agreement on the grounds referred to in paragraph1 of this Article, a court of a Contracting State shall not issue an antisuit injunction preventing the parties from bringing proceedings in the court chosen by an exclusive choice of court agreement.

[Nothing in this Article shall preclude an antisuit injunction under national law in support of an exclusive choice of court agreement.]

No 46 – Proposal of the Observer for the International Trademark Association

Article 11

1 ...

1 *bis* Statutory damages and liquidated damages are compensatory damages for purposes of this Article

2 ...

No 47 – Proposal of the European Community and the delegations of the United States of America, Japan, the Russian Federation and New Zealand

Article 5 (this proposal only deals with the "escape clause")

c) giving effect to the agreement would lead to a very serious injustice or would[1] be manifestly contrary to fundamental principles of public policy.

No 48 – Proposition de la délégation du Canada – Proposal of the delegation of Canada

Article X

Au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État peut déclarer qu'il n'applique pas la Convention aux accords d'élection de for dans les matières reliées à l'amiante.

* * *

Article X

Upon signature, ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that it will not apply the provisions of the Convention to choice of court clauses in asbestos related matters.

[1] The Russian Federation requires the word "otherwise" to be inserted here.

Doc.trav./Work.Docs Nos 40-48

Distribué le mardi 9 décembre 2003

Distributed on Tuesday 9 December 2003

No 49 – Proposition du Comité de rédaction

PROJET RELATIF AUX ACCORDS EXCLUSIFS D'ÉLECTION DE FOR

Les États signataires de la présente Convention,

Désireux de promouvoir le commerce et les investissements internationaux en renforçant la coopération judiciaire,

Convaincus que cette coopération renforcée nécessite un régime juridique international apportant la sécurité et assurant l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for entre les parties à des opérations commerciales et régissant la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans le cadre de procédures fondées sur de tels accords,

Ont résolu de conclure la présente *Convention sur les accords exclusifs d'élection de for* et sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Article premier – Champ d'application

1 La présente Convention s'applique aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale.

2 La Convention ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for :

a) entre une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (le consommateur) et une autre partie agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale, ou entre consommateurs ; ou

b) relatifs aux contrats de travail individuels ou collectifs.

3 La Convention ne s'applique pas aux litiges portant à titre principal sur l'une des matières suivantes :

a) l'état et la capacité des personnes physiques ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les autres matières en droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires ;

d) les testaments et les successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues ;

No 49 – Proposal of the Drafting Committee

DRAFT ON EXCLUSIVE CHOICE OF COURT AGREEMENTS

the States signatory to the present Convention,

Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial cooperation,

Believing that such enhanced cooperation requires a secure international legal regime that ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements by parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

Have resolved to conclude the following *Convention on Exclusive Choice of Court Agreements* and have agreed upon the following provisions–

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1 – Scope

1 The present Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.

2 The Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements –

a) between a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (the consumer) and another party acting for the purposes of its trade or profession, or between consumers; or

b) relating to individual or collective contracts of employment.

3 The Convention shall not apply to proceedings that have as their object any of the following matters –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition and analogous matters;

f) les contrats de transport de marchandises par mer [et autres matières maritimes] ;

g) les entraves à la concurrence ;

h) la responsabilité nucléaire ;

i) les droits réels immobiliers ;

j) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, et la validité des décisions de ses organes ;

k) la validité des brevets, marques, dessins et modèles industriels protégés, et des schémas de configuration de circuits intégrés ;

l) [la validité d'autres droits de propriété intellectuelle dont la validité dépend ou résulte de leur enregistrement, sauf les droits d'auteur ;] ou

m) la validité des inscriptions sur les registres publics.

4 Un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'une matière visée au paragraphe 3 est évoquée à titre incident.

5 La Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes, ni n'exige d'un État contractant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement si le tribunal d'origine a exercé sa compétence contrairement aux clauses d'une convention d'arbitrage.

6 Un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte d'un État y est partie.

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

Article 2 – Accords exclusifs d'élection de for

1 Au sens de la présente Convention, un « accord exclusif d'élection de for » est un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, qui est conforme aux exigences prévues au paragraphe 3, et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État, soit un tribunal particulier, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal.

2 Un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État ou un tribunal particulier est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire.

3 Un accord d'élection de for doit être conclu ou confirmé :

a) par écrit ; ou

b) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement.

4 Un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable.

f) contracts for the carriage of goods by sea [and other admiralty or maritime matters];

g) anti-trust / competition matters;

h) nuclear liability;

i) rights *in rem* in immovable property;

j) the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs;

k) the validity of patents, trademarks, protected industrial designs, and layout-designs of integrated circuits;

l) [the validity of other intellectual property rights the validity of which depends on, or arises from, their registration, except copyright]; or

m) the validity of entries in public registers.

4 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention if a matter referred to in paragraph 3 arises merely as an incidental question.

5 The Convention shall not apply to arbitration and proceedings related thereto, nor shall it require a Contracting State to recognise and enforce a judgment if the exercise of jurisdiction by the court of origin was contrary to the terms of an arbitration agreement.

6 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for a State is a party thereto.

7 Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.

Article 2 – Exclusive choice of court agreements

1 In this Convention, "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph 3 and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one State or one specific court to the exclusion of the jurisdiction of any other courts.

2 A choice of court agreement which designates the courts of one State or one specific court shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise.

3 An exclusive choice of court agreement must be entered into or evidenced –

a) in writing; or

b) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference.

4 An exclusive choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.

Article 3 – Autres définitions

1 Au sens de la présente Convention le terme « jugement » signifie toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance, de même que la fixation des frais du procès par le tribunal (y compris le greffier du tribunal), sous réserve qu'elle ait trait à une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée en application de la présente Convention.

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

a) de son siège statutaire ;

b) selon la loi duquel elle a été constituée ;

c) de son administration centrale ; ou

d) de son principal établissement.

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 4 – Compétence du tribunal élu

1 Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État.

2 Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe 1 ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige.

3 Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande, ni la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant [sauf si les parties ont désigné un tribunal particulier].

4 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque toutes les parties à l'accord ont leur résidence habituelle [uniquement] dans l'État du tribunal élu [et que la relation des parties ainsi que tous les éléments pertinents au litige sont liés à cet État][1].

Article 5 – Obligations du tribunal non-élu

Si les parties ont conclu un accord exclusif d'élection de for, un tribunal d'un État contractant autre que l'État du tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir sauf si :

a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice très grave ou serait[2] manifestement contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public ;

d) pour des motifs exceptionnels, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre ;

e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige ; ou

[1] Il conviendra de discuter encore du moment déterminant (date de l'accord et/ou date de l'introduction de l'instance, par ex.).
[2] Une délégation a proposé l'insertion du mot « autrement ».

Article 3 – Other definitions

1 In this Convention "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that such determination relates to a judgment which may be recognised or enforced under this Convention.

2 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be habitually resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 4 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 The preceding paragraphs shall not affect rules on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim, or the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State [unless the parties designated a specific court].

4 The preceding paragraphs shall not apply if all the parties to the agreement are habitually resident [only] in the State of the chosen court [and the relationship of the parties and all elements relevant to the dispute are connected with that State].[1]

Article 5 – Obligations of a court not chosen

If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement, a court in a Contracting State other than the State of the chosen court shall suspend or dismiss the proceedings unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a very serious injustice or would[2] be manifestly contrary to fundamental principles of public policy;

d) for exceptional reasons the agreement cannot reasonably be performed;

e) the chosen court has decided not to hear the case; or

[1] The relevant time for the purposes of this test (*e.g.* the time of the agreement and/or the time of commencement of the proceedings) remains to be discussed.
[2] One delegation suggested the inclusion of the word "otherwise" at this point.

f) les parties ont leur résidence habituelle [uniquement] dans l'État du tribunal saisi et si la relation des parties ainsi que tous les éléments pertinents au litige, autres que l'accord, sont liés à cet État[3].

Article 6 – Mesures provisoires et conservatoires

La présente Convention n'empêche pas une partie de demander à tout tribunal d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires, ni un tribunal d'accorder de telles mesures selon le droit de l'État du tribunal.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 7 – Reconnaissance et exécution[4]

1 Un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for sera reconnu et exécuté dans les autres États contractants conformément au présent chapitre. La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée aux seuls motifs que [5]:

a) l'accord était nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu, à moins que celui-ci n'ait constaté que l'accord est valable;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État requis;

c) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense[ou n'a pas été notifié conformément au droit de l'État dans lequel la notification a eu lieu][, à moins que le défendeur n'ait comparu et présenté sa défense sans contester la notification devant le tribunal d'origine, à condition que le droit de l'État d'origine permette de contester la notification];

d) le jugement résulte d'une fraude relative à la procédure; ou

e) la reconnaissance ou l'exécution serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, en particulier, si la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État[6].

2 Sans préjudice de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions du présent chapitre, il n'est procédé à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'État d'origine. Le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut.

3 Un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine.

4 La reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer un recours ordinaire n'est

[3] Il conviendra de discuter encore du moment déterminant (date de l'accord et/ou date de l'introduction de l'instance, par ex.).
[4] La reconnaissance et l'exécution des jugements qui portent sur une matière visée à l'art. 1(3) ou à l'art. 16 et soulevée à titre incident reste à discuter. Il pourrait être aussi nécessaire de réfléchir plus avant à la question des jugements incompatibles.
[5] Il conviendra d'examiner encore si les questions traitées à l'art. 5(c) et (d) sont reflétées de manière adéquate dans ce paragraphe.
[6] Le Comité de rédaction n'a pas été en mesure de trouver une rédaction permettant de répondre aux préoccupations d'un de ses membres au sujet de ce paragraphe et considère qu'il y a une question à résoudre. La variante suivante a été suggérée:
(e) la reconnaissance ou l'exécution serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, y compris le cas où la procédure aboutissant au jugement en l'espèce constituait une injustice sérieuse au regard de l'équité procédurale.

f) the parties are habitually resident [only] in the State of the court seised, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the agreement, are connected with that State.[3]

Article 6 – Interim measures of protection

Nothing in this Convention shall prevent a party from requesting an interim measure of protection from any court or prevent a court from granting such a measure under the law of the State of the court.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 7 – Recognition and enforcement[4]

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the following grounds[5] –

a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court, unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the requested State;

c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence [or was not notified in accordance with the law of the State where such notification took place] [, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested];

d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure; or

e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, in particular if the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State.[6]

2 Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4 Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not

[3] The relevant time for the purposes of this test (*e.g.* the time of the agreement and/or the time of commencement of the proceedings) remains to be discussed.
[4] Recognition and enforcement of judgments where a matter referred to in Article 1(3) or Article 16 has arisen as an incidental question remains to be discussed. Further reflection may also have to be given to the question of irreconcilable judgments.
[5] Further consideration is required as to whether the matters covered by Article 5(c) and (d) are adequately reflected in this paragraph.
[6] The Drafting Committee was not able to accommodate the concerns of one member with respect to this paragraph, and considers there is an issue to be resolved. An alternative text was suggested:
(e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including where the specific proceedings leading to the judgment were seriously unjust with respect to procedural fairness.

pas expiré. Un tel refus n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement.

Article 8 – Pièces à produire

1 La partie qui invoque la reconnaissance ou qui demande l'exécution doit produire :

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

b) s'il s'agit d'un jugement par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;

c) tout document 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.

2 Si le contenu du jugement ne permet pas au tribunal requis de vérifier que les conditions du présent chapitre sont remplies, ce tribunal peut exiger la preuve de l'existence de l'accord exclusif d'élection de for et tous autres documents nécessaires.

3 Une demande de reconnaissance ou d'exécution peut être accompagnée de la formule recommandée et publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

4 Le tribunal requis peut exiger la traduction de tout document mentionné dans cet article.

Article 9 – Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, est régie par le droit de l'État requis sauf si la Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité.

Article 10 – Dommages et intérêts

1 Un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnu et exécuté dans la mesure où des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis. Ce paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine.

2 *a)* Lorsque le débiteur convainc le tribunal requis, après que le créancier a eu la possibilité d'être entendu, que dans les circonstances en ce compris celles existant dans l'État d'origine, des dommages et intérêts manifestement excessifs ont été accordés, la reconnaissance et l'exécution peuvent être accordées pour un montant inférieur.

b) En aucun cas, le tribunal requis ne peut reconnaître ou exécuter le jugement pour un montant inférieur à celui qui aurait pu être accordé par les tribunaux de l'État requis, dans les mêmes circonstances, en prenant en considération également celles existant dans l'État d'origine.

3 Pour l'application des paragraphes précédents, le tribunal requis prend en considération le montant éventuellement accordé par le tribunal d'origine pour couvrir les frais et dépens du procès.

expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

Article 8 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

c) all documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin.

2 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require evidence of the exclusive choice of court agreement, and any other necessary documents.

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law.

4 The court addressed may require a translation of any document referred to in this Article.

Article 9 – Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

Article 10 – Damages

1 A judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced to the extent that a court in the requested State could have awarded similar or comparable damages. Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.

2 *a)* Where the debtor, after proceedings in which the creditor has the opportunity to be heard, satisfies the court addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages have been awarded, recognition and enforcement may be limited to a lesser amount.

b) In no event shall the court addressed recognise or enforce the judgment in an amount less than that which could have been awarded in the requested State in the same circumstances, including those existing in the State of origin.

3 In applying the preceding paragraphs, the court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Article 11 – Divisibilité

La reconnaissance ou l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement est accordée, si la reconnaissance ou l'exécution de cette partie est demandée ou si seule une partie du jugement peut être reconnue ou exécutée en application de la Convention.

Article 12 – Transactions

Les transactions homologuées par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for ou passées devant ce tribunal au cours d'une instance, et qui sont exécutoires comme l'est un jugement dans l'État d'origine, sont exécutées en application de la présente Convention aux mêmes conditions que les jugements.

CHAPITRE IV – CLAUSES GÉNÉRALES

Article 13 – Dispense de la légalisation

Les documents transmis ou délivrés en application de la Convention sont dispensés de toute légalisation ou de toute formalité analogue.

Article 14 – Limitation de compétence

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de connaître des litiges couverts par un accord exclusif d'élection de for s'il n'existe aucun lien, autre que l'accord, entre cet État et les parties ou le litige[7].

Article 15 – Limitation à la reconnaissance et à l'exécution

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque toutes les parties ont leur résidence habituelle [uniquement]dans l'État requis et lorsque la relation des parties ainsi que tous les éléments pertinents au litige, autres que l'accord exclusif d'élection de for, sont liés à l'État requis[8].

Article 16 – Limitation relative aux matières liées à l'amiante

Au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État peut déclarer qu'il n'applique pas la Convention aux accords exclusifs d'élection de for dans les matières liées à l'amiante.

Article 17 – Interprétation uniforme

Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

Article 18 – Système juridique non unifié[9]

1 Au regard d'un État contractant dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ayant trait aux questions régies par la présente Convention s'appliquent dans des unités territoriales différentes :

[7] Il conviendra de discuter encore du moment déterminant (date de l'accord et/ou date de l'introduction de l'instance, par ex.).
[8] Il conviendra de discuter encore du moment déterminant (date de l'accord et/ou date de l'introduction de l'instance, par ex.). La date d'exécution ne devrait pas être retenue.
[9] Les questions traitées dans cet article doivent être étudiées et discutées davantage.

Article 11 – Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

Article 12 – Settlements

Settlements which a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement has approved, or which have been concluded before that court in the course of proceedings, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced under this Convention in the same manner as a judgment.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 13 – No legalisation

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation or any analogous formality.

Article 14 – Limitation of jurisdiction

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to determine disputes covered by an exclusive choice of court agreement if, except for the agreement, there is no connection between that State and the parties or the dispute.[7]

Article 15 – Limitation of recognition and enforcement

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment of a court in another Contracting State if all parties are habitually resident [only] in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the exclusive choice of court agreement, are connected with the requested State.[8]

Article 16 – Limitation with respect to asbestos related matters

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that it will not apply the provisions of the Convention to exclusive choice of court agreements in asbestos related matters.

Article 17 – Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 18 – Non-unified legal system[9]

1 In relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to any matter dealt with in this Convention –

[7] The relevant time for the purposes of this test (*e.g.* the time of the agreement and/or the time of commencement of the proceedings) remains to be discussed.
[8] The relevant time for the purposes of this test (*e.g.* the time of the agreement and/or the time of commencement of the proceedings) remains to be discussed. The time of enforcement should not be relevant.
[9] The matters dealt with in this Article will require further study and discussion.

a) toute référence à la loi ou à la procédure d'un État vise la loi ou la procédure en vigueur dans l'unité territoriale considérée ;

b) toute référence à la résidence habituelle dans cet État vise la résidence habituelle dans l'unité territoriale considérée ;

c) toute référence au tribunal ou aux tribunaux dans cet État vise le tribunal ou les tribunaux dans l'unité territoriale considérée ; et

d) toute référence au lien avec un État vise le lien avec l'unité territoriale concernée.

2 Nonobstant les paragraphes précédents, un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent, n'est pas tenu d'appliquer cette Convention aux situations impliquant uniquement ces différente unités territoriales.

3 Le tribunal dans une unité territoriale dans un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter un jugement d'un autre État contractant pour le seul motif que le jugement a été reconnu ou exécuté par le tribunal d'une autre unité territoriale du même État contractant selon la présente Convention.

Article 19 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

Cette question n'a pas encore été discutée.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 20 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

Article 21 – Système juridique non unifié

1 Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État.

Article 22 – Organisations régionales d'intégration économique

Article 23 – Entrée en vigueur

Article 24 – Réserves

Article 25 – Déclarations

Article 26 – Dénonciation

Article 27 – Notifications par le Dépositaire

a) any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring to the law or procedure in force in the relevant territorial unit;

b) any reference to habitual residence in a State shall be construed as referring to habitual residence in the relevant territorial unit;

c) any reference to the court or courts of a State shall be construed as referring to the court or courts in the relevant territorial unit; and

d) any reference to the connection with a State shall be construed as referring to the connection with the relevant territorial unit.

2 Notwithstanding the preceding paragraphs, a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law are applied shall not be bound to apply this Convention to situations involving solely such different territorial units.

3 The court in a territorial unit of a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law are applied shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced by the court in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention.

Article 19 – Relationship with other international instruments

This matter has not yet been discussed.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 20 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession

Article 21 – Non-unified legal system

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

2 Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 22 – Regional Economic Integration Organisations

Article 23 – Entry into force

Article 24 – Reservations

Article 25 – Declarations

Article 26 – Denunciation

Article 27 – Notifications by the Depositary

FORMULE RECOMMANDÉE

(Exemple de formule confirmant la délivrance et le contenu d'un jugement rendu par le Tribunal d'origine dans le but de la reconnaissance et de l'exécution en vertu de la Convention sur les accords exclusifs d'élection de for (la « Convention »))

(LE TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(ADRESSE DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(INTERMÉDIAIRE AUPRÈS DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(TÉL./FAX/COURRIEL DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

AFFAIRE/NUMÉRO DE DOSSIER :

..... (DEMANDEUR)

c.

..... (DÉFENDEUR)

(LE TRIBUNAL D'ORIGINE) confirme par la présente qu'il a rendu un jugement dans l'affaire susvisée le (DATE) à (LOCALITÉ, ÉTAT), qui est un État contractant de la Convention. Une copie intégrale et certifiée conforme du jugement rendu par (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) est jointe en annexe à cette formule.

1 Ce tribunal a fondé sa compétence sur un accord exclusif d'élection de for :

OUI ☐ NON ☐

Dans l'affirmative, l'accord est contenu dans ou attesté par le ou les documents suivants :

2 Ce tribunal a accordé le payement du montant suivant *(Veuillez indiquer toute catégorie pertinente de dommages-intérêts compris)* :

3 Ce tribunal a accordé les intérêts suivants sur le montant accordé (*Veuillez indiquer le taux d'intérêt, la partie ou les parties du jugement auxquelles s'appliquent les intérêts, et la date à partir de laquelle il faut les compter*) :

4 Ce tribunal a inclus dans le jugement les frais et dépens suivants liés au procès (y compris les frais de la représentation en justice) (*Veuillez spécifier le montant de ces indemnités, y compris, le cas échéant, la part de ces indemnités pécuniaires destinée à couvrir les frais et dépens liés aux procédures)* :

5 Ce tribunal a accordé, en tout ou en partie, le dédommagement non pécuniaire suivant (*Veuillez décrire la nature du dédommagement*) :

6 Ce jugement a été rendu par défaut :

OUI ☐ NON ☐

(Si ce jugement a été rendu par défaut, veuillez ajouter le document original ou une copie certifiée conforme attestant que l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur)

7 Ce jugement (ou une partie du jugement) fait actuellement l'objet d'un recours en / au (ÉTAT DU TRIBUNAL D'ORIGINE)

OUI ☐ NON ☐

8 Ce jugement (ou une partie du jugement) est exécutoire en / au (ÉTAT DU TRIBUNAL D'ORIGINE) :

OUI ☐ NON ☐

Liste des documents en annexe :

Fait à ....., le ..... 20 ..

.....

Signature et / ou cachet

RECOMMENDED FORM

(Sample form confirming the issuance and content of a judgment by the Court of Origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention on Exclusive Choice of Court Agreements (the "Convention"))

(THE COURT OF ORIGIN). . . . . .

(ADDRESS OF THE COURT OF ORIGIN) . . . . . .

(CONTACT PERSON AT THE COURT OF ORIGIN). . . . . .

(TEL./FAX/EMAIL OF THE COURT OF ORIGIN) . . . . . .

CASE / DOCKET NUMBER:

. . . . . (PLAINTIFF)

v.

. . . . . (DEFENDANT)

(THE COURT OF ORIGIN) hereby confirms that it rendered a judgment in the above captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE), which is a Contracting State to the Convention. Attached to this form is a complete and certified copy of the judgment rendered by (THE COURT OF ORIGIN).

1 This Court based its jurisdiction on an exclusive choice of court agreement:

YES ☐ NO ☐

If so, the agreement was found in or evidenced by the following document(s):

2 This Court awarded the following payment of money *(Please indicate any relevant categories of damages included)*:

3 This Court awarded interest as follows (*Please specify the rate of interest, the portion(s) of the award to which interest applies, and the date from which interest is computed*):

4 This Court included within the judgment the following court costs and expenses (including lawyers' fees) related to the proceedings *(Please specify the amounts of any such awards, including where applicable, any amount(s) within a monetary award intended to cover costs and expenses relating to the proceedings)*:

5 This Court awarded, in whole or in part, the following non-monetary remedy *(Please describe the nature of the remedy)*:

6 This judgment was rendered by default:

YES ☐ NO ☐

(If this judgment was rendered by default, please attach the original or a certified copy of the document verifying notice to the defendant of the proceedings.)

7 This judgment (or a part thereof) is currently the subject of review in (STATE OF THE COURT OF ORIGIN):

YES ☐ NO ☐

8 This judgment (or a part thereof) is enforceable in (STATE OF THE COURT OF ORIGIN):

YES ☐ NO ☐

List of documents annexed:

Dated this . . . . . day of . . . . . , 20 . .

. . . . . .

Signature and/or stamp by an officer of the Court

Document de travail No 50
Working Document No 50

Distribué le mardi 9 décembre 2003
Distributed on Tuesday 9 December 2003

No 50 – Proposal of the Russian Federation

DRAFT ON EXCLUSIVE CHOICE OF COURT AGREEMENTS

The *Contracting* States ~~signatory to the present Convention~~,

Desiring to ~~promote international trade and investment through~~ enhance~~d~~ judicial cooperation *in civil and commercial matters*,~~:~~

Believing that such enhanced cooperation requires a secure international legal regime that ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements by parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

~~Have resolved to conclude the following *Convention on Exclusive Choice of Court Agreements* and have agreed upon the following provisions:~~

Have agreed as follows:

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1 – Scope

1 This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters~~:~~ *in accordance with conditions and procedures set forth bellow.*

2 This Convention shall not apply to ~~exclusive~~ choice of court agreements –

a) between a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (the consumer) and another party acting for the purposes of its trade or profession, or between consumers;

b) relating to individual or collective contracts of employment.

3 *For the purposes of* ~~This~~ *this* Convention ~~shall not apply to proceedings that have as their main object any of~~ the following matters *shall not be considered as civil or commercial*

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition or analogous matters;

f) contracts for the carriage of goods ~~by sea~~ [and other admiralty or maritime matters];

g) anti-trust ~~/~~ *and* competition matters;

h) *personal injury or damage to property, including* nuclear liability;

i) rights *in rem* in immovable property; *matters related to state property rights, including privatisation and other administration of property rights procedures,*

j) validity, nullity, or dissolution of legal persons, or the validity of decisions of their organs;

k) validity of patents, trademarks, protected industrial designs, or layout-designs of integrated circuits;

l) [validity of other intellectual property rights the validity of which depends on, or arises from, their registration, except copyright]; ~~or~~

m) validity of entries in public registers *or*,~~:~~

n) *contracts of employment.*

4 Proceedings are not excluded ~~from the scope of the~~ *under this* Convention if a matter referred to in paragraph 3 arises merely as an incidental question.

5 This Convention shall not apply to arbitration *agreements* and proceedings related thereto, nor shall it require a Contracting State to recognise and enforce a judgment ~~if the exercise of jurisdiction by the court of origin was contrary to~~ *rendered in contravention with* an arbitration agreement.

6 ~~Proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for a State is a party thereto.~~

7 Nothing in this Convention *shall* affects ~~the privileges and~~ immunities of ~~sovereign~~ States *and their property* ~~or of entities of sovereign States~~, or of international organisations, *and their property*.~~:~~

Article 2 – Exclusive choice of court agreements

1 ~~In~~ *For the purposes of* this Convention, "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph 3 and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in ~~connection with~~ *respect of* a ~~particular~~ *defined* legal relationship, the courts of one *Contracting* State or one specific court *of a Contracting State* to the exclusion of the jurisdiction of any other court~~s~~.

2 A choice of court agreement which designates the courts of one *Contracting* State or one specific court shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise.

3 An exclusive choice of court agreement ~~must~~ *shall* be entered into ~~or~~ *and* evidenced –

a) in writing; or

Doc.trav./Work.Doc. No 50

b) by ~~any other~~ means of communication *and storage of data* which renders information *uniquely identifiable, unalterable, permanently* accessible ~~so as to be~~ *and* usable for subsequent reference.

4 An exclusive choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. ~~The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.~~

Article 3 – Other definitions

1 ~~In~~ *For the purposes of* this Convention "judgment" means ~~any~~ decision on the merits given by a *chosen* court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses ~~by the court (including an officer of the court)~~, provided that such determination relates to a judgment which may be recognised or enforced under this Convention.

2 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be ~~habitually~~ *permanently* resident in the *Contracting* State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

3 *For the purposes of this Convention:*

a) *"court" means any organ of a Contracting State, however named, entitled to exercise judicial functions, which is competent either to conduct proceedings on the basis of a choice of court agreement and render judgement or to recognise and enforce judgement,*

b) *"chosen court" – court of a Contracting State designated in a choice of court agreement,*

c) *"court addressed" – court of a Contracting State which is competent to recognise and enforce a judgement and has received an application to this effect from a natural or legal person of a Contracting State,*

d) *"parties" means nationals of Contracting States and natural or legal persons, resident in Contracting States, which have concluded a choice of court agreement,*

e) *"legal person" means a collective body or person, other than a natural person.*

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 4 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that *Contracting* State.

2 ~~A~~ *The* court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 Nothing in this Article shall affect rules on jurisdiction related to subject matter or the value of the claim, or the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State [unless the parties designated a specific court].

4 The preceding paragraphs shall not apply if all the parties to the *choice of court* agreement are ~~habitually~~ *permanently* resident ~~[only]~~ in the *Contracting* State of the ~~designated~~ *chosen* court [and the relationship of the parties and ~~all~~ elements relevant to the dispute are connected with that State].

Article 5 – Priority of the chosen court

~~If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement~~, a court ~~in~~ *of* a Contracting State other than ~~the State of~~ the chosen court shall suspend or dismiss the proceedings *to decide a dispute to which the choice of court agreement applies* unless –

a) the agreement is null and void under the law of the *Contracting* State of the chosen court;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the *Contracting* State of ~~the~~ *that* court ~~seised~~;

c) giving effect to the agreement would lead to a very serious injustice *or would be otherwise contrary to fundamental principles of public policy*;

d) for exceptional reasons the agreement cannot reasonably be performed;

e) the chosen court has decided not to hear the case; or

f) the parties are ~~habitually~~ *permanently* resident ~~[only]~~ in the *Contracting* State of ~~the~~ *that* court ~~seised~~, and the relationship of the parties and ~~all other~~ elements relevant to the dispute, other than the *choice of* ~~agreement~~*court agreement*, are connected with that *Contracting* State.

Article 6 – Interim measures of protection

~~Nothing in~~ this Convention ~~shall prevent a party from requesting an~~ *not apply to* interim measures of protection. ~~from any court or prevent a court from granting such a measure under the law of the State of the court.~~

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 7 – Recognition and enforcement

1 *On the application by a party submitted to a competent court addressed* A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the following grounds –

a) the agreement ~~was~~ *is* null and void under the law of the *Contracting* State of the chosen court, unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the ~~requested~~ *Contracting* State;

c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence [or

was not notified in accordance with the law of the State where such notification took place] ~~[, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested]~~;*or the defendant was not duly notified of the date of proceedings,*

d) the judgment was ~~obtained by~~ *of given as a result* fraud ~~in connection with a matter of procedure;~~

~~*e) [escape clause? cf Art 5(e)]*~~

f) recognition or enforcement would be ~~manifestly~~ incompatible with the public policy ~~of the requested State~~, in particular if the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of ~~procedural~~ fairness ~~of that State~~.

2 Without prejudice to such review as is necessary for the purpose of the application of ~~the provisions of~~ this ~~Chapter~~ *Convention*, there shall be no review of the merits of the judgment ~~rendered by the court of origin~~. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the *chosen* court ~~of origin~~ based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 A judgment shall be recognised only if it has effect in the *Contracting* State of ~~origin~~*the chosen court*, and shall be enforced only if it is enforceable in the *Contracting* State of ~~origin~~*the chosen court.*

4 Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the *Contracting* State of ~~origin~~ *the chosen court* or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

Article 8 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce *to the competent court addressed together with its application –*

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was *duly* notified to the defaulting party; *as well as the evidence that the defaulting party was duly notified of the date of proceedings*

~~*c)* all~~ documents required to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of ~~origin~~.*the chosen court*

d) the choice of court agreement or duly certified copy thereof.

2 ~~If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require evidence of the exclusive choice of court agreement, and any other necessary documents.~~

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law.

4 ~~The court addressed may require a translation of any document referred to in this Article~~. *The documents referred to in this Article shall be made in an official language of the Contracting State of the court addressed or accompanied by a certified translation.*

Article 9 – Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the ~~requested~~ *Contracting* State *of the court addressed* so far as this Convention does not provide otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

[Article 10 – Costs of proceedings

Where a party seeks recognition or enforcement of a judgment in a Contracting State under this Convention, and recognition or enforcement is refused, an order for payment of costs and expenses of the proceedings before the court addressed shall, on the application of the person entitled to the benefit of the order, be enforceable under this Convention in any other Contracting State.]

A contracting State may declare that it would recognise and enforce only money judgements.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 13a – No legalisation

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation or ~~any analogous~~ *apostille* formality.

~~*Article 17 – Uniform interpretation*~~

~~In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.~~

Doc.trav./Work.Doc. No 50

Documents de travail de la Commission spéciale d'avril 2004

Working Documents of the Special Commission of April 2004

Note du Bureau Permanent

La numérotation des documents de travail de la Commission spéciale se poursuit d'une réunion à l'autre. Sont reproduits ici les documents de travails de la Commission spéciale d'avril 2004 jugés nécessaires à la compréhension du déroulement des négociations relatives au Projet sur les jugements, notamment la Convention sur les accords d'élection de for.

Notice by the Permanent Bureau

The Working Documents of the Special Commission are numbered in sequence from one meeting to the next. Are reproduced here those Working Documents of the Special Commission of April 2004 considered to be most useful for the understanding of the development of the negotiations on the Judgments Project and the Choice of Court Convention in particular.

Documents de travail Nos 51 à 55
Working Documents Nos 51 to 55

Distribués le mercredi 21 avril 2004
Distributed on Wednesday 21 April 2004

No 51 – Proposition de la Communauté européenne – Proposal of the European Community

Article 19 – Relations avec les autres instruments internationaux

1 Sous réserve des dispositions du paragraphe 3, la présente Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des États contractants sont Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les États liés par de tels instruments.

2 La Convention n'affecte pas la possibilité pour un ou plusieurs États contractants de conclure des accords internationaux qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention, pour autant que ces instruments n'affectent pas, dans les rapports de ces États avec les autres États contractants, l'application des dispositions de la présente Convention.

3 Sous réserve des dispositions du paragraphe 4, la présente Convention prévaut sur tout instrument international lorsque tous les États concernés sont liés par cet instrument international et par la présente Convention, sauf:

a) si, en ce qui concerne la compétence des tribunaux, le tribunal élu est situé et toutes les parties à l'accord d'élection de for ont leur résidence habituelle ou leur domicile dans un État sur le territoire duquel l'accord international est applicable;

b) en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus au sein des États liés par l'accord international;

c) le sous-paragraphe *b)* de ce paragraphe s'applique à l'exécution des transactions auxquelles l'article 12 de la présente Convention s'applique.

4 La présente Convention n'affecte pas la possibilité pour un ou plusieurs États contractants de continuer à appliquer ou de conclure des accords internationaux qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si tous les États concernés sont Parties à la présente Convention.

5 Pour l'application du présent article, « instrument international » signifie tout accord international ou tout instrument législatif à caractère supranational.

N.B. – La présente proposition représente une tentative de régler, dans le même article, les questions de la déconnection des instruments européens et des relations entre la présente Convention et d'autres accords internationaux existants ou futurs. Il ne s'agit que d'une proposition très préliminaire car, d'autres possibilités, afin de traiter les questions relatives à la déconnection des instruments européens, restent sujettes à examen et que cette proposition devra être réévaluée à la lumière du contenu du texte final de la Convention.

* * *

Article 19 – Relationship with other international instruments

1 Without prejudice to paragraph 3, this Convention does not affect any international instrument to which Contracting States are Parties and which contains provisions on matters governed by this Convention, unless a contrary declaration is made by the States bound by such instrument.

2 This Convention does not affect the possibility for one or more Contracting States to enter into international instruments which contain provisions on matters governed by this Convention, provided that these instruments do not affect, in the relationship of such States with other Contracting States, the application of the provisions of this Convention.

3 Without prejudice to paragraph 4, this Convention takes precedence over international instruments when all States concerned are equally bound by the international instrument and by this Convention, except –

a) As concerns the jurisdiction of the courts, when the court chosen is situated, and all the parties to the choice of court agreement are habitually resident or domiciled, in States in which the international instrument is applicable;

b) As concern the recognition and enforcement of judgements rendered in States bound by the international instrument;

c) Sub-paragraph b) of this paragraph shall apply to the enforcement of settlements to which Article 12 of this Convention applies.

4 This Convention does not affect the possibility for one or more Contracting States to continue to apply or to enter into international instruments which, in relation to particular subject matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if all the States concerned are Parties to this Convention.

5 For the purposes of the present article, "international instrument" means any international agreement or legislative instrument of supra-national character.

N.B. – The present proposal is an attempt to solve, on the same article, the question of "disconnection" of the European instruments and the relation between the present Convention and other existing or future international agreements. It is only a very preliminary proposal, due to the fact that other possibilities to address the issues related to disconnection of the European instruments are still under consideration and that this proposal has to be re-evaluated in the light of the final text of the Convention.

Nos 52 à/to 54 – Non publiés/not published

No 55 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 22 – Participation by International Organisations

1 For the purposes of this Convention the reference to a Contracting State shall include reference to an International Organisation.

Doc.trav./Work.Docs Nos 51-55

2 In cases where an International Organisation does not have competence over all the matters governed by this Convention, its provisions shall apply *mutatis mutandis* to participation by such International Organisation in this Convention.

3 In cases where an International Organisation has competence over all the matters governed by this Convention, the following provisions shall apply to participation by such International Organisation in this Convention –

a) at the time of signature or accession, such International Organisation shall make a declaration stating:

i) that it has competence over all the matters governed by this Convention;

ii) that, for this reason, its member States shall not become Contracting States, except in respect of their territories for which the International Organisation has no responsibility; and

iii) that it accepts the rights and obligations of Contracting States under this Convention;

b) participation of such an International Organisation shall in no case confer any rights under this Convention on member states of the International Organisation;

c) in the event of a conflict between the obligations of an International Organisation under this Convention and its obligations under the agreement establishing the International Organisation or any acts relating to it, the obligations under this Convention shall prevail.

Documents de travail Nos 56 à 68
Working Documents Nos 56 to 68

Distribués le jeudi 22 avril 2004
Distributed on Thursday 22 April 2004

Nos 56 et/and 57 – Non publiés/not published

No 58 – Proposal of the delegation of China

Option 1

Article 25 – Declarations

Upon signature, ratification, acceptance, approval or accession, a Contracting Party may declare that it will not apply the provisions of the Convention to exclusive choice of court agreements in matters which are exclusively governed in its internal law.

Option 2

Article 16 a) Limitation with respect to asbestos *special fields*

Upon signature, ratification, acceptance, approval or accession, *a Contracting Party* may declare that it will not apply the provisions of the Convention to exclusive choice of court agreements in

a) asbestos *or other natural resource related matters*;

b) *a joint venture contract which is subject to the exclusive jurisdiction of the court of a Contracting Party under its law.*

Nos 59 à/to 68 – Non publiés/not published

Documents de travail Nos 69 à 84
Working Documents Nos 69 to 84

Distribués le vendredi 23 avril 2004
Distributed on Friday 23 April 2004

Nos 69 et/and 70 – Non publiés/not published

No 71 – Proposal of the delegation of Australia

Article 5 c)

Insert after the words "public policy" the words "of the State of the court seized".

Article 7(1) e)

Delete all words after "the public policy of the requested State".

No 72 – Non publié/not published

No 73 – Proposition de la Communauté européenne – Proposal of the European Community

Article premier – Champ d'application

1 La présente Convention s'applique aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale.

2 La Convention ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for:

a) entre une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (le consommateur) et une autre partie agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale, ou entre consommateurs; ou

b) relatifs aux contrats de travail individuels ou collectifs.

3 La Convention ne s'applique pas aux litiges portant à titre principal sur l'une des matières suivantes:

a) l'état et la capacité des personnes physiques;

b) les obligations alimentaires;

c) les autres matières en droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires;

d) les testaments et les successions;

e) l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues;

f) les contrats de transport de marchandises par mer [et autres matières maritimes];

g) les entraves à la concurrence;

h) la responsabilité nucléaire;

i) les droits réels immobiliers *et les baux d'immeubles*;

j) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, et la validité des décisions de ses organes;

k) les droits de propriété intellectuelle, à l'exception des droits d'auteurs et des droits voisins et, à l'exception des litiges relatifs à l'exécution des termes [d'un accord contractuel] [d'un accord de licence ou d'un accord similaire]; ou

l) la validité des inscriptions sur les registres publics.

4 Un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'une matière visée au paragraphe 3 est évoquée à titre incident.

5 *[...]*

6 Un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte d'un État y est partie.

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

Article 2 – Accords exclusifs d'élection de for

1 Au sens de la présente Convention, un «accord exclusif d'élection de for» est un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, qui est conforme aux exigences prévues au paragraphe 3 et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État, soit un tribunal particulier, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal.

2 Un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État ou un tribunal particulier est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire.

3 Un accord d'élection de for doit être conclu ou confirmé:

a) par écrit; ou

b) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement.

4 *[...]* La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que *les autres clauses* du contrat ne sont pas valables.

Article 3 – Autres définitions

1 Au sens de la présente Convention le terme «jugement» signifie toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance, de même que la fixation des frais du procès par le tribunal (y compris le greffier du tribunal), sous réserve qu'elle ait trait à une décision *sur le fond* susceptible d'être reconnue ou exécutée en application de la présente Convention.

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

a) de son siège statutaire;

b) selon la loi duquel elle a été constituée;

c) de son administration centrale; ou

d) de son principal établissement.

CHAPITRE II COMPÉTENCE

Article 4 – Compétence du tribunal élu

1 Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État.

2 Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe 1 ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige.

3 Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande, ni la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant [sauf si les parties ont désigné un tribunal particulier].

4 Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque, *à la fois au moment où l'accord d'élection de for a été conclu et lorsque la procédure a été introduite*, toutes les parties à l'accord *avaient* leur résidence habituelle *uniquement* dans l'État du tribunal élu et que la relation des parties ainsi que tous les éléments pertinents au litige *étaient* liés à cet État.

Article 5 – Obligations du tribunal non-élu

Si les parties ont conclu un accord exclusif d'élection de for, un tribunal d'un État contractant autre que l'État du tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir sauf si:

a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice très grave ou serait manifestement contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public ;

d) [...] ; ou

e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige ; ou

f) à la fois au moment où l'accord d'élection de for a été conclu et lorsque la procédure a été introduite, les parties *avaient* leur résidence habituelle *uniquement* dans l'État du tribunal saisi et la relation des parties ainsi que tous les éléments pertinents au litige, autres que l'accord, *étaient* liés à cet État.

Article 7 – Reconnaissance et exécution

1 Un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for sera reconnu et exécuté dans les autres États contractants conformément au présent chapitre. La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée aux seuls motifs que :

...

...

f) le jugement est inconciliable avec un jugement rendu dans un litige entre les mêmes parties dans l'État membre dans lequel la reconnaissance est demandée, ou est inconciliable avec un jugement rendu antérieurement dans un autre État entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque le jugement rendu antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État Contractant requis en vertu d'un accord international, et à condition que le jugement inconciliable n'ait pas été rendu en violation de la Convention.

Article 14 – Limitation de compétence

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de connaître des litiges couverts par un accord exclusif d'élection de for s'il n'existe aucun lien, autre que l'accord, entre cet État et les parties ou le litige, *à la fois au moment où l'accord d'élection de for a été conclu et lorsque la procédure a été introduite. Un État contractant peut retirer cette déclaration à tout moment.*

Article 15 – Limitation à la reconnaissance et à l'exécution

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque, *à la fois au moment où l'accord d'élection de for a été conclu et lorsque la procédure a été introduite,* toutes les parties *avaient* leur résidence habituelle *uniquement* dans l'État requis et lorsque la relation des parties ainsi que tous les éléments pertinents au litige, autres que l'accord exclusif d'élection de for, *étaient* liés à l'État requis.

* * *

Article 1 – Scope

1 The present Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.

2 The Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements –

a) between a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (the consumer) and another party acting for the purposes of its trade or profession, or between consumers; or

b) relating to individual or collective contracts of employment.

3 The Convention shall not apply to proceedings *to the extent they* have as their *subject* any of the following matters –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition and analogous matters;

f) contracts for the carriage of goods by sea [and other admiralty or maritime matters];

g) anti-trust / competition matters;

h) nuclear liability;

i) rights *in rem* in immovable property and *tenancies of immovable property*;

j) the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs;

k) intellectual property rights except copyright and related rights and except proceedings brought to enforce the terms of a [contractual] [licence or similar] agreement; or

l) the validity of entries in public registers,

4 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention if a matter referred to in paragraph 3 arises merely as an incidental question.

5 *[...]*

6 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for a State is a party thereto.

7 Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.

Article 2 – Exclusive choice of court agreements

1 In this Convention, "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph 3 and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may

arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one State or one specific court to the exclusion of the jurisdiction of any other courts.

2 A choice of court agreement which designates the courts of one State or one specific court shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise.

3 An exclusive choice of court agreement must be entered into or evidenced –

a) in writing; or

b) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference.

4 *[...]* The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the *remainder of the* contract is not valid.

Article 3 – Other definitions

1 In this Convention "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that such determination relates to a *decision on merits* which may be recognised or enforced under this Convention.

2 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be habitually resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 4 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 The preceding paragraphs shall not affect rules on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim, or the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State [unless the parties designated a specific court].

4 The preceding paragraphs shall not apply if, *both when the choice of court agreement was concluded and when the proceedings were commenced,* all the parties to the agreement *were* habitually resident *only* in the State of the chosen court and the relationship of the parties and all elements relevant to the dispute *were* connected with that State.

Article 5 – Obligations of a court not chosen

If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement, a court in a Contracting State other than the State of the chosen court shall suspend or dismiss the proceedings unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a very serious injustice or would be manifestly contrary to fundamental principles of public policy;

d) [...]; or

e) the chosen court has decided not to hear the case; or

f) both when the choice of court agreement was concluded and when the proceedings were commenced, the parties *were* habitually resident *only* in the State of the court seised, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the agreement, *were* connected with that State.

Article 7

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the following grounds –

...

...

f) the judgment is irreconcilable with a judgment given in a dispute between the same parties in the Contracting State in which recognition is sought, or it is irreconcilable with an earlier judgment given in another State involving the same cause of action and between the same parties, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the Contracting State addressed under an international agreement, and provided that the irreconcilable judgment was not given in contravention of this Convention.

Article 14 – Limitation of jurisdiction

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to determine disputes covered by an exclusive choice of court agreement if, except for the agreement, there is no connection between that State and the parties or the dispute, *both when the choice of court agreement was concluded and when the proceedings were commenced. A Contracting State may withdraw its declaration at any time.*

Article 15 – Limitation of recognition and enforcement

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment of a court in another Contracting State if, *both when the choice of court agreement was concluded and when the proceedings in the State of origin were commenced,* all parties are habitually resident *only* in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the exclusive choice of court agreement, *were* connected with the requested State.

Doc.trav./Work.Docs Nos 69-84

No 74 – Proposal of the delegation of China

Article 7 – Recognition and enforcement

1 e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, ~~in particular~~ *including situations where* the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State.

Nos 75 à/to 84 – Non publiés/not published

Documents de travail Nos 85 à 91
Working Documents Nos 85 to 91

Distribués le samedi 24 avril 2004
Distributed on Saturday 24 April 2004

Nos 85 à/to 87 – Non publiés/not published

No 88 – Proposal of the delegation of Australia

Article 7(1 bis*)*

Article 7(1 *bis*) shall apply equally to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to the reallocation of the matter as permitted by Article 4(3).

No 89 – Non publié/not published

No 90 – Proposal of the IBA and the IAIS

Article 1

...

4 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention if a matter referred to in paragraph 3 arises merely as an incidental question *or arises from a contract of insurance or reinsurance.*

No 91 – Proposal of the delegation of Australia

Article 5

...

d) the chosen court has decided not to hear the case, unless the matter has been transferred to another court of the State of the chosen court as permitted by Article 4(3).

Documents de travail Nos 92 à 108
Working Documents Nos 92 to 108

Distribués le lundi 26 avril 2004
Distributed on Monday 26 April 2004

No 92 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 2 – Exclusive choice of court agreements

1 In this Convention –

a) "choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph 3 and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one or more States or one or more specific courts;

b) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph 3 and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one State or one specific court to the exclusion of the jurisdiction of any other courts.

2 A choice of court agreement which designates the courts of one State or one specific court shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise.

3 ~~An exclusive~~ A choice of court agreement must be entered into or evidenced –

a) in writing; or

b) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference.

4 ~~An exclusive~~ A choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. ~~The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.~~

Article 7 – Recognition and enforcement

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in ~~an exclusive~~ *a* choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the following grounds –

a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court, unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the requested State;

c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence ~~[or was not notified in accordance with the law of the State where such notification took place] [, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested]~~;[1]

d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure; or

e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, in particular if the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State.

1 bis In addition, recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State designated in a choice of court agreement other than an exclusive choice of court agreement may be refused if –

a) proceedings between the same parties and having the same subject matter are pending before a court that was seised prior to the court of origin, either in the State addressed or in another State, provided that in the latter case the court is expected to render a judgment capable of being recognised or enforced in the State addressed; or

b) the judgment is inconsistent with a judgment rendered, either in the State addressed or in another State, provided that in the latter case the judgment is capable of being recognised or enforced in the State addressed.

2 Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4 Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

No 93 – Non publié/not published

No 94 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 4 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 The preceding paragraphs shall not affect rules on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim, or the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State ~~[unless the parties designated a specific court]~~.

~~4 The preceding paragraphs shall not apply if all the parties to the agreement are habitually resident [only] in the State of the chosen court [and the relationship of the parties and all elements relevant to the dispute are connected with that State]~~.[2]

Article 5 – Obligations of a court not chosen

1 If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement *designating a court or the courts of a Contracting State*, a court in a Contracting State other than the State of the chosen court shall suspend or dismiss the proceedings unless –

a) the agreement is null and void ~~under the law of the State of the chosen court~~;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a ~~very~~ serious injustice or would be manifestly contrary to fundamental principles of public policy;

d) *as a result of changed circumstances* ~~for exceptional reasons~~ the agreement cannot ~~reasonably~~ be performed;

e) the chosen court ~~has decided not~~ *is unable under this convention* to hear the case; or

f) ~~the parties are habitually resident [only] in the State of the court seised, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the agreement, are connected with that State~~.[1]

2 The provisions of paragraph 1 shall apply to proceedings in a court in a Contracting State if an action is brought to enforce a judgment rendered in contravention of an exclusive choice of court agreement.

No 95 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 10 – Damages

~~1 A~~ *The portion of a* judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced to the extent that a court in the requested State could have awarded similar or comparable damages. Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin. *The court addressed shall take into account whether and to what extent the dam-*

[1] For alternative language under negotiation, see Working Document No 77 from the Group on Notification.

[2] The United States of America has recommended deletion of Article 4(4) and Article 5(f) in order to combine all provisions on internal matters in a single new provision. See Working Document 56.

Doc.trav./Work.Docs Nos 92-108

ages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

~~2 a) Where the debtor, after proceedings in which the creditor has the opportunity to be heard, satisfies the court addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages have been awarded, recognition and enforcement may be limited to a lesser amount.~~

~~b) In no event shall the court addressed recognise or enforce the judgment in an amount less than that which could have been awarded in the requested State in the same circumstances, including those existing in the State of origin.~~

~~3 In applying the preceding paragraphs, the court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.~~

No 96 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 5 – Le tribunal non élu

Si les parties ont conclu un accord exclusif d'élection de for, un tribunal d'un État contractant autre que l'État *contractant* du tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir sauf si :

a) l'accord *n'est pas valide* [*biffer:* est nul] en vertu du droit de l'État du tribunal élu ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi *au moment de la conclusion de l'accord ;*

c) *Variante 1* :

qu'en vertu des règles impératives de compétence de l'État du tribunal saisi, les parties ne pouvaient se soustraire à la compétence des tribunaux de cet État ;

Variante 2 :

donner effet à l'accord serait manifestement contraire à l'ordre public ;

d) – f) sans changement

* * *

Article 5 – The court not chosen

If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement, a court in a Contracting State other than the *Contracting* State of the chosen court shall suspend or dismiss the proceedings unless –

a) the agreement is *not valid* [*delete*: null and void] under the law of the State of the chosen court;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised *at the date the agreement is entered into*;

c) *Variant 1*:

under the mandatory rules on jurisdiction of the State of the court seized, the parties were unable to agree to exclude the jurisdiction of the courts of this State;

Variant 2:

giving effect to the agreement would be manifestly contrary to public policy;

d) – f) unchanged

No 97 – Proposal of the Intellectual Property Working Group

Article 1

3 The Convention shall not apply to the following matters –

k) [an intellectual property right other than copyright or related rights, except proceedings brought under a contract licensing or assigning such intellectual property right [including proceedings for infringement of the right to which the contract relates]].

[delete (l)]

4 Notwithstanding paragraph 3, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter referred to in that paragraph arises merely as an incidental question and not as an object of the proceedings.

[Article 4 bis – *Stay of proceedings in the chosen court*

Nothing in this Convention shall preclude a court from suspending or dismissing without prejudice the proceedings before it, in particular in order to allow the courts of the State under the law of which the intellectual property right arose to give a ruling on its validity.]

Article 7 bis

1 If a matter referred to in Article 1(3) arose as an incidental question, the ruling on that question shall not be recognized and enforced under this Convention.

[2 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be refused to the extent that the judgment of the court of origin is inconsistent with a judgment on the validity of the intellectual property right rendered in the State under the law of which the intellectual property right arose.]

[3 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be suspended or dismissed without prejudice at the request of one of the parties if proceedings on validity are pending in the State under the law of which the intellectual property right arose.]

Nos 98 et/and 99 – Non publiés/not published

No 100 – Proposal of the delegation of Japan

Article 5(a)

If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement, a court in a Contracting State other than the State of the chosen court shall suspend or dismiss the proceedings unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court *on any ground, including incapacity*;[3]

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised;

Article 7(1) a)

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the following grounds –

a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court *on any ground, including incapacity*,[4] unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the requested State;

Article 5
Chart 1: Determined only by the law of the court seised

the law of the court seised / the law of the chosen court	incapable	capable
incapable	The chosen court may dismiss the proceeding. The court seised may have the jurisdiction.	*The chosen court may dismiss the proceeding. The court seised shall dismiss the proceeding.*
capable	The chosen court shall have the jurisdiction. The court seised may have the jurisdiction.	The chosen court shall have the jurisdiction. The court seised shall dismiss the proceeding.

Chart 2: Determined both by the law of the chosen court and by the law of the court seised

the law of the court seised / the law of the chosen court	incapable	capable
incapable	The chosen court may dismiss the proceeding. The court seised may have the jurisdiction.	*The chosen court may dismiss the proceeding. The court seised may have the jurisdiction.*
capable	The chosen court shall have the jurisdiction. The court seised may have the jurisdiction.	The chosen court shall have the jurisdiction. The court seised shall dismiss the proceeding.

No 101 – Non publié/not published

No 102 – Proposal of the delegation of Japan

In addition to the proposal Article 7 *bis* (1), (2) and (3) in Work. Doc. No 97

4 The preceding paragraphs 2 and 3 shall apply *mutatis mutandis* to the matters provided for in Article 1(3) to the extent that a judgment on such matters has *erga omnes* effect (effective as against the whole world, including persons who were not parties to the proceedings).

No 103 – Proposal of the IAIS and the IBA

Article 10 – Damages

...

4 Nothing in the preceding paragraphs shall apply to limit the collection of monies that have been awarded pursuant to a valid contract of reinsurance.

Explanatory note:

An award against an insurance company or its insured may include compensatory and punitive damages. The obligation to pay these damages is that of the insurance company, subject to the terms of the insurance policy.

When the insurance company has paid claims, damages and related expenses up to an agreed amount, a reinsurance company will indemnify the insurance company for all or a portion of the amounts that the insurance company has paid. By contract, the reinsurance company previously has agreed whether, and to what extent, to reimburse said amounts. In other words, the insurer and reinsurer already have agreed whether the reinsurer will cover punitive damages and related expenses that the insurance company already has paid to its insured or a third party. The reinsurer is not liable to the insured unless the reinsurer has specifically agreed to assure such direct obligation.

[3] See the draft report (Prel. Doc. No 25) para. 94.
[4] See the draft report (Prel. Doc. No 25) para. 109.

Doc.trav./Work.Docs Nos 92-108

Nos 104 à/to 106 – Non publiés/not published

No 107 – Proposal of the UINL

Article 5 – Obligations of a court not chosen

...

c) giving effect to the agreement would lead to a very serious injustice to the parties to the agreement arising from circumstances which were unforeseeable at the time the agreement was entered into or would be manifestly contrary to fundamental principles of public policy;

No 108 – Proposition du Groupe de travail sur la déconnexion – Proposal of the Disconnection Working Group

Article 19 – Relation avec les autres instruments internationaux

1 Aux fins de cet article, « instrument international » signifie un traité ou des règles internationales établies par une organisation internationale en vertu d'un traité international.

2 Sous réserve des articles 4 et 5, la présente Convention n'affecte aucun instrument international auquel les États contractants sont parties et qui contient des dispositions relatives aux matières régies par la présente Convention, sauf déclaration contraire des États contractants liés par un tel instrument.

3 La présente Convention n'affecte pas la possibilité, pour un ou plusieurs États contractants, de conclure des instruments internationaux qui contiennent des dispositions relatives aux questions régies par la présente Convention, pour autant que ces instruments n'affectent pas, dans les rapports de ces États contractants avec les autres États contractants, l'application des dispositions de la présente Convention.

4 Lorsqu'un État contractant est également partie à un instrument international qui contient des dispositions relatives aux questions régies par la présente Convention, celle-ci prévaut dans les matières relatives à la compétence, sauf lorsque :

a) le tribunal élu est situé dans un État dans lequel l'instrument est en vigueur ; et

b) toutes les parties résident [uniquement] soit dans un État dans lequel l'instrument est en vigueur, soit dans un État non contractant.

5 La présente Convention ne limite pas l'application d'un instrument international en vigueur entre l'État d'origine et l'État requis aux fins de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement. [Toutefois, le jugement ne sera pas reconnu ou exécuté dans une moindre mesure qu'en vertu de la présente Convention.][5]

6 [Nonobstant les] [Sous réserve des] paragraphes 4 et 5, la présente Convention n'affecte pas la capacité, pour un ou plusieurs États contractants, de continuer à appliquer ou de conclure des instruments internationaux qui, concernant des matières particulières, régissent la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si tous les États en cause sont parties à la Convention.

Article 22 – Organisations régionales d'intégration économique

1 Une organisation régionale d'intégration économique constituée par des États souverains et ayant compétence sur certaines ou l'ensemble des matières régies par la présente Convention peut elle aussi signer, accepter, approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, l'Organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette organisation a compétence sur des matières régies par la présente Convention.

2 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'Organisation régionale d'intégration économique notifiera par écrit au Dépositaire les matières régies par la présente Convention pour lesquelles la compétence a été déléguée à cette organisation par ses États membres. L'Organisation notifiera au Dépositaire, par écrit et dans les meilleurs délais, tout changement relatif à sa compétence, telle que précisée dans la dernière notification produite au titre du présent paragraphe.

3 Aux fins de l'entrée en vigueur de la présente Convention, tout instrument déposé par une Organisation régionale d'intégration économique ne devra pas être considéré comme se cumulant à aucun des instruments déposé par ses États membres.

4 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'Organisation régionale d'intégration économique peut déclarer que ses États membres, en vertu de la loi de l'Organisation, sont liés par la présente Convention. Dans ce cas, une référence à un État contractant comprend, lorsque nécessaire, une référence aux États membres de l'Organisation [conformément à l'article 18].

5 Une référence à une État contractant dans la présente Convention comprend, lorsque nécessaire, une référence à une Organisation régionale d'intégration économique partie à la présente Convention, avec toutes les modifications requises. Les références aux articles 4(4), 5 *f)* et 15 à un État membre s'entendent notamment comme des références à l'Organisation régionale d'intégration économique.

6 L'article 7 ne s'applique pas à la reconnaissance et l'exécution des jugements dans les situations où l'État d'origine et l'État requis sont membres de l'Organisation régionale d'intégration économique partie à la présente Convention et ont effectué une déclaration en vertu du paragraphe 4. [Toutefois, le jugement ne sera pas reconnu ou exécuté dans une moindre mesure qu'en vertu de la présente Convention.]

* * *

Article 19 – Relationship with other international instruments

1 For the purposes of this Article, "international instrument" means an international treaty or rules made by an international organisation under an international treaty.

2 Subject to paragraphs 4 and 5, this Convention does not affect any international instrument to which Contracting States are parties and which contains provisions on matters governed by this Convention, unless a contrary declaration

[5] L'un des effets de ce paragraphe tient en la primauté de la Convention lorsque le tribunal élu est dans un État contractant dans lequel l'instrument est en vigueur, une partie réside dans un État contractant dans lequel l'instrument n'est pas en vigueur et une autre partie réside dans un État non contractant dans lequel l'instrument est en vigueur. La question de savoir comment ce cas devrait être traité doit être discutée plus avant.

is made by the Contracting States bound by such instrument.

3 This Convention does not affect the possibility for one or more Contracting States to enter into international instruments which contain provisions on matters governed by this Convention, provided that these instruments do not affect, in the relationship of such Contracting States with other Contracting States, the application of the provisions of this Convention.

4 Where a Contracting State is also a party to an international instrument which contains provisions on matters governed by this Convention, this Convention shall prevail in matters relating to jurisdiction except where:

a) the chosen court is situated in a State in which the instrument is in force; and

b) all of the parties are resident [only] either in a State which the instrument is in force or in a non-Contracting State.[6]

5 This Convention shall not restrict the application of an international instrument in force between the State of origin and the State addressed for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment. [However the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.]

6 [Notwithstanding] [Subject to] paragraphs 4 and 5, this Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to continue to apply or to enter into international instruments which, in relation to specific subject matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if all States concerned are parties to this Convention.

Article 22 – Regional Economic Integration Organisations

1 A Regional Economic Integration Organisation which is constituted by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the organisation has competence over matters governed by this Convention.

2 The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the Depositary in writing specifying the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the Depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.

3 For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted as additional to any instruments deposited by its Member States.

4 At the time of signature, acceptance, approval or accession a Regional Economic Integration Organisation may declare that its Member States, by virtue of the law of the Organisation, are bound by this Convention. In this case, a reference to a Contracting State includes, where appropriate, a reference to the Member States of the Organisation [in accordance with Article 18].

5 A reference to a Contracting State in this Convention includes, where appropriate, a reference to a Regional Economic Integration Organisation that is a party to this Convention, with all necessary modifications. In particular, references to a Contracting State in Articles 4(4), 5 *f)* and 15 shall be read as references to the Regional Economic Integration Organisation.

6 Article 7 shall not apply to the recognition and enforcement of judgments in cases where the State of origin and the State addressed are Member States of a Regional Economic Integration Organisation that is a party to this Convention and has made a declaration under paragraph 4. [However the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.]

[6] One result of this paragraph is that the Convention prevails where the chosen court is in a Contracting State in which the instrument is in force, one party is resident in a Contracting State in which the instrument is not in force, and the other party is resident in a non-Contracting State in which the instrument is in force. The question of how this case should be treated requires further discussion.

Document de travail No 109
Working Document No 109

Distribué le mardi 27 avril 2004
Distributed on Tuesday 27 April 2004

No 109 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 19(4) – Document de travail No 108

remplacer la lettre c) par le texte suivant :

c) l'une des parties réside [uniquement] dans un État non contractant dans lequel l'instrument est applicable.

* * *

replace letter c) by the following text :

c) a party is resident [only] in a non-Contracting State in which the instrument is in force.

Distribué le mardi 27 avril 2004

Distributed on Tuesday 27 April 2004

No 110 – Proposition du Comité de rédaction

PROJET RELATIF AUX ACCORDS EXCLUSIFS D'ÉLECTION DE FOR

Les États signataires de la présente Convention,

Désireux de promouvoir le commerce et les investissements internationaux en renforçant la coopération judiciaire,

Convaincus que cette coopération renforcée nécessite un régime juridique international apportant la sécurité et assurant l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for entre les parties à des opérations commerciales et régissant la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans le cadre de procédures fondées sur de tels accords,

Ont résolu de conclure la présente *Convention sur les accords exclusifs d'élection de for* et sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DEFINITIONS

Article premier – Champ d'application

1 La présente Convention s'applique dans des situations internationales aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale.

2 Aux fins du chapitre II, une situation est internationale sauf si [au moment de la conclusion de l'accord] [et] [au moment de l'ouverture de la procédure,] les parties résident dans l'État contractant du tribunal saisi et les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents au litige, quel que soit le lieu de situation du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État.

3 Aux fins du chapitre III, une situation est internationale lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est requise.

Article 2 – Exclusions du champ d'application

1 La Convention ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for :

a) auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (le consommateur) est partie ; ou

b) relatifs aux contrats de travail, y compris les conventions collectives.

Proposal of the Drafting Committee

DRAFT ON EXCLUSIVE CHOICE OF COURT AGREEMENTS

The States signatory to the present Convention,

Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial cooperation,

Believing that such enhanced cooperation requires a secure international legal regime that ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements by parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

Have resolved to conclude the following *Convention on Exclusive Choice of Court Agreements* and have agreed upon the following provisions –

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1 – Scope

1 The present Convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.

2 For the purposes of Chapter II, a case is international unless[at the time the agreement is concluded][and][at the time of commencement of the proceedings] the parties are resident in the Contracting State of the court seised and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State.

3 For the purposes of Chapter III, a case is international where recognition or enforcement of a foreign judgment is sought.

Article 2 – Exclusions from scope

1 The Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements –

a) to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party; or

b) relating to contracts of employment, including collective agreements.

2 La Convention ne s'applique pas aux matières suivantes :

a) l'état et la capacité des personnes physiques ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les autres matières en droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires ;

d) les testaments et les successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues ;

f) les contrats de transport de passagers et marchandises par mer [et autres matières maritimes] ;

g) les entraves à la concurrence ;

h) la responsabilité pour les dommages nucléaires ;

i) les droits réels immobiliers [et les baux d'immeubles] ;

j) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, et la validité des décisions de ses organes ;

k) [les droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins, à l'exception des litiges fondés sur des contrats accordant une licence ou cédant de tels droits de propriété intellectuelle [y compris les litiges portant sur une contrefaçon du droit faisant l'objet du contrat]][1] ; ou

l) la validité des inscriptions sur les registres publics.

3 Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention lorsqu'une matière visée au paragraphe 2 est soulevée à titre incident et non à titre principal.

4 La Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes.

5 Un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte d'un État y est partie.

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

Article 3 – Accords exclusifs d'élection de for

Aux fins de la présente Convention,

a) un « accord exclusif d'élection de for » signifie un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, qui est conforme aux exigences prévues au paragraphe *c)*, et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers dans un État contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal ;

b) un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particu-

[1] En vertu de ce projet, la validité soulevée à titre principal est exclue du champ d'application de la Convention.

2 The Convention shall not apply to the following matters –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition and analogous matters;

f) contracts for the carriage of passengers or goods by sea[, and other admiralty or maritime matters];

g) anti-trust (competition) matters;

h) liability for nuclear damage;

i) rights *in rem* in immovable property[and tenancies of immovable property];

j) the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs;

k) [intellectual property rights other than copyright or related rights, except in proceedings pursuant to a contract which licenses or assigns such intellectual property rights[including proceedings for infringement of the right to which the contract relates]];[1] or

l) the validity of entries in public registers.

3 Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter referred to in that paragraph arises merely as an incidental question and not as an object of the proceedings.

4 The Convention shall not apply to arbitration and related proceedings.

5 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for a State is a party thereto.

6 Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.

Article 3 – Exclusive choice of court agreements

For the purposes of this Convention,

a) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph c) and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts;

b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one

[1] According to this draft, validity as a principal issue is excluded from the scope of the Convention.

liers dans un État contractant est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire;

c) un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou confirmé:

i) par écrit; ou

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

d) un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable.

Article 4 – Autres définitions

1 Au sens de la présente Convention le terme «jugement» signifie toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance, de même que la fixation des frais du procès par le tribunal (y compris le greffier du tribunal), sous réserve qu'elle ait trait à une décision sur le fond susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention. Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des jugements.

2 Aux fins de la présente Convention, une entité ou personne autre qu'une personne physique est réputée avoir sa résidence dans l'État:

a) de son siège statutaire;

b) selon la loi duquel elle a été constituée;

c) de son administration centrale; ou

d) de son principal établissement.

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 5 – Compétence du tribunal élu

1 Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État.

2 Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe premier ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige.

3 Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives:

a) à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande;

b) à la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant [sauf si les parties ont désigné un tribunal particulier][2].

[Article 6 – Sursis à statuer du tribunal élu

La présente Convention n'empêche pas le tribunal élu de surseoir à statuer ou se dessaisir de la demande dont il est saisi,

[2] Si les termes entre crochets à l'art. 5, para. 3 lettre b) ne sont pas retenus, la question de savoir si les art. 7 et 9 devraient être appliqués lorsqu'un litige a été renvoyé du tribunal élu à un autre tribunal dans le même État contractant reste à examiner. Voir les termes entre crochets aux art. 7, lettre e), et 9, para. 1 *bis*.

Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise;

c) an exclusive choice of court agreement must be entered into or evidenced –

i) in writing; or

ii) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

d) an exclusive choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.

Article 4 – Other definitions

1 In this Convention "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that such determination relates to a decision on the merits which may be recognised or enforced under this Convention. An interim measure of protection is not a judgment.

2 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 5 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 The preceding paragraphs shall not affect rules –

a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim; or

b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State [unless the parties designated a specific court].[2]

[Article 6 – Stay of proceedings in the chosen court

Nothing in this Convention shall prevent the chosen court from suspending or dismissing the proceedings before it, in

[2] If the bracketed language in Article 5, paragraph 3 b) is not retained, the question of whether Articles 7 and 9 should apply where a case has been transferred by the chosen court to another court in the same Contracting State remains to be considered. See the bracketed language in Articles 7 e) and 9, paragraph 1 *bis*.

notamment afin de permettre aux tribunaux de l'État de la loi duquel découle un droit de propriété intellectuelle, de rendre un jugement sur la validité de ce droit, pourvu qu'un tel dessaisissement n'empêche pas de recommencer la procédure.]

Article 7 – Obligations du tribunal non élu

Si les parties ont conclu un accord exclusif d'élection de for qui désigne un tribunal ou les tribunaux d'un État contractant, tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir sauf si :

a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu[3] ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice très grave ou serait manifestement contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public de l'État du tribunal saisi[4] ;

d) pour des motifs exceptionnels, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre[5] ; ou

e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige [, sauf s'il a renvoyé l'affaire à un autre tribunal du même État, comme permis par l'article 5, paragraphe 3 *b)*][6].

Article 8 – Mesures provisoires et conservatoires

Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas régies par la présente Convention. Elle n'exige ni n'empêche l'octroi des mesures provisoires et conservatoires par le tribunal d'un État contractant. Elle n'affecte pas la possibilité pour une partie de demander de telles mesures, ni la faculté du tribunal d'en accorder.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 9 – Reconnaissance et exécution

1 Un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for sera reconnu et exécuté dans les autres

États contractants conformément au présent chapitre. La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée aux seuls motifs que[7] :

a) l'accord était nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu[8], à moins que celui-ci n'ait constaté que l'accord est valable ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État requis ;

particular in order to allow the courts of the State under the law of which an intellectual property right arose, to give a judgment on its validity, provided that such dismissal does not prevent the proceedings from being recommenced.]

Article 7 – Obligations of a court not chosen

If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement, any court in a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss the proceedings unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;[3]

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a very serious injustice or would be manifestly contrary to fundamental principles of public policy of the State of the court seised;[4]

d) for exceptional reasons, the agreement cannot reasonably be performed;[5] or

e) the chosen court has decided not to hear the case[, except where it has transferred the case to another court of the same State as permitted by Article 5, paragraph 3 b)][6].

Article 8 – Interim measures of protection

Interim measures of protection are not governed by this Convention. This Convention neither requires nor precludes the grant of interim measures of protection by a Court of a Contracting State and does not affect whether or not a party may request or a court should grant such measures.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 9 – Recognition and enforcement

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other

Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the following grounds[7] –

a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court[8], unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the requested State;

[3] La politique législative liée à cette question requiert davantage de réflexion. Il a été proposé de biffer les termes « en vertu du droit de l'État du tribunal élu ». Il a également été proposé d'ajouter les termes « pour tout motif, y compris l'incapacité ».
[4] La politique législative liée à cette question requiert davantage de réflexion. Les différentes options proposées sont reflétées dans les propositions suivantes:
i) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice très [biffer: très] grave ou serait [autrement] manifestement contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public de l'État du tribunal saisi ;
ii) en vertu des règles impératives de compétence de l'État du tribunal saisi, les parties ne pouvaient se soustraire à la compétence des tribunaux de cet État ;
iii) donner effet à l'accord serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi.
[5] Il a été proposé de biffer cette disposition ; une décision sur ce point dépend du texte qui sera finalement adopté pour la lettre c).
[6] Cette disposition est liée à la décision à prendre concernant la politique législative par rapport à la partie entre crochets dans l'art. 5, para. 3, et aux termes entre crochets à l'art. 9, para. 1 *bis*.
[7] Il conviendra d'examiner plus avant si les questions traitées à l'art. 7, lettres c) et d) sont reflétées de manière adéquate dans ce paragraphe.
[8] Il a été proposé d'ajouter les termes « pour tout motif, y compris l'incapacité ».

[3] The policy issues related to this matter need further consideration. It has been proposed to delete the words "under the law of the State of the chosen court". It has also been proposed to add the words "on any ground, including incapacity".
[4] The policy issues related to this matter need further consideration. The various options proposed are reflected in the following proposals:
i) giving effect to the agreement would lead to a very [delete: very] serious injustice or would[otherwise] be manifestly contrary to fundamental principles of public policy of the State of the court seised;
ii) under the mandatory rules on jurisdiction of the State of the court seised, the parties were unable to agree to exclude the jurisdiction of the courts of this State;
iii) giving effect to the agreement would be manifestly contrary to public policy of the State of the court seised.
[5] It has been proposed to delete this provision; a decision on this proposal is linked to the final wording of paragraph c).
[6] This provision is linked to the policy decision to be taken on the bracketed part of Article 5, paragraph 3 and to the language in square brackets in Article 9, paragraph 1 *bis*.
[7] Further consideration is required as to whether the matters covered by Article 7 c) and d) are adequately reflected in this paragraph.
[8] It has been proposed to add the words "on any ground, including incapacity".

c) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande

i) n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense, à moins que le défendeur n'ait comparu et présenté sa défense sans contester la notification devant le tribunal d'origine, à condition que le droit de l'État d'origine permette de contester la notification; ou

ii) a été notifié au défendeur dans l'État requis en violation de l'ordre public de celui-ci;

d) le jugement résulte d'une fraude relative à la procédure;

e) la reconnaissance ou l'exécution serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, y compris les cas où la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État; ou

f) le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans un litige entre les mêmes parties dans l'État requis, ou est incompatible avec un jugement rendu antérieurement dans un autre État entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque le jugement rendu antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis[en vertu d'un accord international], et à condition que le jugement incompatible n'ait pas été rendu en violation de la présente Convention.

[1 *bis* Le paragraphe premier s'applique également à un jugement rendu par un tribunal d'un Etat contractant suite à un renvoi de l'affaire du tribunal élu dans cet État contractant comme permis par l'article 5, paragraphe 3 b).][9]

2 Sans préjudice de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions du présent chapitre, il n'est procédé à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'État d'origine. Le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut.

3 Un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine.

4 La reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer un recours ordinaire n'est pas expiré. Un tel refus n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement.

Article 10 – Questions incidentes[10]

1 Lorsqu'une matière visée à l'article 2, paragraphe 2, est évoquée à titre incident, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

[2 Lorsque, pour rendre son jugement, il a été nécessaire au tribunal d'origine de statuer à titre incident sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, la reconnaissance et l'exécution de ce jugement peut être refusée dans la mesure où il est incom-

[9] Cette disposition est liée à la décision à prendre concernant la politique législative par rapport à la partie entre crochets dans l'art. 5, para. 3 et aux termes entre crochets à l'art. 7, lettre e).
[10] Il a été proposé d'ajouter un para. 4 aux termes duquel: « Les paragraphes précédents 2 et 3 s'appliquent par analogie aux matières mentionnées à l'article 2, paragraphe 2, dans la mesure où un jugement portant sur ces matières produit ses effets non seulement dans la relation entre les parties, mais également à l'égard des tiers. ».

c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim,

i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested, or

ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that violated the public policy of that State;

d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State; or

f) the judgment is inconsistent with a judgment given in a dispute between the same parties in the requested State, or it is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties and involving the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State[under an international agreement], and provided that the inconsistent judgment was not given in contravention of this Convention.

[1 *bis* Paragraph 1 shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3 b).][9]

2 Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4 Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

Article 10 – Incidental questions[10]

1 Where a matter referred to in Article 2, paragraph 2, arose as an incidental question, the ruling on that question shall not be recognised and enforced under this Convention.

[2 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be refused to the extent that it is inconsistent with a judg-

[9] This provision is linked to the policy decision to be taken on the bracketed part of Article 5, paragraph 3 and to the language in square brackets in Article 7 e).
[10] It was proposed to add a new paragraph 4 as follows: "The preceding paragraphs 2 and 3 shall apply *mutatis mutandis* to the matters provided for in Article 2, paragraph 2 to the extent that a judgment on such matters has effect not only as between the parties but also as regards all other persons. »

patible avec un jugement[11] ayant statué sur la validité de ce droit de propriété intellectuelle, rendu dans l'État de la loi duquel découle ce droit de propriété intellectuelle[12]]

[3 Lorsque, pour rendre son jugement, il a été nécessaire au tribunal d'origine de statuer à titre incident sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, la reconnaissance et l'exécution de ce jugement peut être différée ou refusée, à la demande de l'une des parties, si une procédure sur la validité est pendante dans l'État de la loi duquel découle ce droit de propriété intellectuelle. Un tel refus n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement.]

[Article 11 – Jugements rendus en violation d'un accord exclusif d'élection de for

Les dispositions de l'article 7 s'appliquent également à la procédure portant sur la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu en violation d'un accord exclusif d'élection de for[13].]

Article 12 – Transactions judiciaires

Les transactions homologuées par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for ou passées devant ce tribunal au cours d'une instance, et qui sont exécutoires comme l'est un jugement dans l'État d'origine, sont exécutées en vertu de la présente Convention aux mêmes conditions qu'un jugement.

Article 13 – Pièces à produire

1 La partie qui invoque la reconnaissance ou qui demande l'exécution doit produire :

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

b) l'accord exclusif d'élection de for, ou une preuve de son existence ;

c) s'il s'agit d'un jugement par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;

d) 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 ;

e) dans le cas prévu à l'article 12, un certificat du tribunal d'origine attestant que la transaction est exécutoire, en tout ou en partie, comme l'est un jugement, dans l'État d'origine.

2 Si le contenu du jugement ne permet pas au tribunal requis de vérifier que les conditions du présent chapitre sont remplies, ce tribunal peut exiger tout document nécessaire.

3 Une demande de reconnaissance ou d'exécution peut être accompagnée de la formule recommandée et publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

ment[11] on the validity of the intellectual property right rendered in the State under the law of which the intellectual property right arose.[12]]

[3 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be postponed or refused at the request of one of the parties if proceedings on validity are pending in the State under the law of which the intellectual property right arose. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.]

[Article 11 – Judgments in contravention of exclusive choice of court agreements

The provisions of Article 7 shall also apply to proceedings for recognition or enforcement of a judgment rendered in contravention of an exclusive choice of court agreement.[13]]

Article 12 – Settlements

Settlements which a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement has approved, or which have been concluded before that court in the course of proceedings, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced under this Convention in the same manner as a judgment.

Article 13 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) the exclusive choice of court agreement, or evidence of its existence;

c) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

d) all documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

e) in the case referred to in Article 12, a certificate of the court of origin that the settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

2 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law.

[11] Il faut noter que la définition de «jugement» à l'art. 4, paragraphe premier comprend la décision rendue par un office des brevets ou une autre autorité exerçant les fonctions d'un tribunal.
[12] La relation de cette disposition avec l'art. 9, para. premier, lettre f) requiert davantage de réflexion.
[13] Cette disposition vise à empêcher la reconnaissance et l'exécution de jugements rendus dans un État contractant aussi bien que dans un État non-contractant en violation d'un accord exclusif d'élection de for, sauf lorsque les exceptions de l'article 7 s'appliquent. La politique et la rédaction requièrent davantage de réflexion.

[11] It is recalled that the definition of "judgment" in Article 4, paragraph 1 includes a decision of a patent office or other authority exercising functions of a court.
[12] The relationship of this provision with Article 9, paragraph 1 f) requires further consideration.
[13] The intention of this provision is to prevent recognition or enforcement of judgments given in either Contracting or non-Contracting States in contravention of an exclusive choice of court agreement, save where the exceptions in Article 7 apply. The policy and the drafting require further consideration.

4 Le tribunal requis peut exiger la traduction de tout document mentionné dans cet article.

Article 14 – Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, est régie par le droit de l'État requis sauf si la présente Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité.

Article 15 – Dommages et intérêts

1 Un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnu et exécuté dans la mesure où des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis. Ce paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine.

2 a) Lorsque le débiteur convainc le tribunal requis, après que le créancier a eu la possibilité d'être entendu, que dans les circonstances en ce compris celles existant dans l'État d'origine, des dommages et intérêts manifestement excessifs ont été accordés, la reconnaissance et l'exécution peuvent être accordées pour un montant inférieur.

b) En aucun cas, le tribunal requis ne peut reconnaître ou exécuter le jugement pour un montant inférieur à celui qui aurait pu être accordé par les tribunaux de l'État requis, dans les mêmes circonstances, en prenant en considération également celles existant dans l'État d'origine[14].

3 Pour l'application des paragraphes précédents, le tribunal requis prend en considération le montant éventuellement accordé par le tribunal d'origine pour couvrir les frais et dépens du procès.

Article 16 – Divisibilité

La reconnaissance ou l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement est accordée, si la reconnaissance ou l'exécution de cette partie est demandée ou si seule une partie du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

CHAPITRE IV – CLAUSES GENERALES

Article 17 – Dispense de la légalisation

Les documents transmis ou délivrés en vertu de la présente Convention sont dispensés de toute légalisation [ou apostille] [ou de toute formalité analogue].

Article 18 – Limitation de compétence

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de connaître des litiges couverts par un accord exclusif d'élection de for s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu de situation du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige.

Article 19 – Limitation à la reconnaissance et à l'exécution

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou d'exécuter un

[14] Il a été proposé de biffer ce deuxième paragraphe.

4 The court addressed may require a translation of any document referred to in this Article.

Article 14 – Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

Article 15 – Damages

1 A judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced to the extent that a court in the requested State could have awarded similar or comparable damages. Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.

2 a) Where the debtor, after proceedings in which the creditor has the opportunity to be heard, satisfies the court addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages have been awarded, recognition and enforcement may be limited to a lesser amount.

b) In no event shall the court addressed recognise or enforce the judgment for an amount less than that which could have been awarded in the requested State in the same circumstances, including those existing in the State of origin.[14]

3 In applying the preceding paragraphs, the court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Article 16 – Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 17 – No legalisation

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation[or *apostille*][or any analogous formality].

Article 18 – Limitation of jurisdiction

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to determine disputes covered by an exclusive choice of court agreement if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.

Article 19 – Limitation of recognition and enforcement

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment of a court in another Contracting State if the par-

[14] It was proposed that paragraph 2 be deleted.

jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque les parties ont leur résidence dans l'État requis et lorsque la relation entre les parties ainsi que tous les autres éléments pertinents au litige, autres que le lieu de situation du tribunal élu, sont liés uniquement à l'État requis, au moment de la conclusion de l'accord.

Article 20 – Limitation relative aux matières liées à l'amiante

Au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État peut déclarer qu'il n'applique pas la Convention aux accords exclusifs d'élection de for dans les matières liées à l'amiante[15].

Article 21 – Interprétation uniforme

Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

Article 22 – Système juridique non unifié

1 Au regard d'un État contractant dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ayant trait aux questions réglées par la présente Convention s'appliquent dans des unités territoriales différentes :

a) toute référence à la loi ou à la procédure d'un État vise, le cas échéant, la loi ou la procédure en vigueur dans l'unité territoriale considérée ;

b) toute référence à la résidence dans cet État vise, le cas échéant, la résidence dans l'unité territoriale considérée ;

c) toute référence au tribunal ou aux tribunaux dans cet État vise, le cas échéant, le tribunal ou les tribunaux dans l'unité territoriale considérée ; et

d) toute référence au lien avec un État vise, le cas échéant, le lien avec l'unité territoriale concernée.

2 Nonobstant le paragraphe précédent, un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention aux situations qui, y compris le lieu de situation du tribunal élu[16], impliquent uniquement ces différentes unités territoriales.

3 Un tribunal dans une unité territoriale dans un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter un jugement d'un autre État contractant pour le seul motif que le jugement a été reconnu ou exécuté par un tribunal d'une autre unité territoriale du même État contractant selon la présente Convention.

Article 23 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

1 Aux fins de cet article, « instrument international » signifie un traité international ou des règles établies par une organisation internationale en vertu d'un traité international.

ties are resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, are connected only with the requested State, at the time the agreement is concluded.

Article 20 – Limitation with respect to asbestos related matters

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that it will not apply the provisions of the Convention to exclusive choice of court agreements in asbestos related matters.[15]

Article 21 – Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 22 – Non-unified legal system

1 In relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to any matter dealt with in this Convention –

a) any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law or procedure in force in the relevant territorial unit;

b) any reference to residence in a State shall be construed as referring, where appropriate, to residence in the relevant territorial unit;

c) any reference to the court or courts of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the court or courts in the relevant territorial unit;

d) any reference to a connection with a State shall be construed as referring, where appropriate, to a connection with the relevant territorial unit.

2 Notwithstanding the preceding paragraph, a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to apply this Convention to situations which, including the location of the chosen court,[16] involve solely such different territorial units.

3 A court in a territorial unit of a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced by a court in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention.

Article 23 – Relationship with other international instruments

1 For the purposes of this Article, "international instrument" means an international treaty or rules made by an international organisation under an international treaty.

[15] Certaines délégations ont proposé que d'autres matières particulières devraient être mentionnées dans cette disposition, telles que les matières premières et les coentreprises (*joint ventures*). Ces propositions sont liées aux questions qui se posent par rapport aux art. 7 et 9.
[16] Lorsque le tribunal élu est situé dans un autre État contractant, l'art. 19 s'applique.

[15] Some delegations have proposed that further specific subject matters should be referred to in this provision, such as natural resources and joint ventures. These proposals are linked to issues that arise in relation to Articles 7 and 9.
[16] Where the chosen court is located in another Contracting State, Article 19 applies.

2 Sous réserve des paragraphes 4 et 5, la présente Convention n'affecte pas les instruments internationaux auxquels les États contractants sont parties et qui contiennent des dispositions sur des matières régies par la présente Convention, sauf déclaration contraire des États contractants liés par un tel instrument.

3 La présente Convention n'affecte pas la possibilité, pour un ou plusieurs États contractants, de conclure des instruments internationaux qui contiennent des dispositions sur des matières régies par la présente Convention, à condition que ces instruments n'affectent pas, dans les rapports de ces États contractants avec d'autres États contractants, l'application des dispositions de la présente Convention.

4 Lorsqu'un État contractant est également partie à un instrument international qui contient des dispositions sur des matières régies par la présente Convention, celle-ci prévaut dans les matières relatives à la compétence, sauf lorsque :

a) le tribunal élu est situé dans un État dans lequel l'instrument est applicable ; et

b) toutes les parties résident [uniquement] soit dans un État dans lequel l'instrument est applicable, soit dans un État non contractant [17].

5 La présente Convention ne restreint pas l'application d'un instrument international liant l'État d'origine et l'État requis aux fins de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement. [Toutefois, le jugement ne sera pas reconnu ou exécuté dans une moindre mesure qu'en vertu de la présente Convention.]

6 [Nonobstant les] [Sous réserve des] paragraphes 4 et 5, la présente Convention n'affecte pas la possibilité, pour un ou plusieurs États contractants, de continuer à appliquer ou de conclure des instruments internationaux qui, concernant des matières particulières, régissent la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si tous les États en cause sont parties à la présente Convention.

CHAPITRE V — CLAUSES FINALES

Article 24 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

1 La Convention est ouverte à la signature de tous les États.

2 La Convention peut donner lieu à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des États signataires.

3 La Convention est ouverte à l'adhésion de tous les États qui ne sont pas signataires à partir de la date à laquelle elle est ouverte à la signature.

4 Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

[17] La politique législative à la base de cette disposition et sa rédaction requièrent davantage de discussion. L'un des effets du présent projet tient en la primauté de la Convention lorsque le tribunal élu est dans un État contractant dans lequel l'instrument est applicable, une partie réside dans un État contractant dans lequel l'instrument n'est pas applicable et l'autre partie réside dans un État non contractant dans lequel l'instrument est applicable.
Il a été proposé que la Convention ne vise pas à l'emporter sur d'autres instruments liant un État contractant dans ses relations avec des États non contractants. Une autre approche pourrait être de remplacer le para. 4, lettre b), par le texte qui suit: « b) l'une des parties réside dans un État non contractant dans lequel l'instrument est applicable, ou qu'il existe un autre lien pertinent entre les parties ou le litige et un tel État ».

2 Subject to paragraphs 4 and 5, this Convention does not affect any international instrument to which Contracting States are parties and which contains provisions on matters governed by this Convention, unless a contrary declaration is made by the Contracting States bound by such instrument.

3 This Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to enter into international instruments which contain provisions on matters governed by this Convention, provided that these instruments do not affect, in the relationship of such Contracting States with other Contracting States, the application of the provisions of this Convention.

4 Where a Contracting State is also a party to an international instrument which contains provisions on matters governed by this Convention, this Convention shall prevail in matters relating to jurisdiction except where –

a) the chosen court is situated in a State in which the instrument is applicable; and

b) all the parties are resident[only] either in a State in which the instrument is applicable or in a non-Contracting State.[17]

5 This Convention shall not restrict the application of an international instrument in force between the State of origin and the requested State for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment. [However the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.]

6 [Notwithstanding] [Subject to] paragraphs 4 and 5, this Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to continue to apply or to enter into international instruments which, in relation to specific subject matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if all States concerned are parties to this Convention.

CHAPTER V — FINAL CLAUSES

Article 24 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession

1 The Convention is open for signature by all States.

2 The Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

3 The Convention is open for accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature.

4 Instruments of ratification, acceptance, approval and accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

[17] The policy and drafting of this paragraph requires further discussion. One result of the present draft is that the Convention prevails where the chosen court is in a Contracting State in which the instrument is applicable, one party is resident in a Contracting State in which the instrument is not applicable, and the other party is resident in a non-Contracting State in which the instrument is applicable.
It was proposed that the Convention should not seek to prevail over other instruments binding a Contracting State in its relations with non-Contracting States. An alternative approach would be to replace paragraph 4 b) with the following: "b) a party is resident in a non-Contracting State in which the instrument is applicable, or there is some other relevant connection between the parties or the dispute and such a State."

Article 25 – Système juridique non unifié

1 Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État.

Article 26 – Organisations régionales d'intégration économique

1 Une Organisation régionale d'intégration économique constituée par des États souverains et ayant compétence sur certaines ou l'ensemble des matières régies par la présente Convention peut également signer, accepter, approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, l'Organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette Organisation a compétence sur des matières régies par la présente Convention.

2 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'Organisation régionale d'intégration économique notifie par écrit au dépositaire les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres ont délégué leur compétence à cette Organisation. L'Organisation notifie au dépositaire, par écrit et dans les meilleurs délais, tout changement relatif à sa compétence, telle que précisée dans la dernière notification produite au titre du présent paragraphe.

3 Aux fins de l'entrée en vigueur de la présente Convention, tout instrument déposé par une Organisation régionale d'intégration économique ne devra pas être compté comme s'ajoutant aux instruments déposés par ses États membres.

4 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, une Organisation régionale d'intégration économique peut déclarer que ses États membres, en vertu de la loi de l'Organisation, sont liés par la présente Convention. Dans ce cas, une référence à un État contractant comprend, le cas échéant, une référence aux États membres de l'Organisation [conformément à l'article 22].

5 Une référence à un État contractant dans la présente Convention comprend, lorsque nécessaire, une référence à une Organisation régionale d'intégration économique partie à la présente Convention, avec toutes les modifications requises. Les références à un État contractant aux articles 1, paragraphe 2, 18 et 19 s'entendent notamment comme des références à l'Organisation régionale d'intégration économique.

6 L'article 9 ne s'applique pas à la reconnaissance et l'exécution des jugements dans les situations où l'État d'origine et l'État requis sont membres d'une Organisation régionale d'intégration économique partie à la présente Convention et ayant effectué la déclaration prévue au paragraphe 4. [Toutefois, le jugement ne sera pas reconnu ou exécuté dans une moindre mesure qu'en vertu de la présente Convention.]

Article 25 – Non-unified legal system

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

2 Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 26 – Regional Economic Integration Organisations

1 A Regional Economic Integration Organisation which is constituted by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may equally sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.

2 The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.

3 For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted as additional to any instruments deposited by its Member States.

4 At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that its Member States, by virtue of the law of the Organisation, are bound by this Convention. In this case, a reference to a Contracting State includes, where appropriate, a reference to the Member States of the Organisation [in accordance with Article 22].

5 A reference to a Contracting State in this Convention includes, where appropriate, a reference to a Regional Economic Integration Organisation that is a party to this Convention, with all necessary modifications. In particular, references to a Contracting State in Articles 1, paragraph 2, 18 and 19 shall be read as references to the Regional Economic Integration Organisation.

6 Article 9 shall not apply to the recognition and enforcement of judgments in cases where the State of origin and the requested State are Member States of a Regional Economic Integration Organisation that is a party to this Convention and has made a declaration under paragraph 4. [However the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.]

Article 27 – Entrée en vigueur

1 La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du [troisième][18] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par l'article 24.

2 Par la suite, la présente Convention entrera en vigueur :

a) pour chaque État ou Organisation régionale d'intégration économique au sens de l'article 26 ratifiant, acceptant, approuvant ou y adhérant postérieurement, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ;

b) pour les unités territoriales auxquelles la présente Convention a été étendue conformément à l'article 25, paragraphe premier, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification de la déclaration visée dans ledit article.

Article 28 – Réserves

Article 29 – Déclarations

Article 30 – Dénonciation

1 Tout État contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification par écrit au dépositaire. La dénonciation pourra se limiter à certaines unités territoriales d'un système juridique non unifié auxquelles s'applique la présente Convention.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 31 – Notifications par le dépositaire

Le dépositaire notifiera aux Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux autres États et aux Organisations régionales d'intégration économique qui ont signé, ratifié, accepté, approuvé ou adhéré conformément aux articles 24 et 26, les renseignements suivants :

a) les signatures et ratifications, acceptations, approbations et adhésions prévues aux articles 24 et 26 ;

b) la date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à l'article 27 ;

c) les notifications, déclarations et retraits des déclarations prévues aux articles 18, 19, 20, 23, paragraphe 2, 25, paragraphe premier, et 26, paragraphes 2 et 4 ;

d) les dénonciations prévues à l'article 30.

[18] Le nombre nécessaire d'instruments déposés requiert davantage de discussion, notamment en ce qui concerne les Organisations régionales d'intégration économique et leurs États membres.

Doc.trav. No 110

Article 27 – Entry into force

This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the [third][18] instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 24.

Thereafter this Convention shall enter into force –

a) for each State or Regional Economic Integration Organisation referred to in Article 26 subsequently ratifying, accepting, approving or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b) for a territorial unit to which this Convention has been extended in accordance with Article 25, paragraph 1, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification of the declaration referred to in that Article.

Article 28 – Reservations

Article 29 – Declarations

Article 30 – Denunciation

1 A Contracting State may denounce this Convention by a notification in writing to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which this Convention applies.

2 The denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the depositary.

Article 31 – Notifications by the depositary

The depositary shall notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Articles 24 and 26, of the following –

a) the signatures and ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 24 and 26;

b) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 27 ;

c) the notifications, declarations and withdrawals of declarations referred to in Articles 18, 19, 20, 23, paragraph 2, 25, paragraph 1, and 26, paragraphs 2 and 4 ;

d) the denunciations referred to in Article 30.

[18] The required number of instruments deposited remains to be discussed, in particular with regard to Regional Economic Integration Organisations and their Member States.

FORMULE RECOMMANDÉE

(Exemple de formule confirmant la délivrance et le contenu d'un jugement rendu par le Tribunal d'origine dans le but de la reconnaissance et de l'exécution en vertu de la Convention sur les accords exclusifs d'élection de for (la «Convention»))

(LE TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(ADRESSE DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(INTERMÉDIAIRE AUPRÈS DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(TÉL./FAX/COURRIEL DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

AFFAIRE/NUMÉRO DE DOSSIER :

..... (DEMANDEUR)

c.

..... (DÉFENDEUR)

(LE TRIBUNAL D'ORIGINE) confirme par la présente qu'il a rendu un jugement dans l'affaire susvisée le (DATE) à (LOCALITÉ, ÉTAT), qui est un État contractant de la Convention. Une copie intégrale et certifiée conforme du jugement rendu par (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) est jointe en annexe à cette formule.

1 Ce tribunal a fondé sa compétence sur un accord exclusif d'élection de for :

OUI ☐ NON ☐

Dans l'affirmative, l'accord est contenu dans ou attesté par le ou les documents suivants :

2 Ce tribunal a accordé le payement du montant suivant *(Veuillez indiquer toute catégorie pertinente de dommages-intérêts compris)* :

3 Ce tribunal a accordé les intérêts suivants sur le montant accordé (*Veuillez indiquer le taux d'intérêt, la partie ou les parties du jugement auxquelles s'appliquent les intérêts, et la date à partir de laquelle il faut les compter*) :

4 Ce tribunal a inclus dans le jugement les frais et dépens suivants liés au procès (y compris les frais de la représentation en justice) (*Veuillez spécifier le montant de ces indemnités, y compris, le cas échéant, la part de ces indemnités pécuniaires destinée à couvrir les frais et dépens liés aux procédures)* :

5 Ce tribunal a accordé, en tout ou en partie, le dédommagement non pécuniaire suivant (*Veuillez décrire la nature du dédommagement*) :

6 Ce jugement a été rendu par défaut :

OUI ☐ NON ☐

(Si ce jugement a été rendu par défaut, veuillez ajouter le document original ou une copie certifiée conforme attestant que l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur)

7 Ce jugement (ou une partie du jugement) fait actuellement l'objet d'un recours en / au (ÉTAT DU TRIBUNAL D'ORIGINE)

OUI ☐ NON ☐

8 Ce jugement (ou une partie du jugement) est exécutoire en / au (ÉTAT DU TRIBUNAL D'ORIGINE) :

OUI ☐ NON ☐

Liste des documents en annexe :

Fait à ....., le ..... 20 . .

.....

Signature et / ou cachet

RECOMMENDED FORM

(Sample form confirming the issuance and content of a judgment by the Court of Origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention on Exclusive Choice of Court Agreements (the "Convention"))

(THE COURT OF ORIGIN). . . . . .

(ADDRESS OF THE COURT OF ORIGIN) . . . . . .

(CONTACT PERSON AT THE COURT OF ORIGIN). . . . . .

(TEL./FAX/E-MAIL OF THE COURT OF ORIGIN). . . . . .

CASE / DOCKET NUMBER:

. . . . . (PLAINTIFF)

v.

. . . . . (DEFENDANT)

(THE COURT OF ORIGIN) hereby confirms that it rendered a judgment in the above captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE), which is a Contracting State to the Convention. Attached to this form is a complete and certified copy of the judgment rendered by (THE COURT OF ORIGIN).

1 This Court based its jurisdiction on an exclusive choice of court agreement:

YES ☐ NO ☐

If so, the agreement was found in or evidenced by the following document(s):

2 This Court awarded the following payment of money *(Please indicate any relevant categories of damages included):*

3 This Court awarded interest as follows (*Please specify the rate of interest, the portion(s) of the award to which interest applies, and the date from which interest is computed*):

4 This Court included within the judgment the following court costs and expenses (including lawyers' fees) related to the proceedings *(Please specify the amounts of any such awards, including where applicable, any amount(s) within a monetary award intended to cover costs and expenses relating to the proceedings)*:

5 This Court awarded, in whole or in part, the following non-monetary remedy *(Please describe the nature of the remedy)*:

6 This judgment was rendered by default:

YES ☐ NO ☐

(If this judgment was rendered by default, please attach the original or a certified copy of the document verifying notice to the defendant of the proceedings.)

7 This judgment (or a part thereof) is currently the subject of review in (STATE OF THE COURT OF ORIGIN):

YES ☐ NO ☐

8 This judgment (or a part thereof) is enforceable in (STATE OF THE COURT OF ORIGIN):

YES ☐ NO ☐

List of documents annexed:

Dated this . . . . . day of . . . . . , 20 . .

. . . . . .

Signature and/or stamp by an officer of the Court

Document de travail No 111
Working Document No 111

Distribué le mardi 27 avril 2004
Distributed on Tuesday 27 April 2004

No 111 – Proposition du groupe de travail sur l'article 5 – Proposal of the Article 5 Working Group

Article 5 – Obligations du tribunal non élu

Si les parties ont conclu un accord exclusif d'élection de for désignant un ou plusieurs tribunaux dans un État contractant, un tribunal d'un État contractant autre que le tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir sauf si :

a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu[1] ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice très grave ou serait manifestement contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public de l'État du tribunal saisi [2] ;

d) pour des motifs exceptionnels, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre ; ou

e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige [, sauf si la cause a été transférée à un tribunal différent dans l'État du tribunal désigné, conformément à l'article 4, paragraphe 3].

* * *

Article 5 – Obligations of a court not chosen

If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement designating a court or the courts of a Contracting State, a court in a Contracting State other than the chosen court shall suspend or dismiss the proceedings unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;[3]

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a very serious injustice or would be manifestly contrary to fundamental principles of public policy of the State of the court seised;[4]

d) for exceptional reasons, the agreement cannot reasonably be performed; or

e) the chosen court has decided not to hear the case, [except where the matter has been transferred to another court of the State of the chosen court as provided for by Article 4, paragraph 3]

[1] Les questions de politique législative demandent à être encore examinées. Il a été proposé de supprimer les mots « en vertu du droit de l'État du tribunal élu ».

[2] Les questions de politique législative demandent à être encore examinées. Les différentes options suggérées sont reflétées dans les variantes suivantes :
i) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice très [biffer : très] grave ou serait [autrement] manifestement contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public de l'État du tribunal saisi.
ii) qu'en vertu des règles impératives de compétence de l'État du tribunal saisi, les parties ne pouvaient se soustraire à la compétence des tribunaux de cet État.
iii) donner effet à l'accord serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi.

[3] The policy issues related to this matter need further consideration. It has been proposed to delete the words "under the law of the State of the chosen court".

[4] The policy issues related to this matter need further consideration. The various options proposed are reflected in the following alternatives:
i) giving effect to the agreement would lead to a very [delete: very] serious injustice or would [otherwise] be manifestly contrary to fundamental principles of public policy of the State of the court seised.
ii) under the mandatory rules on jurisdiction of the State of the court seised, the parties were unable to agree to exclude the jurisdiction of the courts of this State;
iii) giving effect to the agreement would be manifestly contrary to public policy of the State of the court seised.

Procès-verbaux de la Commission spéciale de décembre 2003

Minutes of the Special Commission of December 2003

Note du Bureau Permanent

La numérotation des procès-verbaux recommence pour chaque réunion de la Commission spéciale. Sont reproduits ici les procès-verbaux de la Commission spéciale de décembre 2003 jugés nécessaires à la compréhension du déroulement des négociations relatives au Projet sur les jugements, notamment la Convention sur les accords d'élection de for.

Notice by the Permanent Bureau

The Minutes are numbered separately for each Special Commission meeting. Are reproduced here those Minutes of the Special Commission of December 2003 considered to be most useful for the understanding of the development of the negotiations on the Judgments Project and the Choice of Court Convention in particular.

Procès-verbal No 1
Minutes No 1

Séance du lundi premier décembre 2003 (matin)
Meeting of Monday 1 December 2003 (morning)

La séance est ouverte à 9 h 45 sous la présidence de M. Struycken (Président de la Commission d'État néerlandaise de droit international privé).

Le Président de la Commission d'État néerlandaise souhaite la bienvenue à toutes et à tous. Il salue en particulier la délégation de l'Islande et indique que cet État est devenu très récemment Membre de la Conférence de La Haye, devenant ainsi le soixante-troisième État membre de la Conférence. Il souhaite aussi saluer celles et ceux qui participent pour la première fois aux travaux de la Conférence, soit en tant que délégué(e), soit en tant qu'observateur. Il leur indique qu'ils se sentiront certainement très rapidement à l'aise grâce à l'atmosphère chaleureuse dans laquelle se déroulent habituellement ces travaux. Il précise être très heureux de revoir quelques-uns des « vétérans » de la Conférence: celles et ceux qui connaissent la maison depuis longtemps et qui s'y sentent de plus en plus intégrés au point d'en devenir des piliers précieux qu'il qualifie de vrai(e)s ami(e)s de la Conférence.

Le Président indique que la Commission spéciale qui s'ouvre aujourd'hui s'inscrit dans une entreprise de grande envergure menée par la Conférence. Il précise qu'au début des années quatre-vingt-dix, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a entrepris des sondages visant à déterminer si la Conférence était disposée à faire le nécessaire pour mettre en place une convention générale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale. Après une phase exploratoire, en 1996, la Dix-huitième session a réagi de manière positive et a décidé d'y donner suite en inscrivant le projet à l'ordre du jour. Il souligne qu'une Commission spéciale s'est réunie par cinq fois, bénéficiant de la bienveillance et de l'expérience de son Président M. Smith, QC, du Canada, et qu'elle s'est appuyée sur des Documents préliminaires remarquables. Cependant, le projet de Convention d'octobre 1999 tel qu'il résultait des travaux de la Commission spéciale n'a pas donné satisfaction. D'une part, de nouveaux problèmes étaient apparus, tels que le rôle du commerce électronique dans le régime de la compétence et la complexité croissante du droit de la propriété intellectuelle, qui mérite une attention toute particulière. D'autre part, les procédures suivies au sein de la Commission spéciale, notamment les votes impliquant des majorités parfois très étroites, ont indisposé quelques États membres. La Commission spéciale relative aux affaires générales et à la politique de la Conférence d'avril 2000 est intervenue de manière salutaire en ajournant la Dix-neuvième session afin de laisser mûrir les idées et d'approfondir les connaissances. Des réunions informelles ont eu lieu à Washington, à Ottawa par deux fois, à Bâle et à Edimbourg grâce à l'hospitalité extraordinaire des gouvernements respectifs. En même temps, les Rapporteurs, feu le Professeur Peter Nygh et le Professeur et Juge Fausto Pocar, ont établi un Rapport remarquable qu'ils ont présenté en août 2000.

The President stated that in April 2000, it was also agreed that the Nineteenth Session would be split in two parts. He noted that during the first part, decision-making should take place on the basis of consensus so as to avoid vote by narrow majorities. The outcome of that first part in June 2001 was a text with 150 elements in square brackets on which agreement had not been reached. He pointed out that this had been a critical moment, felt by every person involved. Therefore, he emphasised that the question was how to proceed; wisdom was scarce.

He stated that a re-adjustment of the Agenda of the Hague Conference was decided upon. In order to avoid that tremendous amounts of intellectual effort and time invested by so many, as well as money invested by so many governments would be lost, the project was not abandoned, but it was decided to proceed step by step.

He observed that an informal Working Group was convened to explore the possibilities of a more modest convention, but it was kept in mind that later stages, meant to extend the initial, more modest convention, were not precluded. This informal group met three times, and worked very hard under the wise chairmanship of Professor Allan Philip, with the substantial support of First Secretary, Dr. Andrea Schulz. He indicated that the results were reflected in Preliminary Document No 22.

He pointed out that many governments consulted by the Secretary General indicated that the document contained a sufficient basis for a Special Commission to be convened. He stated that this was why they were now present. He emphasised that the mission of the Special Commission was to make a major step forward in the great project. It was rightly said, already in Edinburgh, that a convention such as the one drafted would fulfil a very useful role, parallel to the New York Arbitration Convention of 1958. He felt that this signified an undeniable challenge for the participants.

He said that the Special Commission needed wisdom in its way of decision-making. He recalled that in December, during the Diplomatic Session that produced the Securities Convention, no vote was taken at all. That might be an inspiring thought. He believed that what the Special Commission needed above all, was a wise chairperson. He said that there was such a person among the participants, who really did not need a recommendation. He had the honour to propose Professor Allan Philip, and invited the participants to express unequivocally their agreement in order to begin with consensus.

Mr Struycken concluded that the consent of the Special Commission was to be deducted from its warm applause.

M. Allan Philip est élu Président de la Commission spéciale par acclamation.

Le Président de la Commission spéciale remercie l'ensemble des participants de l'avoir élu comme Président. Il indique qu'il dépend entièrement d'eux de parvenir à un résultat satisfaisant et observe que le mieux est l'ennemi du bien.

The Chair stated that in the first place there were some more elections to make but suggested to wait until at least the afternoon session. One of these would be a Deputy Chairman, which he hoped would not need to act, since that would mean that he would not be there. A Drafting Committee would have to be elected; this did not exist in the informal Working Group, but would enable the Special Commission to limit the discussion to the substance. As *co-Reporters*, the Chair suggested Mr Trevor Hartley (United Kingdom) and Mr Masato Dogauchi (Japan). He reminded the participants that the

Report would be for a global audience and referred again, like the President, to the Report of Peter Nygh, who had unfortunately passed away, and Fausto Pocar. Professor Pocar would be present the following day, but was very busy as Vice-President of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and as Chairman of another Special Commission of the Hague Conference, and would therefore not continue to exercise the task of a *co-Reporter*. He assured the meeting that Trevor Hartley and Masato Dogauchi would do an excellent job.

Le Secrétaire général souhaite la bienvenue à l'ensemble des participants de cette importante Commission spéciale.

Il souligne qu'en réalité, nonobstant le maintien de la référence à « la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers », les travaux de la Commission spéciale se cantonnent aux clauses d'élection de for. Il observe ainsi qu'une nouvelle page est désormais tournée.

The Secretary General stated that choice of forum was a topic in its own right and that it involved both procedural law and contract law. A Convention on "business to business" forum clauses would be especially important for the business community as a whole and would provide a welcome alternative to arbitration, reduce costs and benefit all concerned. Governmental interests in this area are far less than in other areas, such as that of weaker parties and torts. It would be wise to look at this project with the eyes of the global market. If a good convention were established, everyone would benefit. He expressed the hope that a preliminary draft would exist by the end of the meeting and added that this should not be too difficult if the experts listened to each other and to the market operators. A Diplomatic Session could then follow before the end of 2004, for two reasons: i) this Special Commission was made possible by extra financial means made available by the Dutch Government and it is unlikely that this would be repeated, and ii) the building of the Hague Academy would be closed for renovation work from November 2004 onwards. The Secretary General then continued with practical details: there would be a reception that day at 6 p.m.; an evening dinner may possibly be organised; a new edition of the Collection of Conventions was available at the front desk and was free of charge for each Head of Delegation. Additional copies could be purchased. He thanked the meeting.

The Chair referred to the work of the informal Working Group, set up in 2002 and consisting of no more than 15 persons at any given time, and to the draft text they had worked out. While he recognised that this draft might not be acceptable to everyone, he expressed the hope that at least the framework and some of the solutions would be acceptable. That draft text would be used as point of departure. He warned the meeting that if they were to start the negotiations over again, it would not be possible for the large group to finish during this one meeting a task that took the smaller informal Working Group three meetings. He suggested reviewing the draft article by article, at some points paragraph by paragraph, hearing views and making modifications and additions. Hopefully the draft would still be recognisable. Inspiration had been taken from the New York Convention, which was 45 years old, but still used every month. This inspiration was good and should be remembered during the work of the week, since it was successful. The problems would be the same, or even easier because with arbitration parties go outside the court system; it should be much more acceptable to stay in that area and not leave the court system. The draft text currently before participants could be improved and 45 years of experience could be used. The Chair referred to the Agenda that was more or less set out following the draft text, and underlined that the idea was to follow it approximately, bearing in mind that it was not completely binding, but rather flexible. He proposed to start the general discussion, while keeping it short so as not to lose time, and begin with Article 1.

Article 1

An expert from the United States of America stated that it was always a pleasure to listen to the Chair. He made the general observation that the tendency existed, when drafting, to go into complexities. However, for this effort to succeed, it was necessary to think in moderate and not too elaborate terms. The Convention essentially concerns exclusive choice of court; clauses in "business to business" contracts and the problem of the possibility of more than one exclusive forum ought to be avoided, since that could lead to many more problems. The Special Commission should not try to work out something more sophisticated than was needed. A simple choice of court Convention would be good – something more complex could be worked out later if necessary. He cautioned the experts to be modest – if they tried to do too much, it would not be a good start and they would fall into the perfectionist mood.

Article 1(1)

The Chair thanked the Expert of the United States of America for the reminders. He then suggested passing on to the text. The Preamble should not yet be discussed until there was something to put a Preamble to. He stated that Article 1 could raise much discussion but that it was not his intention to spend all week on the scope of the Convention and then have no Convention. He suggested spending the morning on Article 1 and, if this was not finished, to come back to it later, but pass to other topics in the afternoon. He referred to Working Document No 1, submitted by the delegation of Switzerland, which contained quite a few suggestions. Most of the points were matters of drafting, but some were serious substantive suggestions. He admitted that he, as probably the other experts, had not had time to study the document carefully since they had only received it just before the meeting began. He started the discussion by asking the First Secretary (Ms Schulz) to introduce paragraph 1 of Article 1 and give a short introduction.

The First Secretary (Ms Schulz) stated that she would not like to see many square brackets being added into the text. She was brief on paragraph 1, referring to the word "civil" that was retained despite the view that it might not have meaning in a Convention on choice of court agreements in "business to business" relations. "Commercial" has a narrow meaning in some legal systems, such as the competence of the "Tribunal de commerce" in France. Furthermore, "civil and/or commercial" as a term had been used in many Hague Conventions.

The Chair referred to Working Document No 1 and gave the floor to the delegation of Switzerland.

Un expert de la Suisse souhaite faire une remarque d'ordre général afin d'aborder ensuite plus précisément la proposition de la délégation de la Suisse présentée dans le Document de travail No 1. Tout d'abord, il remercie vivement Mme Schulz pour la qualité de son Rapport accompagnant les propositions du Groupe de travail (Doc. prél. No 22). Il indique que ce Rapport permet une parfaite compréhension du projet présenté, tout en soulignant que d'autres propositions seront avancées. Puis il aborde plus particulièrement la proposition suisse relative au paragraphe 1 de l'article 1 (Doc. trav. No 1). Il explique que le projet de Convention porte non seulement sur les accords d'élection de for mais aussi sur la reconnaissance et l'exécution des jugements telles que men-

tionnées dans son chapitre III. Il convient dès lors de modifier le paragraphe 1 en conséquence, afin de couvrir l'ensemble de ces éléments.

An expert from Germany did not support the suggestion by the Expert from Switzerland, stating that adding the words "and to the recognition and enforcement of judgments rendered by tribunals of Contracting States designated by such an agreement" made the first part of the paragraph "foggy" and the last part precise. If these words were added, "jurisdiction" should also be added.

Un observateur de la Communauté européenne (Commission) indique que la proposition de la délégation de la Suisse (Doc. trav. No 1) doit conduire à s'interroger sur la nécessité de clarifier le projet de texte. En ce sens, il ajoute qu'il conviendrait de faire aussi référence, dans le paragraphe 1, à la compétence et à la reconnaissance. Ensuite, il observe que le projet de Convention tel qu'il est rédigé ne s'applique pas simplement aux relations d'affaires (« business ») étant donné que la définition retenue pour le champ d'application inclut aussi les contrats conclus par des associations à but non lucratif. Il estime qu'il est nécessaire de discuter de cette question afin de déterminer si la Commission spéciale souhaite restreindre le projet aux relations d'affaires, auquel cas il faudrait revoir la rédaction. Il rappelle que le Président a indiqué précédemment que le projet se limitait aux clauses d'élection de for et qu'il convenait de ne pas faire preuve de trop d'ambition. C'est pourquoi, dans un souci de simplicité et de sécurité juridique, la Communauté européenne est d'avis que le projet de Convention devrait se limiter aux accords exclusifs d'élection de for. Ainsi, selon lui, les accords non exclusifs ne devraient pas être couverts par la Convention sans pour autant que celle-ci les interdise.

An expert from the Russian Federation requested a clarification of the wording of paragraph 1 of Article 1: by whom are the clauses concluded? Although this point would become clear later in the document, it should be placed in the first paragraph so that there would be immediate clarity as to the application of the Convention, criteria about what kind of juridical persons are meant, and on the nationality or residence of the parties.

The Chair cautioned the meeting not to put everything into Article 1, but admitted that this remark would have to be taken into account.

Un expert de la Suisse répond aux propos de l'Expert de l'Allemagne en indiquant qu'une référence à la compétence dans le paragraphe 1 ne serait pas nécessairement opportune, étant donné que la Convention porte aussi sur la validité des accords d'élection de for. Il estime qu'il convient d'abord de s'accorder sur l'étendue du champ d'application de la Convention afin de revenir ultérieurement sur le contenu du paragraphe 1. En outre, il observe que l'expression «en matière civile ou commerciale» est connue et qu'elle était déjà utilisée dans l'article 2 de la *Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for*. Enfin, il indique ne pas être favorable à l'inclusion, dans le paragraphe 1, d'une référence aux accords exclusifs.

An expert from the United Kingdom agreed with the Expert from Germany that adding the words suggested by Working Document No 1 would be of no assistance. If the words "recognition and enforcement" are included, all should be included. Otherwise, an imbalance would be created and one would wonder what the first part means.

An expert from the United States of America agreed with the Expert from the United Kingdom. He stated that it was in principle impossible to object to the wording, but that it led to the desire to redraft, while paragraph 1, as it stood, covered all. He briefly responded to the Expert from the Russian Federation that the draft Convention would be applied based on the court chosen rather than the nationality of the parties. If general agreement existed on this principle, the Special Commission should not go into detail. It should be clear.

An expert from New Zealand stated that he understood both the amendment of the Expert from Switzerland and the concern of the Expert from Germany that a lop-sided paragraph would be created. He suspected that it was a question of drafting that should be returned to later and probably in a different forum. He suggested the wording "civil and commercial matters where the parties have entered into agreements on the choice of court"; that would keep the brevity of the current version without the ellipses. Later, the question of an extension to the recognition of decisions based on non-exclusive choice of court agreements could be tackled.

The Chair stated that enough was perhaps said about paragraph 1. There were a few substantive issues, but a lot of the discussion related to drafting. He suggested that the Drafting Committee (to be appointed) should keep that in mind. The result of the discussions would be seen in the final draft. He proposed to discuss paragraph 2 in one go. He reminded the experts that those who would like to make modifications should submit them in writing and referred them to the secretariat for elaboration and distribution of suggestions as Working Documents. It would be preferable that the experts had the time to examine any Working Documents before the start of the sessions.

Article 1(2)

The First Secretary (Ms Schulz) stated that paragraph 2 is the beginning of the exclusions. She reminded the experts that in the 1999 Draft party autonomy was limited by the article on exclusive jurisdiction in the same Convention. Such a rule did not exist in the present text because of its limitation to choice of court clauses. If it were left to national law to define the limits, there would be no Convention. The members of the informal Working Group had looked at national laws and attempted to find a common denominator of rules on exclusive jurisdiction and other limitations. The only one found was immovable property. The draft Convention contained a compromise: limits to party autonomy were introduced, but not too many – only what would be indispensable. It was easier to put the limitations into two paragraphs. The definitions of paragraphs 2 *a)* and *b)* were copied from previous drafts and concerned certain types of contracts. The distinction between "individual and collective employment contracts" was purely declaratory. For those who did not consider collective contracts of employment as "civil or commercial", but for others the addition was helpful.

The Chair thanked the First Secretary and proposed to discuss paragraphs 2 *a)* and *b)*, which were not so different.

An expert from the Russian Federation stated that their delegation did not see the paragraph as necessary or logical and suggested that it should be deleted. After paragraph 1, paragraph 2 *a)* is irrelevant and unnecessary. Paragraph 2 *b)* should be moved further down to paragraph 3. In this way paragraph 2 would be deleted.

The Chair remarked that it would be easy to delete but that others might not be so happy. He admitted that the Expert from the Russian Federation had a point, but stated that it was a point of drafting that should be left to the Drafting Committee. He referred to Working Document No 1 and stated that

Procès-verbal/Minutes No 1

he believed that most points raised were drafting points, but gave the floor to the delegation of Switzerland.

Un expert de la Suisse observe que du point de vue de la délégation de son pays, le paragraphe 2 constitue une base de travail utile. Bien qu'il reconnaisse qu'il est possible que cette disposition perde de son utilité une fois que le projet de texte sera finalisé, il estime qu'en l'état, cette disposition est indispensable. Ensuite, il approuve la remarque de l'Expert de la Fédération de Russie selon laquelle le paragraphe 2 pourrait être inclus dans le paragraphe 3. En effet, tous deux suivent la même thématique de l'exclusion du champ d'application. Enfin, il explique que la proposition de la Suisse relative au paragraphe 2 vise à prendre en considération les difficultés rencontrées par les commerçants pour déterminer la qualité de consommateur ou non de leurs interlocuteurs. Ces difficultés sont d'autant plus importantes en matière de commerce par la voie électronique puisque dans ces hypothèses, le commerçant ne connaît pas le co-contractant. L'Expert de la Suisse indique que cette question avait déjà été envisagée en juin 2001 et avait conduit au texte mis entre crochets dans l'article 7 du précédent projet de 2001. Il indique que le principe poursuivi par le paragraphe 2 du projet actuel est d'exclure l'application de la Convention dans les cas où l'une des parties est un consommateur. Dès lors, il note que les commerçants doivent être en mesure d'identifier leur co-contractant afin de déterminer si la Convention s'applique ou non. C'est pourquoi la proposition de la Suisse consiste à établir une sorte de présomption de bonne foi dans les cas où le commerçant n'avait aucune raison de penser que le co-contractant agissait en qualité de consommateur. De même, lorsque sur le site Internet le commerçant demande au co-contractant s'il est un consommateur et que ce dernier répond par la négative, selon lui la Convention devrait trouver à s'appliquer. Ainsi, la proposition de la délégation de la Suisse vise essentiellement à solliciter des discussions sur la manière d'appliquer l'exclusion du consommateur du champ d'application de la Convention dans le monde virtuel.

Un expert de l'Espagne souhaite faire deux remarques relatives aux paragraphes 2 et 3 en ce qui concerne le besoin de les maintenir. Concernant le paragraphe 2, il observe que celui-ci exclut les accords d'élection de for relatifs à des contrats conclus par un consommateur et les accords relatifs à des contrats de travail. Ce paragraphe a pour objet de clarifier le paragraphe 1, dans le sens qu'il exclut du domaine d'application de la Convention certains accords d'élection de for. Ce paragraphe effectue une délimitation négative et non positive des accords d'élection de for. Il ajoute que si les discussions postérieures permettaient d'aboutir à une définition positive, une telle solution serait préférable, mais que, pour le moment, la présente solution demeure satisfaisante. En outre, il constate que si le paragraphe 2 se réfère à certains accords d'élection de for, le paragraphe 3 exclut du domaine d'application de la Convention quelques matières spécifiques. Dès lors, la différenciation de ces deux dispositions lui paraît justifiée.

Un observateur de la Communauté européenne (Commission) indique que deux questions doivent être différenciées selon lui. La première concerne la rédaction même des paragraphes. Il indique que la proposition de la Suisse met en avant l'existence de problèmes rédactionnels mais la solution qu'il propose n'est pas meilleure. Sur ce point, il constate que le paragraphe 2 vise les contrats alors que le paragraphe 3 vise des matières. Il ne s'agit pas d'une différence substantielle, il lui paraît donc envisageable d'intégrer le paragraphe 2 au paragraphe 3 en utilisant des termes relatifs aux matières visées. Par exemple, il indique que le paragraphe 2 *b)* pourrait être visé dans le paragraphe 3 en renvoyant « aux procédures relatives au droit du travail ».

La seconde question qu'il invoque est substantielle. Il remarque que dans l'article 7 du projet de 2001 le contexte était différent puisqu'une disposition était prévue afin de protéger les consommateurs et que les rédacteurs avaient essayé d'y inclure une clause de prévisibilité pour l'entreprise. En revanche, il indique que dans le projet actuel, il convient de s'assurer que la Convention ne s'appliquera pas aux consommateurs. Ainsi, la Convention ne prévoyant aucune disposition visant à protéger la partie faible, il estime qu'il n'est pas possible d'intégrer une telle clause de prévisibilité.

The Chair thanked the experts for the useful discussion that had shown up the problems.

An expert from the United Kingdom pointed out that the proposal made by the Expert from Switzerland was useful and clarified the exclusion of consumers. Regarding the substantive proposal he supported the European Community that such a subtlety would be too difficult to apply. The proposal assumed the framework where businesses raised questions such as "Are you a consumer?" and to try to change the way businesses operate. He suggested living with the business world as it was.

An expert from the United States of America referred to the comment made by the Expert from the Russian Federation. He went on to state that a Convention such as the New York Convention did not provide for an exclusion for employment and consumer contracts, but that some countries even applied the New York Convention to consumers. After all the debate over the years it seemed prudent to have a clear exception. He agreed with the Expert from Spain on the structure and suggested to keep it. He agreed with the Expert from the United Kingdom on the *chapeau* and referred the participants to the English text. Substantively this issue entailed more than the Special Commission could achieve. It was tried in Edinburgh to redraft this provision in the 1999 Draft, but it proved very hard to reach agreement. If the same were to be tried here, it would result in the same experience.

An expert from Finland stated that he was happy with the draft as it was. He supported the proposal of the delegation of Switzerland on the *chapeau*, but maintained that the rest should stay as it was. In the New York Convention there was no exception concerning consumers, but consumer protection came much later in many countries and certainly in Europe. The protection of workers and consumers made for a wise exception and he was happy with the exclusion. He would not, as the delegation from Switzerland proposed in Working Document No 1, make an addition to paragraph 2 *a)*.

An expert from New Zealand agreed with the Expert from Spain and the Expert from the United States of America on the structure and stated that it did help to split up the paragraphs. He described this solution as the lesser of two evils. He admitted that further work was needed on the drafting and that the concern of the European Community must be taken into account. The proposal of the delegation of Switzerland in Working Document No 1, was not an increase in certainty. The uncertainty would be too heavy and, if drawn into the Convention in this paragraph, would require consumer protection in later provisions and would make the work difficult or even threaten the Convention.

The Chair referred the work to the Drafting Committee (to be appointed) and stated that paragraph 3 would be dealt with after the coffee break.

Article 1(3) a)

The Chair opened discussion with paragraph 3 *a)* of Article 1.

The First Secretary (Ms Schulz) explained that the paragraph would be dealt with in small sections to facilitate the discussion. Paragraph 3 *a)* excluded the status and legal capacity of natural persons from the scope of the draft Convention to clarify the fact that the operative part did not deal with that matter.

An expert from the United States of America noted that the participants would have to return to the *chapeau* when dealing with paragraphs 3 *k)* and 4. Paragraph 4 in fact contains an exclusion to the exclusions of paragraph 3, stating that if the excluded matters arose only incidentally, the case would remain under the Convention. Therefore the *chapeau* of paragraph 3 might be better drafted as "This Convention shall not apply to proceedings that have as their object –" instead of "This Convention shall not apply to proceedings relating to –". He stated that the Special Commission would get back to this point, but that he just wanted to flag it.

Un expert de la Suisse indique que le chapeau du paragraphe 3 fait l'objet d'une proposition de la délégation de son pays (Doc. trav. No 1). Cette proposition de modification rejoint les observations faites précédemment par l'Expert des États-Unis d'Amérique. En effet, il propose de remplacer l'expression « procédures relatives » par « accords d'élection de for dans les matières suivantes ». Il souhaite défendre ici l'idée que l'on ne peut pas exclure quelque chose qui n'a pas été inclus auparavant. Dès lors, il pense qu'il n'est pas exact d'exclure toute une procédure. Seuls peuvent être exclus les accords d'élection de for dans certaines procédures. En outre, il remarque que le terme « procédure » en français n'est pas juste par rapport au terme anglais « proceedings ». Il faudrait utiliser le terme « litige » mais celui-ci ne conviendrait pas avec le paragraphe 1.

Article 1(3) b), c) *and* d)

The Chair proposed to continue with paragraphs 3 *b), c)* and *d)* together.

The First Secretary (Ms Schulz) explained that these paragraphs concerned family law and that at one point the informal Working Group had decided to delete this provision – at the same time as the discussion about the word "civil" next to "commercial". When the word "civil" was included, it seemed preferable to retain these paragraphs as mere clarification.

An expert from the Russian Federation suggested a direct reference to family law matters and insisted that this was not just a drafting matter. He also desired a direct reference to divorce.

Article 1(3) e)

The Chair proposed to proceed to paragraph 3 *e).*

The First Secretary (Ms Schulz) stated that there was no reference to this paragraph in the Preliminary Document since there had been no discussion about it in the informal Working Group.

An expert from the Russian Federation stated that he had no problem with the exclusion of insolvency, but requested a clarification on the meaning of "composition".

The Chair explained that it referred to agreements between a creditor and a debtor on how to solve a situation, for instance, by giving up parts of the claim or spreading payment over a longer term.

The First Secretary (Ms Schulz) added that the term refers to agreements to avoid insolvency and should therefore also be excluded.

The Chair stated that he thought that such rules also existed under Russian law.

An expert from the Russian Federation replied affirmatively, but stated that this term is not used in Russia – a more specific terminology is used, and within the framework of the legislation on insolvency. He suggested to delete the word "composition" or to be more specific.

The Chair reiterated that it would be helpful if delegations submitted drafts for their proposals. He also reminded the meeting that the *co-Reporters* would explain those matters in their Report. If terms appeared not to be clear for judges, the Report would be available. Everything cannot be put into the text but it should be as clear as possible. He proposed to turn to paragraph 3 *f).*

Article 1(3) f)

The First Secretary (Ms Schulz) stated that she felt a little uncomfortable explaining this provision since the Chair knew more than she did about admiralty and maritime matters. She pointed out that she referred to the first set of square brackets in the text. It did not represent disagreement in the informal Working Group, but rather a policy question that should be posed to the Special Commission. In earlier discussions, it had appeared that in many cases in this matter special instruments exist or national laws have specific rules. The matter had been excluded in 1999. However, in this project some felt that only contracts for the carriage of goods by sea should be excluded.

An expert from the United Kingdom stated that it would be a shame if this matter were to be excluded. Almost all the leading cases on jurisdiction concerned shipping. To exclude it, would be to cut away a huge chunk where the Convention could be relevant in practice. In the United States of America there had been problems with actions of crew members in the past, but this would not be possible under this Convention with the exclusion of employment contracts. An action brought by a passenger who slipped and broke his leg on a cruise would likewise not be possible under this Convention, since consumers would be excluded. On the other hand, there is no reason why salvage or towing actions, such as the one in *Bremen v. Zepata* should be excluded. Bills of lading should also be included in the scope of the Convention. The problems in this regard were that some States are Parties to the Hague Visby Rules and that UNCITRAL was in the process of drawing up an instrument on the carriage of goods by sea. However, if a bill of lading contained a choice of court agreement in favour of a State which was not a Party to the Hague Visby Rules and the case was subsequently brought to the court of a State which was a Party to those Rules, the Hague Visby Rules would prevail. He realised that this was a bold statement, but added that if there were agreement in principle, the matter could be dealt with under the provision on the "Relationship with other international instruments" (Art. 19).

An expert from Canada did not agree. She emphasised that, from the perspective of Canada, the area of admiralty had a high level of specificity and to include it in the scope of

Procès-verbal/Minutes No 1

the Convention would not provide clarity, but rather would further fragment the matter. UNCITRAL was working on the matter and it would be inappropriate to deal with it here. She reiterated that Canada could not agree to include it and that, if there could not be agreement to exclude it from the scope, it should at least be left between square brackets.

An expert from Japan stated that the limitation of liability of shipowners was similar to insolvency and should be excluded.

An expert from the United States of America reminded that there had been many discussions on admiralty, whether to exclude or include the matter. These had been difficult and technical. He agreed with the Expert from the United Kingdom that the cases which had caused concern in a wider Convention had disappeared from this text, such as consumers and torts. However, it was entirely correct that the most important cases on jurisdiction had been admiralty cases. Towing would be covered by the Convention without problem since that was not a "contract for the carriage of goods by sea". The words "admiralty or maritime matters" would be over-inclusive. On the other hand he agreed with the Expert from Canada that at least contracts for the carriage of goods by sea should be excluded. The choice of forum clauses in Bills of Lading would be dealt with under the UNCITRAL instrument. However, the issue was so difficult that it had not yet been taken up. He stated that the Expert from Japan had referred to another type of case that raised continuing concern. The text in the second set of square brackets would meet the United Kingdom delegation halfway while missing the ship owner. The suggestion of the Expert from Canada went too far. For today's session, the Expert from the United States of America was willing to delete the words in the first set of brackets and then take the provision back for consultation, but the continuing concern about other cases meant that the text would stay between square brackets; there was a need to consult.

An expert from Germany wanted to exclude the matter. He was aware that this would reduce the scope, but agreed with the Expert from Canada.

An expert from the Russian Federation stated that their position was clear – maritime matters should be excluded. The bulk of the matters were not merely shipping, but wider. Contracts by Russians were subject to special rules. There was even new legislation on civil procedure where there is a clause on the carriage of goods in general, not only by sea, that would not be changed easily since it was new. He would prefer to keep this exclusion.

Un observateur de la Communauté européenne (Commission) indique que la position de la Communauté européenne en la matière n'est pas arrêtée. Il observe cependant sa préférence pour l'exclusion de cette matière du champ d'application de la Convention et indique qu'il ne peut être favorable à son inclusion. C'est pourquoi il préfère que les crochets soient conservés pour le moment.

The Chair suggested setting up a small Working Group on this matter. There had been some nuances in what had been said, but there had also been extremes. Those experts that pronounced themselves and perhaps others should be included in a Working Group. Two of them came from countries that are Member States of the European Community. If these experts wished it, they could perhaps consult with Mr Trevor Hartley to see whether a compromise could be reached. Both *Reporters* would be in the Group.

An expert from the United Kingdom was of the opinion that this was a good idea and asked for a room to be made available and a time to be organised.

The Chair replied that a room could be provided and that he could suggest a time, but that he thought it better that the seven experts should meet and find a time suitable for each of them.

Un observateur de la Communauté européenne (Commission) souligne que cette proposition crée une difficulté pour son organisation car il ne peut discuter de manière bilatérale avec des États membres de la Communauté européenne. Préalablement à toute négociation sur un point précis, il indique qu'une réunion de coordination de la Communauté européenne doit être organisée.

The Chair responded that this was not a problem for the Special Commission. The Observer for the European Commission could decide whether or not he wished to attend. The European Commission was present as an observer in any event, but he was welcome.

An expert from Canada suggested that those experts who were interested could meet informally rather than in a small group.

The Chair agreed and stated that there were fortunately a few days to go and that there would be many co-ordination meetings by the European Community. He affirmed that there had been a positive acceptance to his suggestion and asked the Expert from the United Kingdom to take the initiative to arrange the meeting. He reiterated that other experts who had not spoken on the matter would also participate in the small group. The Special Commission would come back to Article 1 later, so there would be sufficient time. He proposed to continue to paragraph 3 *g)*.

Article 1(3) g)

The First Secretary (Ms Schulz) stated that square brackets were included again here and that the informal Working Group had felt that this matter should be discussed in a wider audience. The terminology was a bit misleading. Unfair competition between two parties to a contract should not be excluded, but beyond that this issue became blurred. Some civil law countries regarded State intervention against cartels and monopolisation as a matter of administrative law, so that it would be excluded anyway. In other countries, this was less obvious because here, State authorities have to file a suit on the alleged forming of cartels or monopolies etc. This might have to be excluded from the scope of the Convention, but because of the variety it was difficult to find the right wording.

The Chair stated that paragraph 4 was also relevant to paragraph 3 *g)* and that this matter would be dealt with later.

Un expert du Luxembourg indique qu'il n'a pas d'observation à faire sur la substance mais seulement sur la forme. Il souligne, en effet, une contradiction entre la proposition en anglais qui est entièrement entre crochets et celle en français dont une partie seulement est entre crochets. Il suppose que toute la disposition doit être entre crochets dans les deux langues.

The Chair stated that that was a problem of translation.

An expert from Finland stated that there was a problem in the drafting. The concept of a "civil matter" was not necessarily the same in common and civil law countries. The matter should be excluded. However, if two contracting parties litigate, the defence that the contract violated mandatory rules of competition and should therefore be invalid, should not enable the parties to exclude their dispute from the scope of the Convention. What was to be regarded as public, should be

excluded. In the matter of arbitration, there had been problems in the past. In Europe it was currently clear that these matters could be arbitrated. The problem was how to draft the provision so as not to make it too broad. He had no concrete suggestion on how to draft the article.

An expert from the United States of America agreed that it should be clear that government regulatory actions or similar actions that might be called competition should be outside the scope of the Convention – they did not have a direct parallel in traditional private law. In the United States of America an action for anti-trust could be brought by a State agency or a private party against another private party. This was different from unfair competition. The drafting was too unclear because of the word "competition". The delegation wanted the Convention covering unfair competition actions. He posed the question of how to fix the draft. He suggested the expression "anti-trust or similar competition matters". It would then be clear that "competition matters", in the same way "anti-trust matters" was used in the United States of America, would be excluded. He further pointed out that paragraph 3 *g)* was the only provision that contained the word "claims". It was not helpful that the word "matter" was not used. The application of the Convention should not depend on how cleverly a party drafted his or her complaint. He repeated that one drafting suggestion would be "anti-trust or similar competition matters" and mentioned that the Report should state clearly that that did not mean "unfair competition".

An expert from Austria stated that the Expert from the United States of America had pointed out that the Special Commission had to look for the real problems and they were hard to see. However, if the matter of competition were mentioned as a defence, it would amount to an incidental question and not the main issue. The matter would, therefore, not be excluded. One point was left now – that of the formulation of anti-trust. Anti-trust could also be seen as including unfair competition. For example, in Russia, an unfair competition claim can be based on a violation of anti-trust Law. He stated that it was a difficult distinction and referred to the example of a party violating competition law in the sense of the EC Treaty. He stated that there was a link between the two areas and that the Special Commission should try to find a solution that did not exclude anti-trust. He made the point that it was unlikely that there would be a contract containing a choice of court clause between two competitors and therefore posed the question whether the rule was necessary and whether it could not be deleted. The result of this would be that if there were a choice of court agreement, the Convention would apply. He said that he could not imagine a case where there would be a choice of court clause between a State authority and an actor on the market which covered a claim for anti-trust violation

The Chair stated that this was the reason for the square brackets.

An expert from New Zealand supported the intervention of the Expert from Austria. He underlined that there was a great risk of a provision that would be too broad. It was important not to exclude the matter where invalidity was raised as a defence. This would be to highlight the potential of strategic use by litigators. Parties and advocates could manipulate the argument on invalidity. The provision on incidental questions would not apply if the entire argument were based on the claim of invalidity: that would then not be an incidental question. If a counterclaim relied solely on competition, it would not be an incidental question. There was a huge risk if this paragraph were too broad, while leaving it out did not pose such a risk. Public authorities would not conclude choice of court agreements. In most tort-like cases, there would be no agreement. If there were an agreement, it should be given effect, even if there were a central issue of competition. He gave an example where a part of a contract was deemed to be unenforceable by a party and that party then commenced proceedings to establish it as such.

The Chair suggested that five experts should discuss this matter and raised the possibility that this would result in agreement.

An expert from Germany stated that the issue could be referred to the Drafting Committee (to be appointed), but that a decision should be made and that the German delegation preferred the matter to be excluded from the scope of the Convention.

An expert from the United Kingdom stated that all agreed on quite a few points, such as the fact that actions by the public authority should be excluded. Other matters, such as tort, were more difficult. There would normally not be a choice of court agreement, but there might be, for example, if a joint venture were concerned. Most would want to exclude tort from the scope of the Convention. He referred to the *Mitsubishi* case and to a case of the European Court of Justice of about a year ago (he could not remember the name) where it was decided that if two parties had a substantially different bargaining power, the weaker party could not only invoke European competition law, but also claim damages. This raised difficult questions. If a choice of court agreement extends to a court outside the European Union, European competition law would not be applied. This point had to be thought through carefully in order to draft a provision that stated what it should state.

The Chair stated that such a judgment would not be recognised in the European Union since European competition law is of *ordre public*.

An expert from the Russian Federation agreed that reference should be made to "matters" and not "claims". He would omit "competition" and rather state "anti-trust or similar matters".

Un observateur de la Communauté européenne (Commission) remarque que la richesse des discussions démontre la complexité du sujet. Il estime qu'une clarification considérable du texte est indispensable pour permettre une meilleure compréhension de chacun. Il note en effet que le terme de « concurrence » peut être compris dans le sens de « anti-trust » mais qu'il peut aussi renvoyer à la concurrence déloyale et découler des contrats. En outre, il lui semble que les termes de « procédures » précédemment discutés ici, et de « claims » en anglais, pourraient être remplacés par une référence aux « procédures qui ont pour objet », ce qui permettrait de viser des « matières ». Ainsi, il indique qu'une référence aux matières exclues du champ d'application serait peut-être plus appropriée et qu'il conviendrait dès lors de mieux cibler le paragraphe 4.

The Chair thought that there had been consensus to delete paragraph 3 *g)*, but then the discussion changed. He thought that it was not necessary to have the provision and that it was difficult to draft. He suggested that a little group be set up – not to search for a compromise, but rather to provide a kind of seminar where those experts who had expressed themselves could examine whether they could find a way of deleting or drafting the provision; it was a question of fully understanding and a seminar would be useful in that regard. He asked whether he could call on the Expert of New Zealand to be the... (he looked for the right word).

Procès-verbal/Minutes No 1

An expert from New Zealand suggested the words facilitator or convenor.

The Chair agreed and suggested to discuss the matter. He felt that it was possible to delete the provision and that everybody would be satisfied that way.

Un observateur de la Communauté européenne (Commission) remercie le Président pour avoir posé sa question de façon très appropriée en évitant les termes de « négociations » ou de « compromis ». Il indique qu'il participera avec beaucoup d'intérêt à tout séminaire. Il rappelle que la négociation doit avoir lieu dans la salle et que la Communauté européenne exprimera une position commune dans la salle.

The Chair thanked the Observer for the European Community and stated that it could also be applied to the previous problem. He stated that it was nice and helpful. He then turned to paragraph 3 *h)* on nuclear liability.

Article 1(3) h)

The First Secretary (Ms Schulz) stated that this paragraph posed no controversy and that it had been left in the Convention since there should not be intervention in this radiant and specific issue.

An expert from the Russian Federation supported the idea generally speaking. He stated that there was national legislation on this matter. He stated that when one had choice of court agreements in mind, there was no automaticity in respect of liability for damage. In Russia, there were specific rules on liability for damages in general and this should be excluded as a whole, not only for nuclear liability.

The Chair stated that it would raise a problem since the limitation between contract and tort was not so clear from country to country, and that it would be difficult to exclude liability for damages. Therefore, this provision was necessary, although it was generally a matter of tort.

An expert from the Russian Federation stated that he referred to liability for personal injuries and damages to property.

The Chair posed the question whether there was wide support for the idea. He realised that it did not seem to be the case and apologised. He then turned to paragraph 3 *i)*.

Article 1(3) i)

The First Secretary (Ms Schulz) referred to her earlier remark that immovable property belonged to the common core that was excluded from party autonomy in most or all legal systems. This provision was therefore considered appropriate.

The Chair stated that there was in this case also a link with paragraph 4, which would be dealt with afterwards.

An observer for **the European Community** (Commission) stated that he wanted to extend the exclusion to tenancies.

An expert from the Russian Federation stated that he did not have a problem with the wording as it was, but that according to Russian arbitration procedure code, state property and privatisation would also have to be excluded.

An expert from the United States of America pointed out that the new suggestion by the European Community was regrettable. Business ventures lease commercial property and those contracts should not be excluded from the scope of the Convention. He stated that the purpose of excluding these contracts was unclear.

An expert from China agreed with the Expert from the Russian Federation. He referred to the related Articles 8 and 9 of Working Document No 1.

An observer for the European Community (Commission) responded to the question of the Expert of the United States of America by referring to the internal European rules. Tenancies fell under the provision regarding exclusive jurisdiction. He stated that there could be flexibility, while the issue could be dealt with by the disconnection clause. He reiterated that it was important for the delegation of the European Commission to exclude this matter either in the provision on the scope or under the disconnection Article.

The Chair agreed that this would be a solution. He referred to the remark by the Expert of China concerning Articles 8 and 9 and stated that the matter would be dealt with later.

An expert from the United States of America responded to the concerns of the Expert of the Russian Federation and the Expert of China by stating that if a State entered into a contract regarding property, it should insert a clause to prorogate its own courts. This would be an easy solution, while to write it into the Convention, would be to clutter it.

An expert from the Russian Federation reacted to the suggestion of the Expert of the United States of America by stating that this simple solution would not be possible if the property were outside the territory of the State owner.

The Chair posed the question whether it would not be covered by the provision as it stood.

An expert from the Russian Federation stated that it was not sufficient for the Russian authorities to sign the Convention and that the wording in general had to be reflected.

An expert from Canada stated that it was too soon to say it was not acceptable and felt that this position was regrettable. When the issue of disconnection were treated later, this should be kept in mind and the best way of dealing with it considered then.

The Chair repeated that there should be written proposals for any changes to the draft. Maybe there were none yet since it was the first morning, but he asked the experts to submit proposals. He proposed to continue to paragraph 3 *j)*.

Article 1(3) j)

The First Secretary (Ms Schulz) stated that the capacity of natural persons, and their capacity to contract, was left to national law by 1(3) *a)*. To include this would amount to the harmonisation of substantive law beyond the scope of the project. For legal persons the argument was the same.

The Chair remarked that there were no comments and stated that this helped a great deal.

La séance est levée à 13 heures.

Procès-verbal No 4
Minutes No 4

Séance du mardi 2 décembre 2003 (après-midi)
Meeting of Tuesday 2 December 2003 (afternoon)

La séance est ouverte à 14 h 45 sous la présidence de M. Philip (Danemark).

The Chair first summarised the outstanding points for the afternoon session. He mentioned that there was still a problem with the word "only" in Article 3 *a)* of the draft text[1]. Furthermore, even though he did not think that any other difficulties might arise with regard to Article 3 *a)* and *b)*, he wondered whether Article 3 *c)* and *d)* could be retained. He had the impression that some conclusion on these issues could be reached if more time were to be spent in informal talks during the breaks. He expected Article 3 *d)* to be deleted while Article 3 *c)* might be saved. He also supposed that there could be a slight majority in favour of keeping the word "only" in Article 3 *a)*. He decided to keep the decision open for the next days, hoping that the informal talks he had referred to would be successful.

An observer for the European Community (Commission) thought that there was a consensus to keep the word "only" in Article 3 *a)*. He noted that it was important to find a balance in the text to improve the security of the parties. Including the word "only" would therefore be a big step forward regarding security and he considered it to be the final compromise in the light of the balance between security and the circulation of judgments.

An expert from the United States of America agreed in principle with the proposal. However, he found it very difficult to say where the consensus lay. Thus he could not agree with the summary of the Chair and the view of the Observer for the European Community.

An expert from New Zealand who had lead the seminar on competition, reported that the Group had been extremely productive and that there had been a constructive discussion, even finishing with a unanimous statement of views. As far as Article 1(3) *g)* was concerned, it had been agreed in the seminar that, despite arguments of clarity and predictability, the exclusion was not considered to be necessary. He pointed out that it was very important that Article 1(4) was drafted sufficiently broadly. Regarding Article 1(3) *g)*, they preferred drafting similar to the current version, but with the change of one word (now "anti-trust and competition matters" instead of "anti-trust or competition claims"). As far as the French version of the same Article was concerned, he had doubts as to whether "entraves à la concurrence" would be the precise equivalent to the English version, which had a slightly broader concept. The need was felt for further reflection of that issue. The group was conscious of a risk that some unfair competition matters would be excluded. However, this risk seemed to be fairly small. Additionally, it was considered to be less problematic than not having an express exclusion.

An expert from the United States of America wanted to know whether the change of the wording from "or" to "and" had been intentional, or whether it had been an oversight. In his opinion, "or" would be preferable because it would better demonstrate the equivalence of "anti-trust" and "competition".

An expert from New Zealand answered that the change was not deliberate. Furthermore, the use of the word "and" did not mean that the exclusion only applied in the case where anti-trust and competition matters exist cumulatively. However, the issue of how to draft the provision could be left to the Drafting Committee.

An expert from Germany thanked the "seminar" but noted that he had to consult his colleagues in his country on this very special matter. Since the change only concerned a few words, it would be difficult to convince his colleagues that the change of wording was really necessary. For that reason, he would have liked a paper containing the reasoning for the proposal, as well as some summary remarks. Taking into consideration that the anti-trust matter is a very special matter, he emphasised once more that a Note would serve considerably to convince people of the necessity of the change in the wording.

The Chair did not see a problem in producing a paper. He pointed out that the only substantive change in the wording referred to the change of "claims" into "matters" which was therefore only a drafting point.

An expert from New Zealand stated that the "seminar" had tried to achieve a parallel with the other exclusions in Article 1(3). To him, it was also only a drafting point. He would, however, be glad to provide an explanatory note on this matter.

Un expert de la Suisse se déclare globalement satisfait par la position exprimée par le porte-parole du séminaire sur le droit de la concurrence (article 1(3) *g)*) mais souligne l'importance d'avoir les deux versions anglaise et française parfaitement identiques. Or, il lui semble que la notion de concurrence déloyale, non couverte par le texte français, est comprise par le terme anglais de « competition » (en ce qu'il englobe les hypothèses de « unfair competition »). Il estime par ailleurs que le texte devant être utilisé dans des pays où l'anglais est pratiqué mais n'est pas une langue officielle, il convient de faire en sorte que les termes choisis puissent être parfaitement clairs. A cet égard, il se demande si la substitution de «and» au lieu et place du terme « or » ne revient pas à changer la substance de ce paragraphe.

An expert from the Russian Federation shared the assessment of the good result of the seminar. He pointed out that in some national legal systems both anti-trust and competition matters existed but had different meanings. He shared the opinion that a proper translation into French was needed because it was necessary to have the same meaning in both equally authentic versions. As regards the discussion surrounding the wording with "or" or "and", he did not consider this issue to be essential. A slash, however, would not be acceptable.

The Chair considered the discussion to be entering into too much detail and therefore preferred to send the matter to the Drafting Committee. Additionally, he pointed out that the unanimous agreement in the seminar should not be underestimated.

An expert from Canada supported the idea of a paper from the seminar and that the matter should be referred to the Draft-

[1] See, in this volume, Annex of Prel. Doc. No 22 of June 2003 for the draft text resulting from the Third meeting of March 2003, *supra*, p. 106.

ing Committee. She then noted that regarding the wording for the French version, more research would be needed.

The Chair regarded discussion of the issue as concluded. He then mentioned Working Document No 7, which concerned the question of substantive validity. Since there were quite a few comments regarding discussion of this matter, the Chair suggested to take up this issue before dealing with the jurisdiction rules. He mentioned that the basis for discussion of whether to cover substantive validity or not could be found in Working Document No 7.

The First Secretary (Ms Schulz) announced that she did not intend to go through all the reports of the informal group. She mentioned that there had been a long discussion on the issue of substantive validity and that the group had tried to find a common standard for substantive validity. This examination was considered to be particularly necessary if only exclusive choice of court agreements were to be covered by the Convention. As it was explained in the Nygh – Pocar Report, the 1999 draft included conventional standards on substantive validity in that it dealt with the issue of lawfulness of the choice of court clause. At that time there were many bases of jurisdiction, and the Convention rules on exclusive jurisdiction as well as on consumer and employment contracts had established limits to party autonomy. However, now there was only one basis of jurisdiction left. Therefore, many provisions that had been included in 1999 and had dealt with the issue of substantive validity were not there anymore. Thus, if a need for a common standard was felt, then it had to be defined in the Convention. Furthermore, the group had tried to establish the basic conditions for substantive validity as regards consent and capacity. As the Expert from the United States of America mentioned, the question of how to form a contract was a matter for national law.

The First Secretary stated that, if it turned out to be impossible for the meeting to agree on a common standard for substantive validity, a minimum harmonisation could still be achieved by including a choice of law rule into the Convention.

During the discussion about an applicable law rule on substantive validity, the First Secretary stated that if there was no such rule at all and the parties went to the chosen court, this court would have to apply its own choice of law rules. If a court other than the chosen court were seised, the court in question would have to do the same. The problem that resulted from that was that the outcome of the subsequent examination of the substantive validity of the choice of court clause could be different.

Therefore it had been proposed in the informal group to have a rule designating the law of the chosen court. Equally, there had been a proposal that the law of the State most closely connected with the case should be applicable.

However, finally, the group had ended up with a public policy clause since everything else had been too ambitious to harmonise. Taken into consideration the New York Convention the group proposed to copy the invalidity rule in order to enable the courts to benefit from the case law that emerged from the New York Convention.

The First Secretary mentioned then that the proposals on the table would go beyond that.

The Chair noted that the comment of the First Secretary would give a good background for discussion. He then invited the delegation of Switzerland to give a comment on their Working Document No 7.

Un expert de la Suisse remercie le Premier Secrétaire pour sa présentation des résultats du groupe de travail informel. Il invite l'ensemble de la Commission à faire preuve d'ambition; on ne peut pas se résigner à inclure une simple clause emporte-tout telle qu'une clause d'ordre public. Il explique la raison d'être de la proposition contenue dans le Document de travail No 7, indiquant qu'elle répond à deux principaux soucis. Le premier concerne la question des dérogations et réserves susceptibles d'être appliquées au regard des fors exclusifs ou impératifs dans des matières non exclues dans l'article premier. La deuxième idée à l'origine de la proposition de la Suisse est qu'il convient de ne pas exclure la question de la validité substantielle de l'accord d'élection de for. La question du consentement, centrale, comprend en effet à la fois celle de l'existence et celle de la preuve du consentement. Or, en l'état, l'article 3 ne se réfère qu'à la forme, ce qui implique qu'un État contractant pourrait introduire des conditions de fond supplémentaires, ce qui n'est pas opportun. Il est donc d'abord suggéré de biffer les termes « en la forme » (« as to form »). Dans les Conventions de Bruxelles ou Lugano, cette expression n'est pas incluse. Il ajoute que le Document de travail No 7 couvre la question des vices du consentement.

Le Premier Secrétaire (Ms Schulz) a montré qu'il est fort difficile de trouver un consensus quant à une éventuelle règle de conflit de lois applicable en la matière. Pourtant, il est impératif de trouver un moyen d'introduire une plus grande sécurité juridique dans ce domaine. En effet, actuellement les juge choisi, juge saisi et juge de l'État requis au stade de la reconnaissance peuvent tous se prononcer sur la validité de la clause d'élection de for en appliquant leur propre droit. En l'absence d'accord sur une règle de conflit de lois acceptable pour chacun, il semble à l'Expert de la Suisse que la seule approche envisageable est une approche matérielle. S'inspirant des Principes d'UNIDROIT, très largement reconnus, le Document de travail No 7 se propose d'ajouter un certain nombre d'articles. Les articles 3 *a)*, 3 *b)* et 3 *c)* portent sur des vices du consentement (l'erreur, le dol et la contrainte), qui, pour ne s'appliquer que rarement en pratique, ne sont pas moins dignes d'inclusion dans la Convention afin de s'assurer que les droits internes ne pourront imposer d'exigences plus restrictives. L'article 3 *d)*, relatif aux hypothèses de lésion ou d'avantage excessif, correspond à des mécanismes existant dans tous les systèmes juridiques sous divers libellés (test du caractère raisonnable, exclusion des clauses abusives etc.). Il importe que la Convention prévoie un mécanisme équivalent afin qu'il soit assuré qu'aucun droit national ne pourrait réduire l'efficacité de cette dernière. Le Document de travail inclut également un article 3 *f)* portant sur les questions non traitées (incapacité, défaut de pouvoir, fors exclusifs). Il contient par ailleurs un article 3 *g)* translatant le principe d'autonomie connu en matière d'arbitrage dans le domaine de l'élection de for. Le silence actuel sur ce point est inopportun.

The Chair noted that the proposal of the Swiss delegation was a very ambitious attempt to harmonise national laws on substantive validity and the formation of contracts. Then he opened the discussion as to whether one should have a provision on substantive validity which is formulated as a choice of law rule, a material rule or accept the result of the informal working group.

Un expert du Canada souligne qu'ayant participé au groupe de travail informel, elle est particulièrement consciente des difficultés existant en matière de validité de la clause d'élection de for.

This Expert from Canada then stated that it would be helpful to include the proposal of the Swiss delegation since it largely drew on the UNIDROIT Principles which had been developed in a broad international forum and were largely accepted in

many areas of contract practice. The inclusion should be done at least for the purposes of consultation.

Un observateur de la Communauté européenne (Commission) remercie la délégation de la Suisse pour le travail détaillé fourni dans le Document de travail No 7, qui tend à répondre à un problème réel et majeur. Bien qu'insistant sur la nécessité absolue de parvenir à une disposition qui garantisse une sécurité juridique optimale, il se demande toutefois s'il est nécessaire et opportun de s'engager sur la voie de dispositions aussi détaillées. Il estime qu'un débat sur ce point peut être mené dans le cadre même de l'article 3, mais également autour des articles 4 et 5. Il considère que la Convention de New York de 1958 sur l'arbitrage ne donne pas satisfaction sur ce point, et insiste sur l'importance de trouver une solution alternative. Il se dit flexible quant à la forme que cette solution pourrait prendre et invite les participants à poursuivre les efforts en vue de parvenir à un accord sur ce point.

An expert from Finland found the proposal of the Swiss delegation very interesting but a little over-ambitious. He expressed the fear that if one had detailed rules on substantive validity this would be very difficult for some States to accept. Therefore it was doubtful whether it could make the Convention attractive. He considered himself open for discussion but stated that one should bear in mind the difficulties connected with the issue. He thought that a provision could be included in order to avoid doubts. He then went on to state that a choice of law rule providing that the rules of the chosen court would be decisive would as well produce many difficulties. However, one should consider whether the result of the informal working group is really the only available solution. Furthermore, he raised doubts concerning the detailed provision of the proposal of the Swiss delegation.

An observer for **the International Trademark Association** thanked Switzerland for Working Document No 7 in that it addressed the concerns that had been expressed by the members of the INTA. She hoped for serious consideration of the proposal, which would make the Convention more acceptable.

Un expert de l'Espagne indique que la question de la validité substantielle de la clause d'élection de for est certes une question complexe, mais estime qu'un article y afférent est sans doute nécessaire. Elle souligne qu'à la fois le Premier secrétaire et l'Expert de la Suisse ont montré la grande difficulté de trouver une règle de conflit de lois acceptable pour l'ensemble des intéressés. Elle ajoute que la proposition de la Suisse, concernant des règles matérielles, est intéressante mais peut-être trop complexe ou tout au moins trop ambitieuse. Elle se demande s'il est absolument nécessaire d'aller aussi loin dans le cadre du projet actuel de Convention, d'autant que la proposition de la Suisse elle-même reconnaît l'impossibilité de régler tous les problèmes (cf. article 3 *f)*). Elle considère que si l'inclusion de règles très détaillées peut être dangereuse, il conviendrait à tout le moins de conserver l'article 3 *g)*, évident, mais fort utile car il faut clarifier que l'accord d'élection de for faisant partie d'un contrat est indépendant des autres clauses du contrat. Elle demande enfin si l'article 5 *a)* ne suffirait pas à répondre aux autres problèmes.

Un expert de la France remercie l'Expert de la Suisse pour le Document de travail qu'il a soumis à discussion. Si l'on souhaite résoudre la question de la validité de la clause d'élection de for, on ne saurait ignorer les conditions de fond. Il lui paraît qu'en vue de garantir la sécurité juridique, le meilleur moyen d'aborder le problème est effectivement de prévoir les conditions de fond essentielles à la validité de la clause d'élection de for. Il estime qu'il serait dangereux d'écarter la possibilité d'y réfléchir sous prétexte que le travail à entreprendre serait long et ambitieux. La solution adoptée par la Convention de New York faisant l'objet d'interprétations variables selon les pays et la méthode conflictuelle n'apportant pas la certitude nécessaire, il importe d'énoncer des conditions substantielles de validité. Il demande, par ailleurs, que soit précisé le régime des nullités envisagé, notamment la question de nullité absolue ou relative.

Le Président indique qu'à son sens, les nullités en cause seraient de simples nullités relatives, pouvant être invoquées par les parties, mais non d'office par le juge saisi.

An expert from the United States of America was impressed by the lovely proposal of the delegation of Switzerland. However, in the United States of America, the validity of a choice of court clause was, according to a decision of the Supreme Court, governed by three or four words. He feared that if the law became as detailed as in the proposal of the Swiss delegation that would lead to great unpredictability. Since the courts would need to see whether the standards are met, there would be confusion. He then went to note that the courts have developed similar notions even if they might differ slightly. Creating a new set of rules to judges and lawyers would result in a flood of litigation. This is the opposite result of what was intended. Therefore he would not favour that solution. He then stated that the First Secretary had described the evolution of the problem of a rule on substantive validity in helpful detail. In his opinion, producing the Rolls Royce of substantive rules did not get the Commission out of the difficult situation that it was in, so that the problems still remain. Although there was no proponent for a choice of law rule so far, he pointed out that there were several reasons for not entertaining a clear choice of law rule in the Convention. According to him, all legal systems had well settled rules for validity of contracts and the law was only uncertain where one applied it to new types of cases such as new types of electronic contracts for example. The concern of the Expert was that one should be bound by choice of forum clauses in international contracts. He did not consider it either practical or achievable that the Hague Conference could find the perfect rule that was acceptable by all.

Then he raised the question of what would happen if one kept the status quo. He added that in most countries, courts would act in a predictable way. In the practice of the United States of America, exclusivity was the problem and not the issue discussed here. He then referred to the New York Convention and pointed out that this Convention provided the only safe means to have predictability. The New York Convention did not have a provision like that in Working Document No 7. Article 2 of the New York Convention did not contain a choice of law rule, so that the decision was entirely left to the court seised. In the opinion of the Expert there was a satisfactory practice and no major problem connected with the application of Article 2 of the New York Convention. The policy was to enforce choice of court clauses and the courts would do so. Therefore, he considered the model of the New York Convention as being the best way forward. Furthermore, he suggested using the language of the New York Convention in order to encourage courts to look at the case law emerging from the New York Convention.

In conclusion, he noted that a provision like the one in the proposal of the Swiss delegation would be a step backwards and that a choice of law rule would not be an effective alternative. Thus he saw no other possibility than to leave the decision up to the courts, which could be sufficiently effective.

An expert from New Zealand agreed with the proposal of the Swiss delegation. He considered it to be very helpful since it showed what a text would look like. However, he advised

Procès-verbal/Minutes No 4

to resist the temptation to follow it for three reasons. The first one was that one would not be able to reach an agreement on the substantive law. He noted that it would be more difficult to unify the substantive laws rather than finding an agreement on an acceptable choice of law rule. The second argument referred to the New York Convention. He emphasised that it did not contain any material rule of the kind proposed by Switzerland, but had nevertheless been a successful document. In fact he felt that the absence of such rules had been a significant factor for widespread acceptation of the instrument. The third argument related to thinking through how the proposed rules would apply to a choice of court provision.

He mentioned two possibilities here. The first one would be to apply the substantive validity rules only to the choice of court clause but not to the rest of the contract. The second would apply them to the whole agreement. The problem with the first alternative was that the rules applicable to the clause would not be the same as the ones applicable to the rest of the contract (which already was a factor of complication). Regarding the second alternative, there was the problem that consequently, the inclusion of a choice of court clause could have the effect of altering the validity of the whole contract. That result was very difficult to accept for the Expert. For all the reasons mentioned, he concluded that one should not follow the proposal of Working Document No 7.

The Chair announced that there was the possibility of a seminar regarding the intellectual property issue. Then he suggested continuing with the debate.

Un expert de la Grèce remercie l'Expert de la Suisse pour l'intéressant Document de travail No 7. Il exprime sa sympathie pour la proposition de la Suisse, indiquant que le texte actuel du projet de Convention est source d'une importante insécurité juridique dans la mesure où il implique que la validité d'une même clause peut être appréciée différemment par diverses juridictions (la juridiction désignée, la juridiction saisie et les juridictions des États requis). Il semble dès lors préférable d'inclure une règle matérielle, qui seule pourrait améliorer la sécurité juridique. Il souligne que c'est l'option qui avait été privilégiée dans la Convention de 1965 sur le for contractuel (cf. art. 4 de ce dernier instrument). Il estime toutefois nécessaire de réfléchir aux moyens de parvenir à réduire le nombre de dispositions matérielles afin de rendre le texte plus attrayant pour ceux qui s'inquiètent du grand détail de la proposition du Document de travail No 7.

An expert from the United Kingdom noted that the detailed text of the proposal of the Swiss delegation illuminated the attempt to provide unification. However, he doubted that this proposal could also provide the greatest legal certainty for the following reasons.

Firstly, he stated that it would not be for the Hague Conference to harmonise substantive law. In his opinion the participants of the actual session would not have the expertise to deal with substantial contract law. Therefore he felt the need to consult experts. Secondly, he noted that a detailed provision like the Swiss one would have a large measure of inherent uncertainty caused by the use of technical terms in a new context. He mentioned the expression of "good faith" in Article 3a(1) of the proposal of the Swiss delegation as an example. Since different domestic courts would have to interpret these technical terms, uniform interpretation could not be guaranteed.

Furthermore, almost every sentence contained in the proposal of the Swiss delegation included words that had a particular meaning in the law of a State. The use of new language would therefore contribute to uncertainty as well. As the third reason, he mentioned that there was a great and increased risk that States would not ratify the Convention if it contained a provision like the proposal of the Swiss delegation. Thus the United Kingdom would, for example, have big difficulties to ratify a text like the provision in Article 3d of the proposal of the Swiss delegation. The expert mentioned that the problem in the informal working group was that different countries wanted different things. According to the Expert from the United Kingdom a uniform rule would only represent one side. Therefore he considered it to be unrealistic to follow the proposal of the Swiss delegation and thought that one seemed to be forced to adopt the solution of the New York Convention. As fourth reason, he followed the view of the Expert from Spain who stated that even the laudable Swiss attempt did not achieve the envisaged objective. Article 3f of the proposal of the Swiss delegation contained the issues where no solution had been found. This would demonstrate that even if one tried it would not be possible to cover all issues. Therefore some uncertainty would remain anyway. Finally, the last argument referred to the fact that the European Union had a convention (the Brussels Convention now largely replaced by the Brussels I Regulation) which did not have any provision on substantive validity. He mentioned that there was never a serious attempt to have provisions on substantive validity. This, however, had never caused any significant problem in the jurisprudence of the courts of the European Union. He concluded that although it was important to arrive at the greatest legal certainty one had to accept whatever result one reached would entail uncertainty. He noted that if the Special Commission were to discuss the proposal of the Swiss delegation in detail, one would have to reschedule the timetable of the Convention, as it would increase exponentially.

Un observateur de la Communauté européenne (Commission) souligne que le débat révèle une fois encore la complexité de la matière et insiste sur la nécessité de s'efforcer de trouver un moyen de régler les problèmes. Il indique que la solution privilégiée par le groupe de travail n'est pas opportune. Certains experts vantent les mérites de la Convention de New York, qui est certes globalement un instrument très populaire. Toutefois, un récent rapport de la CNUDCI reconnaît que les articles 2 et 3 donnent, selon les États contractants, des résultats différents sur plusieurs points. Le rapport ajoute que cette divergence des jurisprudences nationales rendues sur ces articles est source d'incertitudes et de retards. L'Observateur de la Communauté européenne se demande s'il ne serait pas possible, près de 50 ans après la Convention de New York, de trouver une règle donnant lieu à davantage de sécurité juridique. Par ailleurs, il faut admettre que les problèmes relatifs aux clauses d'élection de for ne se posent pas dans les mêmes termes que ceux relatifs aux clauses d'arbitrage. Il relève toutefois qu'il importe de ne pas s'engager vers des règles matérielles trop détaillées et élaborées, lesquelles pourraient être sources de grandes difficultés. Quatre mots « magiques » tels que ceux utilisés par les États-Unis d'Amérique ne pourraient pas être trouvés ici.

L'intervenant ajoute que la voie moyenne à trouver pourrait être identifiée par un séminaire consacré à cette question. Il fait observer qu'il faudra sans doute travailler sur les articles 4, et surtout 5, qui y sont liés. Il admet, toutefois, que ces deux articles traitent de questions différentes (la certitude que le tribunal désigné acceptera de statuer et la certitude que les tribunaux exclus ne pourront pas connaître de l'affaire).

The Chair suggested having a seminar dealing with that issue.

An expert from China mentioned that he understood the difficulties regarding the problem to find unified rules. However, he was concerned about the absence of legal certainty

were the Special Commission to choose not to include any rule at all. He pointed out that one dealt with three sets of courts, the chosen one, the seised one and the one that had to enforce the judgment. The conclusion to be drawn was that if all these courts have the right to decide whether the same clause of a choice of court agreement is null and void, this would not be reasonable with regard to certainty. For that reason it would be necessary to try to find uniform choice of law rules. Furthermore, he suggested to take the two new proposals of the delegations of Japan and the Russian Federation into consideration and discuss them, since they seemed helpful to make progress.

Un expert de la Suisse souhaite répondre à certains arguments évoqués. Il reconnaît qu'il est certes toujours difficile d'introduire dans les États des règles nouvelles, aussi bonnes soient-elles. La nouveauté est toujours reçue avec réticence. Toutefois il rappelle que les travaux devant encore durer au moins un an, le temps ne manquerait pas pour expliquer la raison d'être des règles nouvelles et les rendre ainsi plus facilement acceptables. Se référant aux quatre mots « magiques » mentionnés par la délégation des États-Unis d'Amérique, il se dit persuadé qu'il s'agit sans doute de tests vagues et indique que c'est précisément ce type d'exigences obscures qu'il faut éviter. Car si la Convention porte uniquement sur les clauses d'élection de for exclusives, de tels critères, trop vagues, seront source de difficultés. Il ajoute que l'intervention de la Communauté européenne a bien montré que la Convention de New York n'est pas la panacée sur ce point: l'article 2 de cet instrument est source de difficultés insurmontables et il ne faut pas oublier que la question de la validité des clauses d'élection de for ne se pose pas dans les mêmes termes que la validité des clauses d'arbitrage. Or, il faut impérativement faire mieux que le texte actuel qui implique que les juridictions de plusieurs États pourraient avoir des positions opposées sur la validité de la clause d'élection de for. On ne peut pas constamment réduire le domaine de la Convention et refuser de faire preuve d'originalité ou d'ambition. La Conférence de La Haye a dans le passé su montrer qu'elle était capable d'inventivité. Par ailleurs il estime qu'il est inexact de prétendre que la Conférence de La Haye ne produit pas de règles matérielles (l'article 3 en est une !). Il invite donc les délégations à s'investir davantage. Répondant à l'argument consistant à dire que l'unification des règles de conflit de lois est plus facile que l'unification des règles matérielles, il fait observer que les opérateurs du commerce international tendent au contraire à préférer les règles matérielles uniformes, ce que les travaux de la CNUDCI et d'UNIDROIT confirment. Enfin, il rappelle que le premier élément de la proposition suisse consiste à biffer les termes « en la forme », ce qui reviendrait à rapprocher le texte proposé de celui utilisé dans les articles 17 des Conventions de Bruxelles et de Lugano (art. 23 du Règlement de Bruxelles I). Cette mesure est absolument cruciale si l'on veut s'assurer que les États ne pourront introduire de conditions de fond supplémentaires.

The Chair noticed that there was very limited support for the proposal of the Swiss delegation and therefore did not want to continue the discussion on it. He nevertheless emphasised that one would stay open for discussion and invited the participants to continue to debate of the issue in private.

The First Secretary (Ms Schulz) gave an introduction on Article 4 of the draft text. The structure of the Convention was that there were given three different orders to three different courts. The first order which was reflected in Article 4(1) referred to the chosen court and obliged this court to take the case when the parties to a choice of court agreement seised it and when the choice of court agreement was valid. What did not follow from the draft but which had been discussed in the Working Group was the issue of *forum non conveniens*. However, the group agreed that rules concerning *forum non conveniens* should not be admitted in the conventional context where the court chosen and seised considered a court in another State to be the more appropriate forum. Article 4(2) contained a rule defining the territorial scope. In the larger Convention project there was an Article 2 on territorial scope which had produced a lot of confusion. It was therefore decided to break down this rule to the only aspect telling the chosen court when to take the case. Similar provisions were contained in other articles, in particular in Article 5 and in those of the recognition and enforcement chapter. Article 4(2) of the draft text started from the assumption that the Convention would apply but it would not if the court chosen and seised had to deal with a purely internal matter. Article 4(2) was drafted in this way because Article 5 would address the other courts. With regard to Article 4(2) and Article 5 *b)* the First Secretary explained that at first sight, these two articles seemed to cover the same situation. However, this was not the case. Article 4(2) stated that the court chosen and seised did not have to apply the Convention where the case was purely internal to that State. Article 5 *b)* stated that where parties had contracted out of their "natural forum" to which all the elements of the case were connected, that "natural forum", if seised anyway, was not obliged by the Convention to dismiss the case.

Concerning paragraph 3, the First Secretary stated that it had appeared during the discussions of the informal working group that the rules on venue and on subject matter were one approach or tool to reduce the number of courts available, and to ensure the efficient administration of justice, while other States used a system which enabled them to transfer cases from one court to another, either based on statutory rules or on discretion as to which was the most appropriate forum. To limit such freedom would deprive those States of an essential tool of their internal administration of justice which found its equivalent in the rules on venue, the value of the case or subject matter jurisdiction in other States. Since the latter remained unaffected by the Convention according to Article 4(3), the addition in square brackets at the end of that paragraph had been requested by others.

In that regard, she mentioned a comparative study that had covered the legal systems of Australia, the United States of America and Canada and referred to Preliminary Document No 23 for further details. She stated that initially, it was found that the subject matter jurisdiction clause would be sufficient. At a later stage, however, it was decided that the part in square brackets needed to be discussed in a wider forum.

The Chair drew the attention to Working Document No 13 from Switzerland, Working Document No 14 from Japan and Working Document No 15 from the Russian Federation. Furthermore he indicated that the proposal of the Swiss delegation in Working Document No 1 contained some references to Article 4 of the draft text on page 3 of the English and page 2 of the French version. The proposal thus moved certain provisions from Article 4 and 5 of the draft text to Article 1 of the proposal.

An expert from China reminded the Chair of Working Document No 8 from China.

The Chair pointed out that the Working Document No 8 related to Article 1(6) of the proposal of the Swiss delegation.

Un expert de la Suisse explique le Document de travail No 13 en ce qu'il se réfère à l'article 4. Il indique tout d'abord que les paragraphes 2 et 3 de l'actuel article 4 (cf. Doc. prél. No 22) pourraient être transférés à l'article 1 et ne sont donc pas mentionnés dans l'article 4 proposé. Il ajoute que le souci principal auquel le Document de travail No 13 tente de ré-

Procès-verbal/Minutes No 4

pondre est l'utilisation dans l'article 4(1), des termes « caduc / nul, inopérant ou non susceptible d'être appliqué ». Si l'expression est utilisée à bon escient dans la Convention de New York de 1958, il fait reconnaître que les deux derniers termes (« inopérant ou non susceptible d'être appliqué ») répondent à des situations existant en matière d'arbitrage mais insusceptibles de poser problème dans le cadre d'une clause d'élection de for. Par exemple, il arrive que des parties prévoient un mécanisme de désignation du tribunal arbitral impossible à mettre en œuvre. Dans cette situation, en effet, il est impossible de donner effet à la clause et seul un tribunal étatique pourra régler le litige. De telles difficultés ne peuvent se produire lorsque la clause fait référence à un tribunal étatique existant et non un tribunal arbitral à instituer. Il observe que seules les notions de caducité ou de nullité également mentionnées dans l'article 4(1) *in fine* sont importables dans le projet de Convention. Il indique que la nullité de l'accord d'élection de for pourrait résulter du non-respect de certaines conditions de fond ou de l'existence d'une compétence étatique exclusive. Il précise que la première source de nullité explique l'inclusion du terme « valablement » à la première ligne de l'article 4(1) qu'il propose, et rappelle que la validité sera traitée au chapitre précédent (une règle pouvant y être insérée pour préciser que le juge saisi appliquera son propre droit à la validité au fond des clauses d'élection de for). Il met par la suite en évidence que la seule source de nullité / caducité qui demeure est celle résultant de l'existence de compétences des tribunaux étatiques auxquelles on ne peut déroger (compétences exclusives ou impératives). Sa proposition consiste, dans ces hypothèses, à ne pas simplement faire référence à la nullité ou la caducité, mais à indiquer les conséquences de celles-ci: « le tribunal ou les tribunaux désignés par la clause seront compétents sauf s'il est établi que les parties ne pouvaient, en raison de la matière, se soustraire à la compétence des tribunaux d'un État contractant dont elles ont exclu la compétence. » Il précise enfin que l'objet de l'alinéa 2 qu'il propose est de garantir la sécurité juridique en indiquant expressément que des mécanismes du type *forum non conveniens* ne pourront pas s'appliquer.

An expert from Japan explained Working Document No 14. He indicated that it was largely inspired by the principle of party autonomy which underlies the New York Convention. The proposed solution consists in assessing the material validity of the choice of court clause on the basis of the law chosen by the parties or, alternatively on the basis of the law of the State whose court(s) is (are) designated by the clause.

An expert from the Russian Federation introduced Working Document No 15. He stated that it was guided by the same ideas as the proposal made by Japan although the wording might be slightly different. It appeared that while formulating Article 4 of the proposal of the Russian delegation one did take into account the definitions in Article 2 of the draft text. Thus, general terms were used that were already used in Article 2 of the draft text. As far as paragraph 1 of the proposal of the delegation of the Russian Federation was concerned, he did not find this streamline provision excessively complicated. He found it simpler to start precisely by reference to the court designated in the choice of court agreement. In the situation of null and void agreements the court designated will decide that the agreement is null and void or it would already be determined by the law which governed the case. He went on stating that under Russian law, certain choice of court clauses were prohibited and that those agreements that were already null and void because of that should be taken into account. Thus, the proposal reflected both possibilities in paragraph 1. As regards paragraph 2 of Article 4 of the draft text, it should be deleted since the matter was dealt with in paragraph 1 of the proposal of the delegation of the Russian Federation. With regard to the words "habitually resident in that State" in Article 4(2) of the draft text, he stated that he could not accept this term. He mentioned that in a recent major international project in Russia this wording almost destroyed the whole effort. Thus he suggested instead to only refer to "resident" since this would not change the meaning. As far as Article 4(3) was concerned, he could accept the wording more or less but suggested to add "national rules applicable to the said courts".

The Chair announced that Article 4(3) would be removed to another article in the Drafting Committee. He then invited discussion of Article 4(1).

An expert from the United States of America stated that his starting point was that the provision was not perfect but it generally worked. A couple of things could be improved however. He emphasised that it was important to keep in mind that Article 4 of the draft text related to the court designated whereas Article 5 referred to the court not designated. He did not see any benefit of adding the word "validly" as suggested in Article 4(1) of the proposal of the Swiss delegation. For him the main point of the proposals of the Russian Federation, Japan and Switzerland was the choice of law rule. He then reiterated that Article 4 related to the court designated and that against that background, that was the court the Special Commission should be comfortable with applying its own law. Therefore, unlike the Expert from Japan, he did not consider it necessary to spell this issue out again like the proposal of the Japanese delegation did in its final part of Article 4(1). He added that this would get too precise. He then stated that the proposal of the Swiss delegation would go further than the Japanese one, and that the proposal of the delegation of the Russian Federation picked that up as well in its Article 4(3). These two proposals made clear that the court may invalidate the agreement because the subject matter was not suitable. However, the Expert would be cautious to do that because it was the designated court. Under the assumption that the matter would fall under Article 1(2) and (3) the Convention would not apply and thus this rule was not needed. If the question was to apply the own law then this was self-evident so that it was not necessary to mention that expressly. The Expert therefore concluded that the proposals did not add clarity on the issue. As far as the proposal of the Swiss delegation on the question of *forum non conveniens* was concerned, he noted that there had never been a suggestion that common law countries would apply this rule in favour of a foreign court to an otherwise valid choice of court agreement. Even for exclusive choice of court agreements no application of the *forum non conveniens* rule had been foreseen. He then pointed out that the question whether courts could shift the case within the country was separate from the issue to shift a case to the court of other Member States. Here, in the opinion of the Expert from the United States of America, the drafting was not precise enough.

Un expert de la France s'exprimant sous réserve de la position que l'Observateur de la Communauté européenne pourrait prendre, estime qu'il convient d'être parfaitement clair. Il estime que, dans sa forme actuelle, l'article 4(1) ne peut donner satisfaction. D'une part le concept d'inopérabilité ne saurait être importé dans le domaine de l'élection de for. D'autre part et surtout l'expression « non susceptible d'être appliqué » doit être utilisée avec précaution en ce qu'elle paraît ouvrir la porte à l'utilisation de mécanismes discrétionnaires tels que le *forum non conveniens* qui n'ont pas leur place dans le projet de Convention. L'exclusivité de la clause implique en effet que le ou les tribunaux désignés par celle-ci ne pourront en aucun cas décliner leur compétence.

An expert from Germany announced that he had some concern regarding the issue of substantive validity. He had some

difficulties with the present text and the wording of the arbitration issue and therefore felt the need to make an effort to reach better rules. From the different proposals on the table the most extensive one seemed to come from Switzerland. The Expert shared the aim of more certainty. Regarding the proposal of the Japanese delegation, although it had been rejected in the working group, he thought it was useful to discuss it in depth because of its interesting content. The aim of the proposal of the Japanese delegation was that all courts decided according to the same law whether the clause was valid or not. The Expert from Germany considered this to be a brilliant idea because the Convention would not be needed when one accepted that three courts apply different rules. Thus he considered the proposal of the Japanese delegation to be one method to improve the text, and it could be a compromise between the side that did not want any changes and the side that wanted to harmonise the substantive law.

In his opinion, the harmonisation of choice of law rules was within the scope of the Convention and thus the Special Commission could deal with that proposal. The key element was to apply the law of the chosen court and that could be a step forward in the harmonisation of private international law. Therefore, if the Commission left substantive validity to national law, the Convention would not be a success. For the *forum non conveniens* issue, the Expert from Germany particularly liked the proposal of the Swiss delegation since the United States of America seemed to be fine with not applying this rule and thus they would accept to have a rule on that. It should be equally no problem to sell this rule in the United States of America. The Expert from Germany concluded that the Commission should concentrate on the work on exclusive choice of court clauses. The fact that it would be more difficult to forbid the application of *forum non conveniens* with regard to the non-exclusive choice of court clauses was another reason to reduce the work of the Commission and continue on the basis of the smallest common denominator.

An observer for the European Community (Commission) raised a main concern about the improvement of legal certainty. In his opinion, Article 4(1) should be as clear, explicit and safe as possible. Furthermore he felt the need for a reference to Article 3 in order to make clear that the chosen court must respect the standard of Article 3. If the word "only" was to be included in Article 3 then Article 4 should make positive reference to Article 3 but also Article 4 should impose in a negative way that jurisdiction was to be declined when the choice of court clause did not comply with Article 3. The court should equally decline competence if it was only the choice of court clause that made it competent. He therefore concluded that this connection between Article 3 and 4 should be made. With regard to the exclusive agreement issue he noted that if the Convention was restricted to exclusive choice of court agreements, the sentences of Article 4(1) of the draft text would be correct. However, if it went beyond that there might arise some problems that should be avoided by adding something to Article 4. He pointed out that the issue therefore depends on the question whether to restrict the Convention to exclusive choice of court clauses or not. As far as the arbitration issue was concerned, the Observer expressed his agreement to simplify much more the wording and mentioned that in general, he would be open for discussion. With regard to Article 4(2) of the draft text he just wanted the Commission to bear in mind the effects on the recognition side. He then went on, stating that he found it extremely important to clarify the *forum non conveniens* matter. In his opinion, the Convention had to forbid the *forum non conveniens* rule in international cases. There did not seem to exist any dissent in that regard and therefore it should be spelt out in the article. He then referred to the internal *forum non conveniens* cases which were a matter of internal law. However, he suggested to limit as much as possible this alternative when a specific court in the State had been chosen.

The Chair wanted to remind the Commission that the jurisdiction chapter only applied to exclusive choice of court clauses. Although there was a connection between Article 4 and Article 5, he nevertheless suggested to first limit the discussion on the main principles in Article 4(1).

An expert from Finland noted that there was no need for a choice of law rule in Article 4. However, if the Commission wanted to have such a rule, he could live with the proposal of the Japanese delegation. Furthermore he pointed out that whereas such a rule was not needed in Article 4, the matter was different in Article 5. Since the courts of the United States of America would, in the case of an exclusive choice of court clause, not exercise *forum non conveniens* at least in the international context, he would find it good to reflect that in the Convention. This should be an easy matter to solve by drafting. Regarding the internal *forum non conveniens* issue, the Expert from Finland associated himself with the Observer for the European Community.

La séance est levée à 18 h 05.

Procès-verbal No 13
Minutes No 13

Séance du lundi 8 décembre 2003 (après-midi)
Meeting of Monday 8 December 2003 (afternoon)

La séance est ouverte à 14 h 40 sous la présidence de M. Philip (Danemark).

The Chair announced the schedule for the day: firstly, the Commission would listen to the report of the Expert from New Zealand who had held the seminar on Articles 14 and 10 of the draft text. Secondly, the Chairman of the Drafting Committee would present the new draft text of the Convention, which would be discussed. Finally, the Commission would continue to deal with the remaining provisions of the draft of the informal working group. The Chair noted that it would not be possible to go through all the provisions of the new draft in detail. However, he hoped that one would have a complete draft soon so that the Commission could ask questions to the Drafting Committee as well as clarify issues. It was already foreseeable that the Commission would not manage to discuss all the new amendments to the text of the informal working group and therefore another meeting of the Special Commission was to be expected.

The expert from New Zealand who had held the seminar on Articles 14 and 10 of the draft text noted that the group

worked very well and had useful exchanges as to the implications of Articles 10 and 14. Regarding Article 10 of the draft text, some delegations faced real problems and raised serious concerns. The issue had already been discussed in two Conventions, the 1954 Convention on Civil Procedure and the 1980 Convention on Access to Justice (Arts. 14 and 15). Due to the existence of these two Conventions, the group felt that they should not stray in the access to justice territory. Therefore, there was a broad consensus that Article 10 of the draft text should be deleted. Even more concerns were raised with regard to Article 14 of the draft text. The group, however, recognised a political desire of one delegation to deal with the question of non-discrimination in an appropriate way. It therefore explored the possibility of a provision that was more focused on how the provisions of the Convention would apply. Thus, one proposed the following text: "The provision of this Convention shall not be applied in a matter that discriminates on the basis of nationality or habitual residence of one of the parties" ("les dispositions de la présente Convention ne doivent pas être appliquées de manière discriminatoire sur la base de la nationalité ou de la résidence habituelle de l'une des parties"). The group felt that a more focused provision of that kind could be of interest for the one delegation and more acceptable to others. It was announced that a report would be prepared that summarises the results of the seminar. There was one remaining concern relating to the question whether Article 14 of the draft text applied where procedural rules of a State applied in accordance with Article 9 of the draft text. The group decided that there should not be any application to national procedural rules. Nevertheless, this was a reasonable concern and it should therefore be left to the Drafting Committee to bring more position to the matter. It was proposed to possibly clarify the issue in the Explanatory Report.

Le Secrétaire général demande si la référence aux liens de la situation avec un État contractant a été éliminée à dessein de l'article 14.

Un expert de la Nouvelle-Zélande répond que la situation a bien été envisagée et discutée au cours du séminaire. La conclusion des discussions de ce groupe a consisté à considérer qu'il n'était pas nécessaire de se référer à la notion d'État contractant, d'autant que cela pourrait inutilement compliquer la situation. Il suffit de songer à l'hypothèse d'un jugement rendu dans un État contractant mais dont les parties sont originaires d'États non contractants. L'important est de s'assurer qu'il n'existe pas de discrimination à l'encontre des parties.

The Chair thanked the group of the seminar on Articles 14 and 10 of the draft text and noted that its results were accepted.

The Chairman of the Drafting Committee introduced Working Document No 39. With regard to the structure of the draft, he indicated that there had not been any major change, except perhaps in Chapter I. This Chapter, still entitled "Scope and Definition", could be renamed since it now contained all the basic rules relating to the scope of the Convention but also the rules defining and regulating the sole object of the Convention: exclusive choice of court agreements. Chapter II, on Jurisdiction, contained an Article 4 imposing on the chosen court a duty to exercise jurisdiction, an Article 5 imposing on the court seised but not chosen a duty not to exercise jurisdiction, and an Article 6 dealing with interim measures of protection. Chapter III, on recognition and enforcement contained a core provision, Article 7, as well as Article 8 and 9 dealing with procedural aspects and documents to be produced. Article 10 could now be deleted. Turning briefly to Chapter IV, the Expert stated that the issue of legalisation had been moved from Article 8 to this Chapter because it was of a general nature.

With regard to the content of the draft, he explained that the general title had been changed, in order to reflect the limitation of the scope of the Convention to exclusive choice of court agreements. The preamble had also been changed accordingly.

Article 1(1), on the scope of the Convention, had not been substantially changed, except that it now explicitly referred to exclusive choice of court agreements. In Article 1(2) it had been clarified that all kinds of choice of court agreements in business-consumer and labour relations were excluded. The *chapeau* of Article 1(3) had been amended so as to reflect the idea that some matters which might be covered by a broad choice of court clause were excluded from the Convention. He pointed out that there was a clear link between Article 1(3) and (4). Paragraph 3 namely now clearly stated that the Convention should not apply to proceedings that had as their main object "à titre principal" any of the matters cited in sub-paragraphs *a)* to *m)*. Following the decision made by the seminar on intellectual property, it had been chosen not to include a definition of the concept of incidental question, and not to make a reference to the issue of recognition and enforcement in paragraph 4. However, he indicated that footnote 1 (under Art. 7) made it clear that the issue was still open. The list of exclusions in Article 1(3) had not been substantially amended. There was a change to sub-paragraph *c)* in order to take on board a concern expressed by the Expert from Russia: reference was now made of "other family law matters, including matrimonial property regimes" etc. Sub-paragraph *f)* had also been amended to follow the position taken by the seminar on admiralty: the first square brackets had been removed and the second ones retained. Sub-paragraph *g)* was also changed to manifest the view that only antitrust matters should be excluded. The Expert from Austria recognised that the English version might not be absolutely clear as it referred to competition (a term which could be understood as including situations of unfair competition). However, he stressed the importance of reading the English text in the light of the French version, which mentioned "les entraves à la concurrence", but not "la concurrence déloyale". Sub-paragraph *j)* had been clarified in the sense that also the validity of decisions of the organs of legal persons is excluded from the scope of the Convention. Sub-paragraphs *k)* and *l)* now both deal with the matters covered by sub-paragraph *k)* of the previous draft. The new sub-paragraph *k)* contained those intellectual property rights on which there had been consensus to exclude litigation about their validity from the scope of the Convention. Sub-paragraph *l)* dealt with other intellectual property rights to be excluded, which remained to be discussed. Validity litigation concerning the rights listed in sub-paragraph *k)* was excluded from the scope regardless of whether they existed in a registered or an unregistered form. The "other intellectual property rights" mentioned in sub-paragraph *l)* would only be excluded from the scope of the Convention if their validity depended on or arose from registration. He made it clear that if only sub-paragraph *k)* was to be retained, it was clear that copyright was not covered by this exclusion because the rights excluded would be listed explicitly. However, if an additional more general exclusion along the lines of sub-paragraph *l)* was agreed, then it was necessary to specify that copyright was not covered by this sub-paragraph. As to Article 1(5) to (7), he indicated that the Drafting Committee had not had a clear mandate to change anything. He nevertheless stated that paragraph 5, which in a sense dealt with the relationship between this Convention and the New York Convention, needed to be debated again in the context of the disconnection clauses. Paragraph 6 had been agreed and paragraph 7 did not seem to harm. Article 2 was a core provision, a basis for the application of Articles 4, 5, 7. The definition in Article 2(1) now included a reference to the formal requirements of Article 2(3) which had originally been

contained in Article 3. The change was necessary to clarify that if the formal requirements were not met, then the choice of court agreement could not fall within the Convention. Article 2(2), defining exclusive choice of court agreements seemed clear. Article 2(3) referred to the formal conditions, as reduced after the plenary discussion. Article 2(4) had been added to respond to the concern raised by the delegation of New Zealand in the context of Article 4. Since the same concerns could equally affect Articles 5 and 7, it had seemed important to tackle the problem in Article 2. Article 3 contained other definitions. The definition of judgments had sustained a minor change, with the inclusion of the reference to an officer of the court. Article 3(2) had not been changed but could possibly need to be deleted if other conventional provisions (in particular Art. 4(4), 5 *f)* and 16) were rearranged. Article 4 dealt with the chosen court. The underlying principle was that this court had jurisdiction under the Convention and was obliged to exercise it. The consequence, the exclusion of international *forum non conveniens*, was manifested in paragraph 2. The elements placed in square brackets *in fine* of paragraph 3 needed to be discussed. The exceptions listed in Article 5 *a) – c)* reflected the compromise reached. Referring to the position taken by the delegation of China, the Expert added that there was still a policy choice to be made in this regard, as Article 5 covered situations in which the chosen court is a court of a third State. The new sub-paragraph *d)* was intended to cover the notion of inoperability (because of factual situations such as war or civil war). It was left open whether this was absolutely necessary. In this context, the Chairman of the Drafting Committee noted that there was a discrepancy between the English and the French version of sub-paragraph *d)*. The term "reasonably" had been agreed on by the Committee and the French version should also be understood as including the word "raisonnablement". Turning to Article 6, he stated that it was clear that the Convention did not exclude provisional measures available under the domestic law of a Contracting State, but did not require them either. This was mirrored in the expression "under the law of the State of the court". Relating to Article 7, the Expert indicated that the decision made by the plenary that a more liberal regime of recognition and enforcement under domestic law or another international instrument could be accepted was reflected in the use of the terms "may be refused". He stressed that this wording was traditionally adopted in Hague Conventions. Article 7(1) contained the term "designated". He noted the importance of this word, explaining that it was not necessary that the court of origin had based its jurisdiction on the choice of forum clause. This formulation made it possible to cover judgments given in internal cases not covered by Article 4 and in cases where the court of origin had based its jurisdiction on other grounds than the choice of court agreement. This could be altered by the use of Article 15 and 16[1], but these raised policy issues, which still needed to be discussed. Focussing on the grounds for refusal (para. 1 *a)* to *f)*) he explained that sub-paragraphs *a)* and *b)* reflected the compromise reached, with the addition of the "unless proposition" based on the idea that if the validity of the agreement had been formally determined by the court of origin, there was no need for a second check. Sub-paragraph *c)* dealing with the service of documents had been discussed, and there was one policy issue left, namely whether to use a factual or legal concept. The latter would take the law of the State where the service took place into account. The Drafting Committee had retained the factual approach, as contained in the text of the informal working group proposal, in order to flag the issue and had added the proposal of the Japanese delegation, which used a legal approach, in square brackets in order to facilitate the discussion. Sub-paragraph *e)* still needed to be debated, while sub-paragraph *f)* merged the former sub-paragraphs *e)* and *f)* in just one paragraph. This decision could raise some concerns and these concerns explained the exceptional inclusion of footnote 2. Article 7(2) included the proposal of the Swiss delegation relating to findings of fact. Article 7(3) had also been changed. It did not use the notions of final or binding as they raised complicated problems. The concept of recognition was not defined and reference was merely made to the judgment having "effect"; for the purpose of enforcement, however, the condition of enforceability according to the law of the State of origin was stressed. Article 7(4) dealt with non-final judgments (in the situation where appeals are pending or still available). The principle was that the addressed court should have some discretion. The idea that the decision was without prejudice (as was mentioned in the previous draft) had been retained but clarified in the second sentence. The Expert added that there was an agreement on the idea that national laws were free to implement it in any way. Article 8 dealt with the documents to be produced: paragraph 1 referred to the documents which had to be produced in any case, paragraph 2 with those which had to be produced if the court so requested, and paragraph 3 with an optional form recommended by the Hague Conference. The wording of paragraph 3 was still open for drafting; it needed to allow the Hague Conference to recommend (and change) certain forms without changing the Convention. It had been decided and it was clear that the form was optional with no binding effect. But if this was mentioned in this provision as suggested by the German Expert, it could give an (inappropriate) argument *a contrario* with respect to paragraph 1 and this should be avoided. Article 9 was unchanged; Article 10 was now to be deleted, according to the plenary decision. Finally Article 13 *a)* was moved from the previous Article 8 to Chapter IV where it belonged (as it was not only relevant to Chapter III, but also to Chapters I and II).

The Chair thanked the Drafting Committee for the draft and the work connected with it. He announced that it was clear that the Commission would not have the time to take a full discussion on the document during this meeting. However, he invited the delegates to make comments on the more important matters of the Convention. He suggested to proceed on an article by article approach and leave the Preamble aside since it had not really been changed.

An expert from Germany noted that Article 1(4) of Working Document No 39 only referred to Article 1(3) of the same document. He wondered whether the former provision should not also refer to Article 1(2) *b)* of the text of the Drafting Committee since an employment contract could also arise as an incidental question.

The Chairman of the Drafting Committee stated that this issue had been discussed but that no cases were found where it could become relevant.

An expert from New Zealand stated that if there was a dispute between the parties to an individual or collective employment contract, it should always be excluded since it could not be incidental. However, in the case where the parties were not linked by an employment contract, as in the case of sale of business including employment contracts, Article 1(2) of Working Document No 39 did not apply.

The Chair mentioned that the Drafting Committee could think about that issue and take the example of the sale of a business case of the Expert from New Zealand into account.

The Chairman of the Drafting Committee supported the view of the Expert from New Zealand that the case of an employment contract between the parties could not arise as an incidental question.

[1] See, in this volume, Annex of Prel. Doc. No 22 of June 2003 for the draft text resulting from the Third meeting of March 2003, *supra*, p. 106.

Procès-verbal/Minutes No 13

The Chair doubted whether this fact was obvious enough for the reader of the Convention.

An observer for the International Trademark Association had always understood that the validity of patents and trademarks was excluded from the Convention. However, according to the new text of the Drafting Committee that did not seem to be the case anymore which she found quite disturbing. The main problem lay in the *chapeau* of Article 1(3) which contained the words "as their main object". In the view of the Observer, adding these words to Article 1(3) would mean that if proceedings raised the validity of patents or trademarks not as the main but as a subsidiary object, it would become subject to the Convention. For that reason, the provision on the incidental question was quite acceptable for the Observer but only if the words "as their main object" were deleted.

The Chair considered this to be a mere drafting problem.

The First Secretary (Ms Schulz) noted that the concern of the Observer for the International Trademark Association had been mentioned in the Intellectual Property/Article 1 Group and discussed there at length. The group felt that it was very important to look at the English and the French version together. From the French version it became quite clear that things would either fall under the *chapeau* of Article 1(3) or under Article 1(4). Thus there was only the distinction between the category of the main object or the category of the incidental question. The First Secretary reiterated that, although some national laws might not know the strict distinction between "à titre incident" and "à titre principal", one needed to look at the French and the English version together. Thus there was no ambiguity in the text of Article 1(3) and (4) of the text of the Drafting Committee as to what was meant. Moreover, it was quite common for States to further define Convention concepts unknown to their national law in implementing legislation.

An expert from the Russian Federation could not see the reflection of any of the Russian ideas.

The Chair noted that in his view, there were certain ideas of the proposal of the delegation of the Russian Federation included, however, only as far as they were supported.

An expert from the Netherlands wondered whether there had been an agreement on the proposal of the Chinese delegation in Working Document No 8 that related to the exclusion of purely domestic cases. If that was the case, the text of the Drafting Committee did not seem to reflect that at all. Furthermore, he would like to add an additional sentence to Article 1(4) of the text of the Drafting Committee such as: "The judgment shall have effect only as between the parties". This could also be done in a footnote.

Un expert de la Suisse souligne que l'on ne peut en aucun cas se satisfaire d'une simple note de bas de page. Il met en exergue l'importance d'inclure la question au sein du chapitre III sur la reconnaissance et l'exécution et invite à reprendre les discussions sur ce point.

The Chairman of the Drafting Committee wanted to react to a point made by the Expert from the Netherlands with regard to territorial scope. He stated that the assumption was that the Convention should not contain any general rule regarding the territorial scope. However, Article 4(4) and 5 *f)* of the text of the Drafting Committee dealt with territorial scope directly, Article 7 indirectly: Article 7 of the Drafting Committee text did not exclude judgments given in purely internal cases. They could be recognised under the Convention (if the court of origin was designated in an exclusive choice of court agreement). Article 16 contained limitations to that principle which had to be discussed. Thus, the working method was not to include a provision relating to the territorial scope in Article 1 but to define the scope of the Articles concerned in the respective Articles.

An observer for the European Community (Commission) did not have any fundamental point to add. However, he wanted to make a few comments. Firstly, the text should make it clear that there was no grey zone between "main object" in Article 1(3) and the "incidental question" in Article 1(4) of the Drafting Committee text. Secondly, issues like tenancies of immovable properties and the general reserve about intellectual property needed further reflection. Thirdly, Article 1(5) should not be redrafted since it was not clear what to do with it yet. Finally, there was an interest to add provisions concerning the relation to the New York Convention. All the mentioned issues deserved further reflection.

The Chair asked the members of the Commission not to go into drafting points.

An expert from Germany thought that Article 2(4) lead to a misunderstanding which could be avoided by adding the words "for purposes of this Convention" in it. Furthermore, the second sentence of this provision would produce confusion, as a choice of court agreement was a contract too. It therefore needed to be clarified that the second sentence related to the case mentioned in the first sentence.

The Chair reiterated that members of the Commission should not make minor points now since this was no drafting meeting.

An expert from China thought that Article 2 of the text in Working Document No 39 was needed for Article 4 and 5 of the same text. However, it was suggested to change the wording in Article 2(1) and (2) from "one State" into "one Contracting State".

The Chairman of the Drafting Committee noted that the wording of "one State" in Article 2 of the Drafting Committee text was the consequence of the logic of Article 5 of the same text. If one wanted to change the wording, one would get a different concept.

The Chair stated that the second reading of the draft would not take place this time.

Un expert de la Suisse, se référant au nouvel article 4 tel que proposé par le Comité de rédaction (Doc. trav. No 39), fait observer que l'inclusion entre crochets du terme uniquement («only» dans la version anglaise) n'est pas satisfaisante, dans la mesure où une personne ne connaissant pas le sujet ne peut réaliser l'ampleur et la nature du problème que ces termes cherchent à résoudre. Il se demande si le Comité de rédaction ne pourrait essayer de trouver une solution plus précise et plus facilement compréhensible.

The Chairman of the Drafting Committee referred to the meaning of "only" in Article 4(4) of the Drafting Committee text which stood in brackets. According to Article 3(2) of the same text, a legal person could easily have more than one habitual residence, and four habitual residence States at the maximum, which the Expert illustrated by an example. The problem was therefore how one should deal with such situations under Article 4(4) or 5 *f)*. The example given could not be seen as a purely internal case since one party would be of international nature. In order to flag this problem, the word "only" was put in brackets though since this issue had not yet been discussed in plenary. The Expert thought that it

would be possible to find a clearer wording. However he did not expect that to be easy. Furthermore, he pointed out that the same issue arose in Articles 15 and 16 of the text of the informal working group, since they all contained references to habitual residence.

The Chair suggested solving that issue in the definition part of the Drafting Committee text in Working Document No 39.

An observer for the European Community (Commission) suggested to delete paragraph *d)* regarding Article 5 of the Drafting Committee text. He pointed out that at the moment where the Commission discussed the performance questions, they did not have a concrete text to work on. However, as the Commission now had Article 5 *c)*, it would be comprehensible to read Article 5 *c)* and *d)* together so that paragraph *d)* should not be part of the Convention anymore.

The Chair suggested that the Drafting Committee should take care of the matter.

An expert from the United States of America noted that, with regard to Article 7(1) of the text in Working Document No 39, this provision would be much clearer if it contained the wording "even if the jurisdiction in question was not based on the choice of court clause" since he thought that it was likely that the provision could be wrongly read otherwise. Adding such a wording would help greatly for the transparency of the provision.

The Chair asked the Drafting Committee to bear in mind the issue that the Expert from the United States of America had raised.

Un expert de la Suisse formule une remarque quant au certificat annexé au projet de Convention. Rappelant que sa délégation a soumis un Document de travail proposant un certificat alternatif, il demande quand il sera possible d'ouvrir le débat sur ce sujet.

The Chair wanted to discuss the matter later that afternoon if there was enough time.

An expert from Israel, with regard to Article 13 *a)* of the text of the Drafting Committee, wondered whether the term "legalisation" would include *apostille*.

Two experts from Austria and New Zealand noted that the text had been taken from the 1996 *Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* and the 1999 Hague Convention on the Protection of Adults.

An expert from Israel considered whether the provision needed an amendment to be a drafting matter.

The Secretary General indicated that *apostille* should be understood as being included in the term of "legalisation or any analogous formality" as used in Article 13 *a)* of the Drafting Committee text.

An expert from Israel emphasised that it was important to have some way to ensure that a genuine translation of the judgment was submitted by the party seeking the enforcement.

The Chairman of the Drafting Committee noted that the question of translation was covered by Article 8(4) of the Drafting Committee text in Working Document No 39. Furthermore, Article 9 stated that national procedural law applied. Thus, there was no need for further provisions on certified translation.

Un expert de la France indique qu'il lui semble que la formulation de l'article 13 résultant du Document de travail No 39 est à la fois claire et suffisante. L'absence de légalisation ou de toute formalité analogue n'ouvre en aucun cas la porte aux faux.

The Chair terminated the discussion of the Drafting Committee work for the time being but intended to come back to it. He was grateful that the Drafting Committee had come this far. Then he suggested to concentrate on the last articles of the draft of the informal working group and to start with Article 15.

The First Secretary (Ms Schulz) started her introduction by stating that Article 4 of the draft text contained the basic rule on jurisdiction. Article 4(4) of the Drafting Committee text stated that the Convention would not apply if all the parties were habitually resident in the State of the designated court since that represented a purely internal case from the point of view of the court chosen and seised. Article 15 of the draft text, however, related to the opposite situation, namely where all elements were connected with one single State except for the choice of court agreement. Some States did not wish to burden their courts with such "unconnected cases". It was clear that if one dealt with these cases under Article 4 of the draft text, it would not leave much of the Convention. Therefore, it was decided that one should allow States to make a declaration to exclude certain categories of cases. However, in order to avoid too big a limitation, it was suggested to allow such a declaration only at the moment of ratification or accession. This declaration could, however, be withdrawn at any later stage.

An expert from Slovakia wondered about the consequence of such a declaration on the choice of court agreement itself and asked the Commission whether it would render the choice of court agreement null and void.

The First Secretary (Ms Schulz) answered the latter question by referring to Article 5 *e)*. Article 5 of the text of the Drafting Committee stated that a court seised but not chosen should suspend or dismiss the proceedings unless the chosen court had decided not to hear the case. Although under Article 15 of the draft text it was not the chosen court itself which decided but the State of the chosen court, the choice of court clause would nevertheless become inoperable because it would otherwise lead to a denial of justice.

Une experte du Canada rappelle que le Document de travail No 36 est lié à cette disposition. Elle indique qu'en particulier, l'une des options proposées consiste à amender les articles 15 et 16. Elle demande s'il convient de débattre de cette proposition immédiatement.

The Chair noted that the Expert from Canada herself indicated a relation to Article 16 of the draft text. Since there was no objection to Article 15 of the draft text, this Article was considered to be agreed on and the Commission would therefore move on to the discussion of Article 16.

The First Secretary (Ms Schulz) gave a short introduction on Article 16 of the draft text. She stated that Article 16 would supplement Article 5 *f)* of the text in Working Document No 39 since it related to an internal case of the requested State. Article 5 *f)* did not oblige a State to suspend or dismiss the proceedings if it was a purely internal case to the court seised but not chosen. If the parties obtained a judgment of

Procès-verbal/Minutes No 13

the chosen court which related to a purely internal case of the requested State (which could have assumed jurisdiction because of Art. 5 *f)*), a declaration under Article 16 would allow the requested State not to recognise and confirm the judgment. As to the point in time when the declaration of Article 16 of the draft text was to be made, the same limitations as in Article 15 of the draft text applied. Thus, the declaration was only possible at the moment of ratification or accession and could be withdrawn at a later stage.

An expert from the United Kingdom stated, with regard to the consequences arising from the concept of habitual residence, that the insertion of the word "only" in the part of Article 16 of the draft text that dealt with habitual residence was a policy question that had to be decided by the Commission.

The Chair added that an insertion of the word "only" would be done in brackets then.

Working Document No 44

An expert from China drew the attention to the proposal of the Chinese delegation relating to Article 16 of the draft text in Working Document No 44.

An observer for the International Trademark Association wondered whether the parties could argue the dispute in their home country when they had received a judgment from the chosen court and they returned to their home country that had made a declaration under Article 16 of the draft text.

The Chair considered this to be a good question that he would answer in the affirmative.

An expert from New Zealand stated, with regard to the question raised by the Observer for the International Trademark Association, that the declaration would only prevent the enforcement under the Convention and thus an enforcement under national law was possible. Furthermore, if the judgment was not enforceable under national law, it would not have any status but it would be for the relevant domestic law to decide if there would be a preclusion or not.

The Chair stated that the best solution was no declaration under Article 16 of the draft text.

An expert from China apologised for having two documents since proposal in Working Document No 44 related to the proposal in Working Document No 8. The aim of the proposal in Working Document No 44 was to exclude all purely domestic cases from the scope of the Convention by a system of declarations. Article 16 *b)* of the proposal of the Chinese delegation reflected the definition of a purely domestic situation.

Un expert de la France, se référant au Document de travail No 44 proposé par la délégation de la Chine, indique que le paragraphe *a)* est certainement acceptable dans la mesure où il consiste en une disposition miroir des articles 4 et 5 au stade de l'exécution. Il ajoute qu'en revanche, le paragraphe *b)* semble aller trop loin. Il comprend la raison d'être de la suggestion de la délégation de la Chine, laquelle a pour effet de ne pas reconnaître les jugements rendus sur le fondement d'une clause d'élection de for donnant compétence aux juridictions d'un État alors que tous les éléments du litige se rattachent à l'État ayant fait la déclaration. Il indique néanmoins qu'une telle disposition laisse peser sur d'autres États l'interdiction de donner effet à des clauses d'élection de for dans des litiges purement internes. Par conséquent, il estime qu'il conviendrait plutôt d'envisager de nouveau la possibilité d'inclure dans la Convention une disposition portant sur le champ d'application territorial de cet instrument.

An observer for the European Community (Commission) who had no firm position on the matter suggested to be open to reflect on the proposal of the Chinese delegation in Working Document No 44 and not just to put it away. The case of a judgment that related to a purely internal case and that should be enforced abroad was an interesting issue. Furthermore, one should allow States to reserve their right not to accept enforcement.

An expert from the United States of America would prefer not to include the amendment in Article 16 of Working Document No 44. It was a very rare situation where everything was limited to one jurisdiction. He stated that in some way that could be the easiest type of enforcement since there was no connection to the court where the enforcement was sought. Like the French Expert, he therefore favoured not to include the proposal.

An expert from Portugal wondered at what point in time a situation would be considered to be purely internal. Was that at the time of the agreement or at the time of the decision?

An expert from New Zealand thought that there was an international element as soon as one needed to enforce a judgment in another State. This approach had been taken as well in the New York Convention. Therefore, it was a policy matter whether the Commission wanted to follow the same path. He thought that it was most appropriate that the court had jurisdiction where the case included an international element.

The Chair would find it strange to consider that a situation would be internal on the basis that the parties were in the same country at the time of the enforcement while they were not in the same country at the time of the proceedings.

An expert from New Zealand considered that there was no need for a definition but reiterated that the Convention would only be applicable if enforcement was sought in a State where the judgment had not taken place.

The Chair considered it to be a good solution to have a definition in the Convention of what is purely national.

An expert from New Zealand reiterated that an international element at any stage would be sufficient to make the case international.

An expert from Austria thought that the approach of the Expert from New Zealand would go beyond Article 16 of the draft text. He noted that the wording in Article 5 *f)* and Article 4(4) was clear as these provisions were written in the present tense and thus referred to the moment when the court decided, and not to the time when the choice of court agreement was concluded. If the Commission really wanted something different, the text would have to be changed. He suggested not to look too much for a definition of a purely internal case but to focus on the conditions in Article 4(4) and 5 *f)* of the Drafting Committee text and Articles 15 and 16 of the draft text of the informal Working Group.

The Chair considered the concern raised by the Expert from Portugal as being a serious one that had to be solved.

An expert from Finland noted that it was very difficult to come up with a proper definition. In many cases, the habitual residence of the parties was in the same State. He announced that he could live with the current draft text as it was.

The Chair stated that the Commission could alternatively delete Article 16 of the draft text.

An expert from China could understand the concern raised by the Portuguese Expert. That was the reason why China presented a proposal that related to the geographical scope of the Convention. The Expert could equally understand that a common definition was not easy to find. However, it was very important to try to explore it and possibly have a seminar. It would be a shame to lose the opportunity to reach the aim of uniform application of the Convention (Art. 17 of the draft text).

An expert from the United Kingdom supported the Chair in the view that any relevant time was right for the moment to judge whether there was a purely internal case. Therefore, it was suggested to amend Article 16 of the draft text and change the wording into "habitual residence in the State addressed at any relevant time". Whereas the relevant time with regard to Articles 4 and 5 of the text in Working Document No 39 was the time of the proceedings, the Expert suggested that one could likewise look at both the agreement time and the time of the proceedings. In general, the approach of any relevant time throughout the Convention was favoured.

Un expert de la Suisse indique partager partiellement les vues exprimées dans les interventions précédentes. Il importe, néanmoins, selon lui de ne pas tenir compte de l'internationalité du litige au moment de l'exécution. En effet, on pourrait envisager que des parties, au stade de l'exécution, déplacent leur résidence habituelle dans un autre État afin de se soustraire à la Convention. Estimant que de telles manœuvres doivent être évitées, il fait valoir que le lieu de résidence habituelle des parties ne devrait pas être considéré au moment de l'exécution et indique que la Convention de New York ne contient pas de dispositions similaires. Si l'on s'oriente vers l'appréciation de l'internationalité de la situation à tous les autres stades de la procédure, il indique qu'il convient de réexaminer les articles 4 et 5 dans la mesure où il est important que les parties elles-mêmes sachent si la clause d'élection de for est valable au moment de l'accord. Il insiste sur l'importance d'éviter toute improvisation à ce stade et de se laisser le temps de discuter de ces aspects.

The Chair felt that the Commission needed a proposal on that issue in order to keep it in mind. Furthermore, he noted that the Swiss example could be reverted. The Chair had the impression that it would be best to delete Article 16 altogether but due to the lack of a proposal he felt unable to do so. Since there was no support for the proposal of the Chinese delegation in Working Document No 44, the discussion on it should not be continued. The Chair noted that the Commission had discussed Article 16 of the draft text and that this Article was subject to the solution of the Portuguese question. He then proposed to move on to Working Document No 36 from Canada.

Working Document No 36

An expert from Canada stated that the problem dealt with in Working Document No 36 might not only be a particular problem of Canada and equally concern other States. She indicated that Canada had set out a brief explanation in the document. The principal point was the public policy exception in order to avoid jurisdiction, recognition and enforcement provisions of the Convention where judgments for damages for certain raw materials were at stake. The Expert therefore preferred a more transparent provision and proposed three options. The first option was to insert an exclusion from the scope into Article 1 of the draft text of the Convention (Art. 1(3) of the proposal of the Canadian delegation). The second option provided for a declaration system much like in Article 15 and 16 of the draft text, see Article 15 *bis* and 16 *bis* of the proposal of the Canadian delegation. The third possibility was a declaration under Article X of the Canadian proposal. The language of the second option of the proposal was taken from legislation in Canada. The Expert mentioned one error in the English version of Article 16 *bis* of the proposal of the Canadian delegation: In the second to last line the wording was supposed to be "raw materials" instead of "minerals".

An expert from the United Kingdom wondered whether it was really necessary to have such a broad scope of the provision since the term "raw materials" could cover a vast number of materials. He therefore preferred to limit the exclusion to asbestos.

The expert from Canada recognised this difficulty and felt obliged to retain the terminology as used in Canadian domestic law.

Un expert de la Suisse fait observer que divers problèmes sont susceptibles de surgir à un moment dans un pays donné, à un autre moment dans d'autres, sur une autre matière ou dans un autre secteur. Il indique que l'option 3 du Document de travail No 36 paraît intéressante dans la mesure où elle permet de viser des situations variées. Quoiqu'il ne souhaite, en aucun cas, encourager l'utilisation de réserves, il indique qu'il pourrait être nécessaire d'y avoir recours. Ainsi, l'absence de protection dans le cadre de l'article 5 de l'application efficace des dispositions impératives relatives aux hypothèses de trafics financiers répréhensibles par exemple, impose d'envisager l'utilisation de réserves. Il n'est pas certain qu'il conviendra de limiter la possibilité de déclaration au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation ou de l'adhésion de la Convention dans la mesure où de nouveaux problèmes pourraient émerger dans un État déjà partie à la Convention. Dans une telle situation, il serait approprié de ne pas obliger cet État à dénoncer l'instrument auquel il est partie pour pouvoir faire face à ce cas nouveau.

The Chair wondered whether the proposal of the Canadian delegation only related to tort cases. In many cases, parties would not have agreed on a choice of court clause there.

An expert from Canada stated that since the Convention did not exclude tort damages, it would be obligatory to seek an exception. Moreover, product liability cases, which were considered as tort cases in many States, would often have a contract and a choice of court clause as their basis. Together with the Expert from Switzerland, she agreed on the third option of the proposal, Article X and stated that such a provision would not only solve the Canadian problem but equally help other countries in making the Convention text more durable.

The Chair clarified that a provision like Article X of the proposal of the Canadian delegation would be open for any kind of exception.

An expert from the United States of America associated himself with the Expert from the United Kingdom in that an exclusion for asbestos would not be problematic at all. He was very concerned about the language in option two of the proposal of the Canadian delegation that was too broad. A fundamental problem existed with option three of the proposal that was supported by Switzerland. Article X was drafted in such a vague way that nobody would know what it meant. Therefore, the Expert considered Article X to be too big a hole for just a limited type of cases.

An expert from the United Kingdom agreed with the Expert from the United States of America that option three of the

Procès-verbal/Minutes No 13

proposal of the Japanese delegation (Article X) was unacceptable since it took the value of the Convention away. Under Article X, it was possible to determine anything as a special field under national law and the Expert from Switzerland even proposed that this shall be possible at any time. The Expert favoured a narrowly drafted provision and encouraged the delegation of Canada to examine whether it really needed a provision in the Convention that mirrored the national legislation.

Une experte du Canada remercie les intervenants de leurs commentaires. Elle explique que dans l'option 3 (art. X du Doc. trav. No 36), la formulation a été reprise de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits* et rappelle que cette disposition a été considérée comme acceptable dans le cadre de cet instrument. Elle reconnaît toutefois qu'il semble que la question ne se prête pas à résolution pour le moment et envisage, par conséquent, de reposer le problème à un stade ultérieur, en tenant compte des commentaires formulés.

Un observateur de la Communauté européenne (Commission) se dit favorable à cette solution temporaire. Il fait valoir qu'il importe que le nombre et le domaine des réserves soient aussi limités que possible, quoiqu'il comprenne les difficultés rencontrées par la Chine et le Canada. Dans cette mesure, il estime qu'il serait préférable d'éliminer l'article 16 plutôt que de l'alourdir de conditions.

The Chair considered Article 16 to be adopted as it stood.

Article 17

An expert from the Russian Federation questioned whether Article 17 of the draft text really was a standard provision. Furthermore, he did not see any legal sense in Article 17 as it was not in line with international law on the interpretation of treaties. He would therefore prefer a provision like in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Since there was a treaty of public international law, the interpretation of other treaties would be governed by the rules of that treaty. He therefore considered the provision from the point of public international law to be unsustainable and proposed its deletion.

An expert from Spain agreed with the Observer for the European Community (Commission) with regard to the standard clause. She mentioned Article 13 of the recent *Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary* (Conv. XXXVI) and Article 16 of the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods* (Conv. XXXI) to support her view. For that reason she did not see any need for discussion of the provision in Article 17 of the draft text.

An expert from Finland added that such a provision was not only found in Hague Conventions but also in United Nations instruments.

The Chair stated, since the proposal of the delegation of the Russian Federation on the deletion of Article 17 of the draft text did not get any support, that Article 17 would remain in the Convention and the Commission could move on to Article 18 to which a proposal of the delegations of China, Canada and Australia had been submitted in Working Document No 37.

Working Document No 37

An expert from China thanked the Canadian delegation for the translation of the proposal in Working Document No 37 into French. He indicated that the amendments to Article 18 were highlighted in bold letters. The aim of the proposal was to extend the interpretation of Article 18 of the draft text in general in order to cover some important cases. Regarding Article 18 *b)* of the common proposal, the word "habitual" was deliberately placed in brackets since it was not decided yet whether it should be "habitual residence" or just "residence". Article 18 *c)* and *d)* of the common proposal that referred to the terms of "court/courts of a State" and "connection with a State" should allow lawyers and judges to better understand and apply the Convention in the context of a State with different legal systems. He pointed out that in China there was a distinction between the residence in Macao, the residence in Hong Kong, or the residence in mainland China. For that reason he thought that the proposal would help to apply the Convention to multi-unit States.

An expert from Spain did not really want to give a comment on the substance of the provision since the Commission could discuss that at a later stage. However, she pointed out that the title used the words "multi-unit States" whereas the current practice in international instruments used the wording "non-unified legal system" or, in French, "ordres juridiques non unifiés". The former term was used first in the *Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary,* taking into account the particularity of the subject matter of the Convention and where the problem was not always linked with a non-unified legal system. She added that this new term had also created a lot of problems with the translation. Thus, the Expert from Spain would prefer to use, as was customary, the wording "non-unified legal system" or in French "ordres juridiques non unifiés".

An expert from the United Kingdom expressed her support for the proposal in Working Document No 37 by stating that she had no preference as to the terms used in the title.

An expert from the United States of America stated that he had no difficulties with the proposal in Working Document No 37 since he was equally undecided as to the choice of the terms in the title. He recognised that the problem of the relevant territorial unit was an important element of some States.

An expert from Canada noted, in responding to the Expert from the United States of America, that it was clear that the definition of the territorial unit would need further and serious discussion. Like the Expert from Spain, the Expert from Canada was prepared to come back to this issue at a later stage. Furthermore, she did not have any objection in returning to the usual title. However, one should avoid the term "federal" since it did not apply.

An expert from the Netherlands wondered, with regard to Article 18 *b)* of the common proposal in Working Document No 37, whether a contract between a party from New Brunswick and a party from Quebec would be seen as an international contract.

An expert from Canada answered that the contract would of course not be an international contract, stating that Working Document No 42 would address this question.

An expert from the United States of America thanked the Expert from the Netherlands for raising this issue. With regard to the relation between Article 5 and Article 21 of the draft text, he noted that the relevant territorial unit in Article 21 of the draft text could be as well a country as a whole. He felt a need to clarify that issue.

The Chair suggested to wait for this issue until the Commission discussed Article 21.

An expert from the United States of America stated that he only talked about it earlier because he saw a certain link. Additionally, he wanted to make sure that it was clear he was not completely satisfied, and he therefore wanted the text to be put in brackets.

An expert from the United Kingdom could imagine supporting the idea voiced by the delegation of the United States of America that a territorial unit could also be a State as a whole. However, this issue had to be addressed in the Drafting Committee.

The Chair decided to leave the issue hanging and discuss Article 21 of the draft text since there were no serious objections, except for some request for clarifications. He announced that a proposal of the delegations of China and Canada had been submitted in Working Document No 42.

Working Document No 42

An expert from China introduced the proposal in Working Document No 42 and thanked the delegation of Canada for the French translation. In the proposal, two paragraphs were added to Article 21 of the draft text, paragraphs 4 and 5. According to Article 21(4), a Contracting State shall not be bound to apply this Convention within its different territorial units where it had two or more territorial units in which different systems of law applied. Article 21(5) stated that the court in such a State shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State by reason that the judgment had been recognised or enforced by the court in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention. However, this would not preclude the judgment creditor from seeking recognition or enforcement in another territorial unit of the same State by starting fresh recognition or enforcement procedures under the Convention.

Un expert de la Suisse avoue qu'il n'est pas spécialiste de ces questions d'application conventionnelle aux systèmes de droit non unifiés mais se demande si les paragraphes 4 et 5 de l'article 21 ne devraient pas être intégrés dans l'article 18. L'article 21 est en effet placé dans le chapitre V du projet (clauses finales), portant sur les conséquences de l'adhésion d'un État non unifié sur ses diverses unités territoriales. En revanche, les paragraphes 4 et 5 proposés dans le Document de travail No 42 se réfèrent au problème de savoir si l'accord d'élection de for pourrait avoir des effets dans des litiges inter-territoriaux. Il fait toutefois observer que, dans leur rédaction actuelle, les articles 18 et 21 (tels qu'amendés par la proposition chinoise) semblent être contraires, l'article 18 tendant à assimiler l'unité territoriale à un État, tandis que les paragraphes 4 et 5 de l'article 21 sont basés sur l'idée inverse. L'Expert de la Suisse estime qu'il conviendrait de réunir ces éléments contradictoires dans la même disposition tout en essayant de trouver une formulation d'ensemble plus cohérente. Pour une meilleure compréhension du problème, il invite les délégations concernées à donner une explication de la situation.

Un expert du Canada indique que l'heure avancée ne permet pas de s'engager dans des explications détaillées du problème affectant les États comportant diverses unités territoriales aux systèmes juridiques non unifiés. Elle indique que le problème, bien réel, a été mentionné à ce stade dans un simple souci de transparence. S'agissant de déplacer les paragraphes 4 et 5 de l'article 21 vers l'article 18, elle estime que cela paraît une idée intéressante et reconnaît que la rédaction pourrait être revue aux fins de clarification.

Un observateur de la Communauté européenne (Commission) fait part de sa difficulté à comprendre le sens des propositions formulées, notamment lorsque l'on réfléchit au lien qu'elles entretiennent avec les situations purement internes. En effet, il vient d'être décidé que les affaires internes ne doivent pas être exclues de la Convention, du moins au stade de la reconnaissance et l'exécution. Comment alors peut-on ajouter ces dispositions sans contrevenir aux principes conventionnels?

An expert from China pointed out that China and Canada had a completely different system with regard to the issue of purely internal cases, which is a category in between international and non-international cases. She emphasised that these two States really needed this kind of rule because they would have difficulties in applying the Convention if these rules were not included.

The Chair noted that Article 21(4) of the proposal in Working Document No 42 was quite a common provision in Hague Conventions.

An expert from Austria thought that Working Document No 42 was quite clear. Article 21(4) of this proposal related to the situations of Article 4 and 5 of the draft text. In the view of the Expert, the Observer for the European Community went too far in his interpretation. He stated that according to Article 21 of the proposal, Articles 4, 5 and 7 would not apply in the relationship between, *e.g.*, Hong Kong and Macao. However, a judgment given by a court of those territorial units in a purely internal case would have to be recognised in other Contracting States (if the court had been designated in an exclusive choice of court agreement).

An expert from New Zealand felt that there was a policy agreement in the room but that the drafting would take a long time. He shared the Swiss concern about placement.

The Chair suggested referring the matter to the Drafting Committee.

An expert from the United States of America agreed with many points that had been made so far. In particular, the Drafting Committee needed to work on the drafting of the Convention text. The difficulty with Article 21 of the common proposal of the Chinese and Canadian delegations was that the Commission could not find specific provisions for each State.

An expert from the United Kingdom expressed his support regarding the last point made by the Expert from the United States of America. He mentioned that the issue discussed in Article 21 of the proposal in Working Document No 42 would belong to Article 18 of the draft text. Furthermore, he noted that the concern from the delegation of the United States of America about what was the relevant territorial unit went beyond of what could be resolved by this session.

The Chair suggested placing the provision in brackets or including a footnote.

An expert from China stated that his delegation was very concerned about Article 21 of the draft text since this Article related to a basic constitutional matter in China. He emphasised that it was really necessary to deal with it since one could not apply the Convention in a case between Hong Kong and Macao that both belonged to one State. He was prepared for any amendments as long as the Commission kept the idea.

Procès-verbal/Minutes No 13

The Chair noted that there was an agreement that the matter had to be dealt with. He therefore suggested to make that clear in the draft and to come back to it at a later stage.

The First Secretary (Ms Schulz) found the proposals very helpful and liked the idea of the draft as a place marker.

The Chair saw an agreement in that the issue had to be solved in Article 18 instead of Article 21 of the draft text and eventually a footnote should be included. He stated that the Commission had now finished discussing the existing articles of the Drafting Committee text. Not yet discussed were the proposals in Working Documents Nos 38, 41, 46 and 47. He suggested discussing Working Document No 41 which offered an alternative to the Annex to the Convention.

Working Document No 41

Un expert de la Suisse présente la proposition contenue dans le Document de travail No 41. Il indique que ce document est imprimé recto-verso et que les experts anglophones trouveront la version anglaise au verso. Il explique que l'objet principal de la proposition est la simplification du certificat. Les points 1 à 7 de la formule actuelle (Doc. prél. No 22) sont enlevés, dans la mesure où ils contiennent des informations généralement redondantes puisque celles-ci sont nécessairement indiquées dans le jugement et que le jugement est nécessairement attaché au certificat. Le point 8 n'apparaît pas davantage dans le document alternatif qu'il propose, dans la mesure où si cette information ne résulte pas du jugement lui-même, elle est nécessairement attestée par un document spécial attaché ou par un tampon. Il met en exergue le fait que l'abondance d'exigences et de complications du certificat vont décourager les États d'utiliser cette formule simplement recommandée. Le certificat résultant de la proposition de la Suisse, plus simple, aura plus de chances d'être accepté et utilisé en pratique.

An expert from the United Kingdom stated that he would rather prefer the existing draft of the Working Group than the proposal of the Swiss delegation in Working Document No 41. The main reason for this was that the Swiss version gave very little information and thus would add very little value to the judgment itself. However, the draft of the informal working group was capable of adding value as it stated what the choice of court agreement was and included damages (which was extremely helpful for the application of Art. 11 of the Convention). Thus, the Expert suggested retaining the current text.

An expert from Finland equally supported the draft of the informal Working Group since the proposal of the Swiss delegation in Working Document No 41 contained very few details. Additionally, he pointed out that the Annex was only an optional form.

An expert from the United States of America agreed with the view of the Experts from the United Kingdom and Finland.

An expert from Austria stated that he could in principle agree as well with the United Kingdom, the United States and Finland. However, he wanted to make two points. The first one related to the Working Group document as it was a bit misleading. For the Expert from Austria it did not become clear from the document that there was no need that a court had based the jurisdiction on the choice of court agreement. It was only needed that there was a choice of court agreement designating a court. The second point referred to damages. Even in an Austrian judgment, it could be quite difficult to see whether parts of the damages awarded had a punitive character. He feared that the reader of the Annex could be misled in thinking that the qualification of the damages by the court of origin was binding. Thus, he felt a need for clarification.

An expert from Germany supported the points made by the Expert from Austria. Regarding the wording in point 4 of the Annex of the draft text, it gave the impression always to include lawyers' fees. However, in German law there was a special provision that allows a decision on the lawyer's fees to be made later than the main decision. The Expert therefore thought that it should not be obligatory to mention a specific amount of lawyers' fees, except for the case where the aim was to enforce them.

Un expert de la France exprime son soutien à la formule existante pour des raisons pratiques. Il estime que les points supprimés dans le Document de travail No 41 pourraient être fort utiles aux juges et leur permettre d'avoir un accès clair et rapide à des informations parfois difficiles d'accès dans certains jugements.

Un expert de la Suisse estime que le débat n'est pas inintéressant en ce qu'il révèle une certaine méconnaissance du rôle des formules modèles et des situations pratiques dans lesquelles les certificats seront remplis. L'ensemble du certificat actuel semble centré autour de l'idée que c'est le juge qui, sur la base du dossier complet, va remplir le certificat. Cette présentation, confirmée notamment par le point 1, est erronée. Le certificat ne sera pas établi par le juge sur la base du dossier mais sans doute par un greffier sur la base du simple jugement. Dans la mesure où la formule est simplement recommandée, il pose la question de savoir si l'on ne pourrait pas accepter d'introduire une certaine souplesse afin de rendre le certificat plus attrayant.

The Chair stated that the proposal of the Swiss delegation had been withdrawn so that the original proposal stood. However, the text could be redrafted a little bit.

An expert from Canada was not convinced whether the concerns could all be resolved by drafting and wanted to review the text although she supposed they would end up with the current draft text.

The First Secretary (Ms Schulz) noted, as to the distinction between the different groups of damages, that although it was difficult to distinguish here, it would be far more difficult for the requested court than for the court of origin. She suggested that one could insert a yes/no question in point 4 of the Annex if that would be more acceptable for Germany, and only continue with the current draft if the answer was "yes".

Un expert de la Suisse estime, au contraire, que celui qui remplit le certificat ne pourra en aucun cas donner d'explications sur la catégorie de dommages, à moins que cette qualification ne résulte du jugement. Le certificat n'a aucun effet juridique, il s'agit d'un simple document administratif. Il ajoute que l'article 11 ne va certainement pas encourager le tribunal d'origine à faire des distinctions qui permettraient au tribunal requis de considérer le montant des dommages-intérêts inacceptables et non susceptibles de reconnaissance et d'exécution.

Un expert de la France, répondant à une précédente intervention de la Suisse, indique qu'il ne fait aucun doute que même si le certificat est nécessairement accompagné du jugement, il représente un document clair, facilement lisible et donc précieux pour le juge de l'État requis.

The Chair finished the discussion about the Annex and moved on to the proposal of the German delegation in Working

Document No 38 that the Drafting Committee had already looked at. Perhaps there was a consensus that the court addressed should not be bound by the information contained in the form. If that was the case, he would be happy with some remarks in the Explanatory Report. The more information the form contained, the more likely it was that judges forgot something or made mistakes. He therefore wanted to know whether there was a consensus that the form should only be seen as information and not more.

Working Document No 38

An expert from Slovakia agreed with that philosophy. The information relating to the enforcement of a judgment would be quite helpful for the judge of the court addressed. However, to exclude the binding effect expressly would be counterproductive. It would make more sense to leave it up to the judges to what extent they wanted to be bound.

An expert from New Zealand agreed with the Expert from Slovakia and mentioned that this had exactly been the idea of the Drafting Committee. He therefore preferred to keep the text as it stood but to include an explanatory remark that judges must themselves determine whether the form was binding or not.

Un expert de la Suisse considère que la présentation de l'Expert de Nouvelle-Zélande va trop loin. Le certificat ne doit certainement pas bénéficier d'une présomption d'exactitude alors qu'il n'a qu'un simple but d'information. Par ailleurs, rien dans la Convention n'attribue cette valeur au certificat.

Un expert du Luxembourg invite la Commission à être très prudente sur le libellé. Une simple note d'explication dans le Rapport devrait suffire. Il importe d'éviter de donner au juge l'impression que c'est le certificat qu'il exécute et non le jugement. Le débat, qui peut sembler un peu philosophique, a des implications juridiques bien réelles: le certificat n'a pas de force probante.

An expert from the United States of America agreed that the report should clearly state that the judgment was the operative document and the form was only a guide.

An expert from Sweden supported Switzerland and Austria in that a non-mandatory form could not be binding. It would therefore be dangerous to include the proposal of the German delegation in Working Document No 38 since it could lead to some questions. Besides, Article 7 of the draft text clearly stated that it was the judgment itself that should be recognised.

The Chair noted that the Commission agreed not to keep the proposal of the German delegation in Working Document No 38. Working Document No 45 should be discussed next.

Working Document No 45

An observer for the European Community (Commission), regarding Working Document No 45, stated that one had tried to find the right tuning between the obligations to take and to refuse jurisdiction in Article 4 and 5 of the draft text. It might go without saying that the tuning would imply that in situations which are not the particular situations of Article 5(1) it would be self-evident that anti-suit injunctions should be forbidden. However, it was preferable to clearly state this idea, which the draft text of Article 5(2) did. Thus, Article 5(2) could be seen as a defence of the Convention itself. The Observer was open to the question whether Article 5(3) of the proposal was necessary or not.

An expert from the United States of America had no difficulty with the legal analysis that led to the proposal in Working Document No 45. However, he had problems to include anti-suit injunctions in the Convention since that would mean a great deal of problems with Article 6 of the draft text. He therefore urged strongly to take the concept of the provision into the Explanatory Report and not to include the provision itself.

An expert from China found that the proposal in Working Document No 45 caused some difficulties for China since they were not familiar with anti-suit injunctions. Additionally, it was impossible to say who appreciated whether the court chosen was entitled or not under Article 5 of the proposal.

Un expert de la Suisse indique ne pas être certain qu'une disposition telle que celle inscrite au paragraphe 3 de l'article 5 du Document de travail No 45 devrait être incluse dans le Rapport. Il estime que le Rapport devrait être également complètement neutre.

An observer for the European Community (Commission) stated that the debate should not be prolonged. A preliminary conclusion was that all agreed on the concept of paragraph 2 of Article 5 of Working Document No 45. The concept behind paragraph 2 should be clearly spelled out in the Report.

The Chair stated that that was a helpful conclusion. When he noted that there were no objections, he proposed to continue to Working Document No 46.

Working Document No 46

The First Secretary (Ms Schulz) read footnote 176, of the 2001 text: "It was inquired whether statutory damages (where a statute has determined the amount to be awarded in case of breach), liquidated damages (where a contract has determined the amount to be paid in case of breach) and fixed interests on damages awards would fall within the scope of Article 33 and, if so, whether their character would be compensatory or non-compensatory. The co-Reporters indicated that Article 33 would be applicable in such cases and that the classification of such damages as compensatory or punitive would be determined by the requested court. That court would take into account whether the statutory provision in question of the originating forum, or the contractual provision as interpreted according to its governing law, merely sought to estimate what was required to compensate the plaintiff or sought to impose a penalty." She indicated that unless there is a contrary indication, the underlying reasoning should remain the same.

An expert from the United States of America stated that they could be satisfied if the Report was clear again and did not support an inclusion in the text.

The Chair noted that there was no support for the proposal in Working Document No 46 and stated that it was not accepted. He referred the participants to Working Document No 47.

Working Document No 47

An observer for the European Community (Commission) who was not the spokesman briefly introduced the document. He stated that the drafters of Working Document No 47 had

Procès-verbal/Minutes No 13

listened carefully to the discussions not yet reflected in Working Document No 39 and tried to take the comments on board by adding the words "or would be manifestly contrary to public policy". By that addition the text might be improved and the main problem raised the previous day might be solved. The delegation of the Russian Federation wished to include the word "otherwise" because of their wide notion of public policy. He thought that this should not raise too much discussion.

An expert from the United States of America stated that that had been an attempt to further refine the escape clause. As the delegation of the United States of America understood it, what the provision tried to do, was to express the notion in a way that would be understood in different systems and in very different cases. That was essentially the same notion as had been identified over the past week. For particular reasons regarding the nature of the parties or some other exceptional circumstance, the court would not send the parties to the chosen court, under Article 5. Under both parts of this clause, namely "injustice" and "public policy", the drafters of Working Document No 47 wanted to make it clear that it was very limited, by respectively the words "serious" and "fundamental". They wished to indicate that these exceptions should be reserved only for the most important cases and mandatory rules should not be imported under the Article.

The Chair stated that there was no objection and the proposal was accepted. He referred the experts to Article 7(1) *e)* of Working Document No 39 containing a reference to Article 5 *c)*. He asked whether the question mark could be deleted or whether something could be inserted since the problem was the same.

An observer for the European Community (Commission) did not have a final view on that. After revisiting Article 7, there was no result. He asked whether they needed a clause in paragraph 1 *e)*. In case of serious circumstances, the situation would already be covered by Article 7. Their preliminary view was that they could live with the deletion of that Article.

An expert from the United States of America stated that the preliminary view of the delegation of the United States of America was the same.

An expert from the United Kingdom stated that, from a drafting point of view, Article 5 only referred to fundamental public policy. If the matters were different, why were they not drafted differently in Articles 5 and 7? Was this redundant in Article 5? This was a fundamental point and he thought that the experts should be careful before making a decision.

An expert from the United States of America understood the question to be whether Article 7(1) *e)* should be deleted and not Article 7(1) *f)*. If the experts were not prepared to do that, they could deal with the matter the following day or at a later point in time.

An expert from New Zealand shared the preliminary view of the European Community and the United States of America. He stated that Article 7(1) *f)* should at least be as broad as, or broader, than Article 5. They did not need anything extra. The brackets of paragraph 1 *e)* should be deleted. Another limb might be added later.

Un expert de la Suisse remarque que, s'agissant d'une question d'ordre public, l'essentiel de l'article 5 *c)* doit se retrouver dans l'article 7(1). Si un État n'est pas tenu de respecter une clause d'élection de for pour des raisons d'ordre public, il doit en être de même pour la reconnaissance et l'exécution de décisions. Il indique que si la proposition de la Fédération de Russie d'insérer le mot «otherwise», tel qu'indiqué dans la note de bas de page du Document de travail No 47, avait été retenue pour l'article 5 *c)*, il n'y aurait pas de difficulté. En son absence, il estime que si un tribunal peut se reconnaître compétent lorsque « a very serious injustice » est constatée, alors la reconnaissance ou l'exécution devrait aussi pouvoir être refusée. Il remarque que cette note de bas de page pose problème. C'est pourquoi, il préférerait insérer la proposition retenue pour l'article 5 *c)* entre parenthèses à l'article 7(1) *e)* afin de suspendre cette question jusqu'à une prochaine discussion.

The Chair stated that, in view of what was said by the Expert from the United Kingdom, they could not finalise the point at that time. He asked the Drafting Committee to provide wording along the lines of the proposal by the Expert from Switzerland to discuss it the following day. A decision should be taken the following day rather than at that moment.

An expert from Canada was content with that conclusion.

An observer for the European Community (Commission) was content too. He did not feel that it was a solution to copy the same provision for important reasons: Articles 5 and 7 were applied at different points in time. Article 5 regarded a very serious injustice. If this concept were put into Article 7, that would mean that the court requested for recognition or enforcement would have to apply the same criteria in imagining itself in the place of the court that had been seised but not chosen, before a judgment was rendered.

An expert from the United States of America stated that the Drafting Committee should not try to simply incorporate the escape clause of Article 5 into Article 7. The issue raised by the European Community pointed out a problem. The square brackets with reference to the escape clause did not make a lot of sense. Maybe a footnote should be added, such as: "This provision needs further consideration in the light of Article 5."

The Chair then referred the experts to Working Document No 48, which contained a proposal of the delegation of Canada. That proposal had already been introduced in previous debates.

An expert from the United States of America wholeheartedly welcomed the proposal and stated that it zoomed right in on the critical aspect in a nice and contained way.

An expert from the United Kingdom was grateful to Canada for having drafted this good proposal so quickly.

An observer for the European Community (Commission) thanked the delegation of Canada. It was very helpful, but it would be better if it could be further refined by making the issue to Article 1(3).

The Chair referred the matter to the Drafting Committee.

An expert from Canada was happy to have the issue referred to the Drafting Committee. Nevertheless, the issue raised by the Observer for the European Community was more of substance than a drafting point. The provisions of Article 1(3) (Work. Doc. No 39) contained a nuance relating to incidental questions and the proposal was drafted in the way that it was for a particular reason.

The Chair stated that the Drafting Committee should deal with the question on that basis. The Drafting Committee would meet the following morning and the plenary session would have a complete text, or as complete as possible, since there were still some missing articles. Those would be discussed the following day.

La séance est levée à 19 h 35.

Procès-verbal No 14
Minutes No 14

Séance du mardi 9 décembre 2003 (matin)
Meeting of Tuesday 9 December 2003 (morning)

La séance est ouverte à 12 h 20 sous la présidence de M. Philip (Danemark).

The Chair referred the experts to Working Document No 49, which contained the draft that the Drafting Committee had completed that morning. He asked the Chairman of the Drafting Committee to introduce it.

The Chairman of the Drafting Committee stated that the Drafting Committee had one more meeting that morning. They had made some small changes to the French text, regarding, for instance, the terms "tribunal élu" and "tribunal désigné".

He said that an extensive discussion on Article 1(3) the previous day had shown that the words "main object" were misleading. If the French and English texts were read together, it was rather clear what was meant, but the English phrase "main object" seemed to be ambiguous to some. Therefore, the Drafting Committee had decided to drop the word "main". The word was still in the text of Article 1(3) of Working Document No 49, but that was due to a computer mistake and the word would be dropped from the final text.

There were a number of footnotes in Chapter II relating to Articles 4(4) and 5 *f)*. The same issue arose in Articles 15 and 16, also containing footnotes. It concerned the question of the relevant time for the purpose of the "internal case test" – was it the time of the agreement, of the procedure or of the judgment? This was a policy matter on which no decision had yet been made and which had not even been reflected upon yet. Therefore the only possible way to deal with it was by way of a footnote. For Article 16, there had been more or less agreement that the relevant time should not be the time of enforcement. The matter was in the footnote and could still be discussed.

Article 5 implemented a new compromise. "Fundamental principles of public policy" had been included. In Article 7 the reference to the escape clause had been deleted, but there was a new footnote (footnote 5: "Further consideration is required as to whether the matters covered by Article 5(1) *c)* and *d)* are adequately reflected in this paragraph."). The question was whether the wording of Article 7(1) adequately reflected the compromise. It was not only a drafting matter, or if it was, the Drafting Committee did not have enough time to deal with it.

There was more or less consensus on Article 11 that the text of Article 33(2) of the 2001 Interim Text should be reinserted.

The changes to Article 13 concerning court settlements made clear that only settlements from courts of Contracting States are covered by the Convention. On the deletion of the word "recognition" in that Article the Drafting Committee had a short discussion and looked at other international instruments. Nowhere did they find the notion of recognition of settlements. "Recognition" usually referred to the procedural effects of a judgment, in particular the effect of *res judicata*. Court settlements did not have such effect, at least in the Germanic systems. Therefore it would be misleading to speak about the "recognition of court settlements". The main and almost only procedural effect of a court settlement was its enforceability. This should be expressly pointed out. That was also the way in which the issue was drafted in the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* and in the European Community instruments. "Recognition" could be understood in the right way (namely in the sense of recognising other procedural effects if there are any under the law of the State of origin) but it could also be misunderstood in the sense that Contracting States would be absolutely bound by the effects the settlement has under substantive law and that it was no longer possible to challenge the settlement on grounds relating to these substantial effects. This was a complicated issue that needed much more reflection and more drafting. The best was to leave it out and bring the Convention in line on this point with the traditional instruments. The reference to enforcement would be covering 99% of the cases. The Chairman of the Drafting Committee then turned to the wording "homologués" in the French and "authority" in the English. The word "authority" was misleading. In the European Community instruments the words "approved" and "concluded in the course of proceedings" were used. All systems would be covered by these words. To make it clear that the settlement should be enforceable in the same manner as a judgment, those words were added. This would avoid confusion. What was meant was enforcement in the sense of execution, not enforced as a contract.

Articles 15 and 16 included footnotes concerning the time question. Article 16 *a)* concerned the asbestos exception.

Article 18 provided for non-unified legal systems. The Drafting Committee took Working Document No 42, submitted by China and Canada, and put it together. The footnote stated that further study was needed. A Federal Clause Committee should deal with this when the substantial provisions have become clear.

Articles 20 and further had been left open.

The Drafting Committee had had a short look into the form, but only changed question 1. It had been agreed that it was not necessary that the court had actually based its jurisdiction on the exclusive choice of court agreement, but that the

mere existence of such an agreement would be sufficient. The new question 1 asked whether jurisdiction had been based on such a clause. If the answer was no, that did not mean that the judgment could not be recognised and enforced, but the applicant would have to show that there was a choice of court agreement in favour of the court where the judgment resulted from. If the answer was yes, there were further relevant questions. No other changes had been made to the form, though there should perhaps be some: The form would only be recommended. The Hague Conference or the Permanent Bureau could propose changes if the form proved not to be ideal in its operation.

An expert from the Netherlands stated that there was another change, namely the deletion of Article 10.

The Chair stated that this was true and that it had been agreed the previous day. Perhaps the final draft should show clearly that it had been deleted.

The Chairman of the Drafting Committee apologised for forgetting to mention the deletion of Article 10 and 14. In the discussion on those Articles the previous day, consensus had been reached that Article 10 should be deleted. Moreover, it had become apparent that Article 14, as proposed by the seminar, did not meet the wishes of one delegation in the presumed interest of which it had been proposed. That was the provision that the Convention had to be applied without discrimination. As the one delegation mentioned before was not satisfied with this provision and the other participants to the seminar had not found it necessary to have it in the text, the Drafting Committee had decided to drop Article 14. Other Hague Conventions, such as the *Hague Convention of 1 March 1954 on Civil Procedure* and the *Hague Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice,* dealt with that issue and a reminder in the current Convention was not necessary. Article 13 *a)* of the proposal of the Drafting Committee of the previous day (Work. Doc. No 39) had been included as Article 14, and Article 10 as well as the previous Article 14 had been deleted.

The Chair stated that the meeting should maybe refer to the minutes of the previous day to see what had really happened. He had thought that the decision had been to have a discrimination clause along the lines of Article 14 that would be general and not limited to procedural rules.

An expert from New Zealand stated that the seminar had concluded that the formulation he had read out the previous day was the best as long as it addressed the concerns of the delegation of the Russian Federation. If not, there was no interest in including it in the Convention. The seminar had hoped to reconvene that day in the tea break, but that break did not take place due to a change in the agenda. The group had misunderstood the concern of the delegation of the Russian Federation. It seemed that they were not so much concerned with the discrimination against parties with other nationalities or habitual residence. The real concern was that there would be differentiation between parties from some States versus parties from other States. What they wanted was more like a "most-favoured nation" clause, which was unusual in private international law conventions. They had not produced a text that had any support.

The Chair stated that his recollection was different. He had thought that the text that had been mentioned in the meeting could be possible.

The Chairman of the Drafting Committee stated that the Permanent Bureau could insert a footnote in the final text that there was no text on which there was consent.

The Chair stated that this was a helpful suggestion.

Un expert du Canada souhaite mentionner un petit détail technique relatif à l'article 18(2) et indique que le mot «conflits» doit se lire «accords exclusifs d'élection de for».

Un expert de la Suisse revient sur la question de la note de bas de page relative à la non-discrimination. Il indique que l'Expert de la Nouvelle-Zélande avait produit un texte à l'issue du séminaire, qu'il conviendrait d'insérer dans cette note de bas de page. Il constate qu'en ce qui concerne la formule de confirmation de l'existence d'un jugement, les termes «Annexe à la Convention» doivent être supprimés puisqu'il a été convenu que cette formule ferait l'objet d'une recommandation mentionnée à l'article 8 de la Convention. Dès lors, même si cette formule est insérée dans le *Recueil des Conventions (1951 – 2003)*, elle ne constitue plus, formellement, une annexe à la Convention. En outre, il remarque que l'expression «Formule A» n'est pas justifiée puisqu'il n'y a pas de Formule B.

The Chair suggested that the form might be entitled "Recommended Form". He stated that it could be left to the Permanent Bureau.

The Secretary General asked whether there was a strong feeling to keep the reference in Article 8(3) to the form. It could be done in the usual manner of the Hague Conference that there be a recommendation by the Diplomatic Session. The easier solution would be not to have the reference to the form in Article 8(3).

An expert from the United Kingdom preferred transparency and keeping the reference in the text. He did not like the current practice, or the fact that the forms were not published in the blue book. If the form were separate, there was a risk of it getting lost. The idea of the form was not added on afterwards, but came from the beginning of the Convention and was a relevant part of the Convention. He did not think that it was a problem that it was called "Annex", even if it was a recommended text, but that was a matter of public international law that he would leave to experts in that field. In the second line of the form before "Choice of Court Agreements", the word "exclusive" needed to be added.

The Chair stated that the issue of the recommendation and how to treat it should be left for the next time.

An expert from China had one small point. On page 4 of Working Document No 49 in footnote 6, sub-paragraph *f)* should be sub-paragraph *e)*.

An expert from Germany thanked the Drafting Committee for their work. He saw many improvements. He was happy that Article 13 related only to enforcement and not to recognition of settlements. He would like to come back to Article 5. Taking the compromise solution in paragraph *c)* into account, he wondered whether paragraph *d)* could be deleted. War or natural disaster, which could fall under *d)*, would then be covered by paragraph *c)*. He was not happy with *d)* and thought that it could be misunderstood. It might deal with other cases. A court might say that the defendant had no assets in the State and therefore the agreement could not be performed since a judgment could not be enforced. That was one example, but there could be others. It seemed that only war and natural disasters were covered by this paragraph, or were there others?

The Chair stated that he would ask the Chairman of the Drafting Committee to make an amendment, but not now, rather next time.

The Chairman of the Drafting Committee stated that the Drafting Committee did not have much time that morning. They shortly discussed whether some provision along those lines was necessary. Maybe it was possible to find a better draft.

An observer for the European Community (Commission) raised the question whether, if consensus could be found in one minute to delete the paragraph, that could be done.

An expert from the United States of America requested that the matter be taken up in the following meeting.

The Chair asked whether there were more comments on the present drafting, but stated that there could be no discussions to amend the rest at that time.

An observer for the European Community (Commission) stated that the European Community would raise that issue at the following meeting, but asked whether a reference, in a footnote, possibly to Article 4, could be inserted on the problem of irreconcilable judgments.

An expert from Finland stated that it was clear if nothing was said, and adding footnotes was dangerous.

The Chair tended to agree that there should not be too many footnotes.

Un expert de la Grèce indique qu'à l'article 7(1) *e)*, il convient d'utiliser le terme « jugement » plutôt que « décision » afin d'assurer une certaine uniformité dans le texte.

The Chair stated that a number of things would be taken care of the next time when there would be more time.

Un expert de la Suisse souhaite appuyer la remarque de l'Observateur de la Communauté européenne sur la nécessité d'insérer, dans une note de bas de page, la question relative aux cas de violation d'un accord d'élection de for qui peuvent être rencontrés entre des États contractants mais aussi entre des États non contractants. Il pense, en effet, qu'il s'agit d'un élément très important qu'il reste à étudier. C'est pourquoi il lui semble impératif de le mentionner.

The Chair stated that there should perhaps be a footnote on that issue.

An expert from Portugal agreed with the Expert from Switzerland and the Observer for the European Community.

An expert from the United States of America did not agree. The matter was discussed in the Drafting Committee and he felt that the footnote was broad enough. The experts had the Working Documents and remembered the discussions.

An observer for the European Community (Commission) stated that it should be clear for people who see the text that the experts had thought about it.

The Chair stated that there would be a footnote on Article 7 *bis* of Working Document No 28. No more footnotes should be added.

An expert from Canada stated that footnote 5 of Working Document No 49 referred to Article 5(1) *c)* and *d)*, while Article 5 had only one paragraph.

The Chair noted that Article 5 only had one paragraph. It seemed that they were dealing with very small problems. He stated that the experts had done an enormous job in producing the draft. There were still a number of smaller things that had to be done, but there were also a number of issues that had not been covered, such as maritime matters (Art. 1(3) f)), the exclusion of tenancies (Art. 1(3) *i)*), intellectual property (Art. 1(3) *l)*), the issue of incidental questions. There were also still some articles indicated in the draft by headings only that had not been filled in. These included serious matters such as the disconnection clause. There was the problem of the relevant time with regard to Articles 4(4), 5 *f)*, 15 and 16. There was no time to cover those issues at the current session.

While the experts waited, there was a discussion in the next room. There had been two alternatives: either there could be another Special Commission, or a Diplomatic Session. The conclusion was that the problems which remained open were too serious for the draft to be referred to a Diplomatic Session. They would have to work as a Special Commission at the beginning. There would therefore be another Special Commission of about four or four and a half days. This brought important financial implications and difficulties. The Secretary General would work to try to find money for it. Anyone that knew of a source should let him know. Other problems concerned the calendar. There were two possible sets of dates for a Special Committee meeting to be held 3-9 March 2004 or 20-29 April 2004. These may cover more than four days, but the meeting would be held in that period. There should preferably be between 5 and 6 months between the Special Commission meeting and the Diplomatic Session. The co-Reporters would try to have a provisional Report available by the next Special Commission meeting. That could then be revised after the Special Commission meeting and hopefully the final Report would be ready quite quickly as a basis for the work by governments before the Diplomatic Session. The possible dates for a Diplomatic Session, depending on the Special Commission meeting, would be 18 October to 3 November 2004 or December 2004.

The Chair could not see reasons to work further that afternoon. Some thought that having various seminars would be profitable, but it would not be possible to distribute their working documents and it would therefore be better to end the proceedings at that point.

He stated that the meeting had been reasonably successful and that the experts had something that was worthwhile to take back home. He thanked the First Secretary (Ms Schulz) for her preparations and help during the session. Without her, not even half of the Convention that was on the table would have been there. He also thanked the interpreters and recording secretaries without whom the meeting would not have been possible. The members of the Drafting Committee did quite extraordinary work, for which he thanked them and their Chairman. In his long experience he had never seen a Drafting Committee like that one. He also thanked the conveners and participants of the various seminars. The manner of working was an innovation that had not existed before, but that had been successful and it should be continued. Lastly, he thanked all the experts and stated that there had been a pleasant atmosphere where all were willing to work and hardly anyone talked too much.

An expert from Spain thanked the Chair on behalf of the experts. It was not easy to chair a meeting where decisions

Procès-verbal/Minutes No 14

had to be made by consensus, but he had chaired the informal working group and then the Special Commission in a good way. He was diplomatic but strict, and brought order. Agreements and disagreements during this meeting could be expressed by words like "however", "unless", or the "Seminars" that were used more often during the past days. She expressed the feeling of work well done and the hope that, under the Chair of Mr Philip, the Convention will be adopted in the future.

An expert from the United States of America spoke on behalf of all when he said that the Hague Conference was in the process of making history. There had been a desire to compromise and to find useful and desirable results. All had already been thanked. All were deeply indebted and they had performed in a remarkable manner. It was a historic moment since for the first time the European Community had been present. It was desirable to let voices speak without the necessity of being disciplined by the Community. He wondered whether that would continue. It remained to be seen. He thanked the Chair for his personal contribution, the Drafting Committee, all the experts and the personnel of the Hague Conference. At the beginning of the session, he had said that the experts had to be realistic. He thought that they were in the process of doing that. There was an additional element, namely the need for transparency so that the draft would also be understood by judges and lawyers who did not spend their entire lives in complex international matters. The Convention would be a facility that would be of great use in the international community in a world that was growing closer in economic and other relations. In a sense this was a historic session and he looked forward to the result, which would be a landmark in history. He had never been associated with a project where there was so much skill, such devotion, and such good will.

The Chair thanked the Expert from the United States of America. He had started the project 10 years earlier and it was nice that he was there and expressed a final assessment.

An expert from the United Kingdom stated that they would not have been there without the inspiration of that Expert from the United States of America, who was the grandfather of the project. They had a debt of gratitude to him.

The First Secretary (Ms Schulz) had some housekeeping announcements. The experts had only received the minutes of the first meeting since all had been involved in the production of Working Documents. The minutes would be e-mailed to the experts. They should check them and let the Permanent Bureau know of any comments. The Permanent Bureau and the Drafting Committee had been authorised to clean the text up. She thanked all for coming and was grateful that the Judgments Project could feel like a normal Convention project.

The Chair affirmed the authority of the Permanent Bureau to tidy up the text and make small changes where there were obvious things to be changed. He thanked all the experts and wished them a good trip home.

La séance est levée à 13 h 30.

Procès-verbaux de la Commission spéciale d'avril 2004

Minutes of the Special Commission of April 2004

Note du Bureau Permanent

La numérotation des procès-verbaux recommence pour chaque réunion de la Commission spéciale. Sont reproduits ici les procès-verbaux de la Commission spéciale d'avril 2004 jugés nécessaires à la compréhension du déroulement des négociations relatives au Projet sur les jugements, notamment la Convention sur les accords d'élection de for.

Notice by the Permanent Bureau

The Minutes are numbered separately for each Special Commission meeting. Are reproduced here those Minutes of the Special Commission of April 2004 considered to be most useful for the understanding of the development of the negotiations on the Judgments Project and the Choice of Court Convention in particular.

Procès-verbal No 9
Minutes No 9

Séance du lundi 26 avril 2004 (après-midi)
Meeting of Monday 26 April 2004 (afternoon)

La séance est ouverte à 14 h 30, sous la présidence de M. Philip (Danemark).

The Chair reiterated that the conclusion of the morning session was that two alternative proposals would go to document after the drafting stage and that the Special Commission had to see whether they could find a compromise next time. He then suggested continuing going through the working documents.

An expert from the Russian Federation still wanted to make a point on settlement, which was the last subject that had been discussed in the morning session. He understood that the conclusion of the Chair was that the two parties, the European Community and the United States of America, had to discuss the issue among them. Since the Russian Federation was not included in that discussion but had an interest in it, the Expert noted that he could not agree on something that had been decided by just these two parties.

The Chair answered that settlements were still in the Convention and that the Special Commission had agreed to send the matter to the Drafting Committee.

An expert from Australia started her introduction to the proposal of the Australian delegation contained in Working Document No 71 by reminding the Special Commission of the background for the proposal. The Australian delegation had first wanted copyright to be excluded from the scope of the Convention but then gave up this idea and was now trying to solve the matter by the proposal in their Working Document. The Expert explained that under Australian law, certain form requirements were mandatory and there was a prohibition on contracting out of those requirements. In particular, there were prohibitions on contracting out in computer agreements relating to inalienable rights of users concerned with interoperability, research and study, back-up copies etc. Standard form contracts were increasingly common, especially in the online environment. Australia was a net importer of shrink/browse-wrap software and other copyright works where the licensee might have no bargaining power in determining choice of court. The Expert referred to the work of the Australian Copyright Law Review Committee on this issue. It was agreed by this meeting that this could be covered by the public policy of the State of the court seised under Article 5 *c)* of the draft Convention and the public policy of the law of the requested State under Article 7 *e)* of the draft Convention. The Report should make clear that this was so and that public policy meant the public policy of the relevant State, which included but was not limited to its law as to international public policy. To support this, the proposal of the Australian delegation in Working Document No 71 suggested that the words "of the State of the court seized" should be added after the words "public policy" in Article 5 *c)* of the draft Convention. Public policy in that provision did not mean international public policy. If the matter in Article 5 *c)* of the proposal was a mere drafting matter, the Expert from Australia was quite happy to refer it to the Drafting Committee. With regard to Article 7(1) *e)* of the draft Convention, she was concerned that the Australian courts would interpret this provision in a very limited way. Having discussed the issue, the Expert did not, however, feel the need anymore to press the deletion of the last part of the provision as suggested in Working Document No 71. Her key concern was that all mandatory provisions should be applied through the public policy provision. If everyone understood, the co-Reporter could simply make a reference and thus no more changes were necessary.

An expert from the United States of America indicated that the concerns behind Working Document No 71 were also reflected in Working Document No 94. The latter Working Document tried to address the problem that related to specific circumstances where the law of a State needed special protection. He pointed out that he did not try to solve the matter through the public policy exception like the Australian delegation did, but through the choice of law rule in Article 5(1) *a)* of the proposal in Working Document No 94. The ordinary rule was the application of choice of law rules and it was not favourable to apply it too strictly because if one did, the party that held the bargaining power over the other party forced the other party to assign law that was not favourable to the latter. Thus, the Expert proposed to delete the wording "under the law of the State of the chosen court" in Article 5 *a)* of the draft Convention. As far as Article 7(1) *e)* of the draft Convention was concerned, it seemed very important to him that this provision was kept as it stood. Moreover he thought that Working Document No 74 proposed by the Chinese delegation addressed the point in a way that was the most effective to capture the Australian issue that was legitimate. In his view, the Special Commission should combine Working Document No 94 with Article 7(1) *e)* of the proposal in Working Document No 74 and finally the proposal in Working Document No 71 that related to Article 5 *c)* of the draft Convention. To conclude, the Expert emphasized that everybody should work together and let the Drafting Committee consider the issue.

The Chair suggested to extend the discussion to Working Documents Nos 94, 96 and 100.

An observer **for the European Community** (Commission) stated that he had no different view on the matter and would also support Working Document No 74 proposed by the Chinese delegation. Both Working Document No 71 proposed by the delegation of Australia and Working Document No 74 proposed by the delegation of China should be sent to the Drafting Committee.

The Chair indicated that Working Document No 74 had already been sent to the Drafting Committee and that there seemed to be acceptance on the proposal in Working Document No 71.

An expert from the United States of America wanted to know, as a point of clarification, whether the delegation of Australia was not pressing their proposal relating to Article 7(1) *e)* in Working Document No 71.

The Chair answered that this was correct.

An expert from Australia wondered whether the Special Commission agreed as well on the co-Reporter to report in that respect.

The Chair answered that the co-Reporter would be very co-operative.

Procès-verbal/Minutes No 9

An expert from Portugal, with respect to the explanation given by the Expert from Australia, had doubts about what was going to appear in the Report regarding the public policy issue since she had understood that this did not mean international public policy. In her opinion it was, however, the other way round, meaning that it was international public policy.

The Chair indicated that it was very difficult to define the term of international public policy. He clarified that the Expert from Australia had meant the international public policy of the requested State.

An expert from the United States of America intervened and noted that in his understanding, international public policy was part of public policy.

A co-Reporter (Mr Hartley) indicated that he was willing to say whatever the Special Commission wanted him to say in the Report and therefore asked the members of the Special Commission for clarification whether they wanted him to call it "international public policy of the court seized" or "public policy of the court seized including international public policy". The members of the Special Commission agreed on the latter.

The Chair reiterated that the Special Commission should now discuss Articles 5 *a)* to 5 *d)* of the draft Convention and the connected proposals in Working Documents Nos 94, 96, 100 and asked the authors of the proposals to provide an introduction.

An expert from the United States of America stated that taking into consideration the many difficulties that the Special Commission had regarding the need for specific declarations and reservations, the matter could be solved by taking out the very strict choice of law rule in Article 5 *a)* of the draft Convention. He noted that the court seised needed to apply its own mandatory rules and its own private international law rules in order to check the validity of a choice of court agreement. In Article 5(1) *a)* of Working Document No 94, the Expert suggested to delete the words "under the law of the State of the chosen court" in Article 5 *a)* of the draft Convention and rather follow more the *New York Convention of 10 June 1958 on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, which required the court to apply its own private international law rules. He was confident that courts would do the right thing since they want to enforce a choice of court agreement. To accept this proposal would also allow more States to join the Convention. Article 5(1) *d)* of the proposal in Working Document No 94 was the result of discussions that the Expert had with other delegates. This exception should cover situations where the underlying circumstances to the initial choice of court agreement changed and thus were completely different so that they would no longer represent it.

Un expert de la Suisse, présentant le Document de travail No 96 préparé par la délégation de son pays, indique que la proposition la plus importante est contenue dans l'article 5 *c)*. Il explique que la proposition tente de résoudre le même problème que celle de la délégation des États-Unis d'Amérique (Doc. trav. No 94), lié aux raisons impératives que certains États peuvent avoir de conserver des compétences exclusives. Il souligne l'importance de donner suite à ces besoins impérieux, sauf à faire perdre tout intérêt à la Convention. L'Expert ajoute que la proposition de la Suisse est relativement proche du texte produit par la Commission spéciale de décembre 2003, quoiqu'elle emploie un langage différent. Il ajoute que si deux variantes sont présentées, il considère que la première est la meilleure. Réagissant à l'inquiétude exprimée par l'Expert de l'Australie, il considère le souci formulé compréhensible mais estime que la proposition de l'Australie ne résout pas le problème. En revanche, la variante 1 de l'article 5 *c)* qu'il propose y répond. Il reconnaît que la proposition des États-Unis d'Amérique, quoiqu'ayant une approche différente, pourrait également résoudre la difficulté.

Abordant ensuite l'article 5 *a)* et *b)*, l'Expert précise que la proposition consiste simplement à substituer les termes «n'est pas valide» à l'expression «est nul» au premier alinéa et à souligner à l'alinéa suivant le moment auquel la capacité des parties, notamment des sociétés, doit être recherchée. Il indique, à cet égard, qu'il importe de préciser qu'il convient de se placer au moment de la conclusion de l'accord et non au moment de l'introduction de l'action.

An expert from Japan stated that the proposal in Working Document No 100 would explain his interpretation of some Articles and help to clarify the matter. Contrary to the proposal of the United States of America in Working Document No 94, the delegation of Japan preferred to retain the wording "under the law of the State of the chosen court" and even add "on any ground, including incapacity" to it. Paragraph 94 of the draft Report (Preliminary Document No 25) related to that issue. One of the main questions for the Japanese delegation was whether Article 7(1) *a)* of the draft Convention should apply to incapacity, that is to say whether both the law of the chosen and the seized court should determine incapacity, or only the law of the court seised. According to the Expert, the right answer would be that both should determine it, the law of the chosen and of the seised court. He referred to the chart at the end of Working Document No 100 explaining that chart 1 manifested the consequences of the application of the law of the court seised only. He explained that if the party was capable under the law of the court seised but incapable under the law of the chosen court, it led to the following consequence: the chosen court might dismiss the proceedings under Article 4(1) and the court seised shall dismiss the proceedings under Article 5 *b)* which probably implied that neither of them would hear the case. On the contrary, if the capacity was determined by both the law of the chosen court and the court seised, chart 2 made clear that in the same situation (the party was capable under the law of the court seised but incapable under the law of the chosen court), the chosen court might dismiss the proceedings under Article 4(1) while the court seised might have jurisdiction under Article 5 *a)*. The Expert stressed that the latter interpretation was the only one that was favourable for the parties. He concluded that Article 5 *a)* of the draft Convention should also apply to incapacity.

The Chair suggested that they should leave the capacity issue aside for the time being and come back to it at a later stage.

An observer for the European Community (Commission) noted that with regard to Article 5 *a)* of the draft Convention, there was only one proposal to suppress the wording "under the law of the State of the chosen court" in Working Document No 94. This issue had been discussed for days and the balanced compromise that had been found was to have this choice of law rule in Article 5 *a)* and the escape clause of Article 5 *c)* of the draft Convention. Some members of the Special Commission thought that the escape clause would not be enough and that something else was needed. As far as the Australian scenario was concerned, the Observer thought that the change proposed by Article 5 *c)* in Working Document No 71 was not necessary because the case was already included in the current text of Article 5 *c)* of the draft Convention. Regarding the proposal of the delegation of the United States of America in Working Document No 94, the Observer considered it to be dangerous, as it would make the provision increasingly softer. The public policy term in Article 5 *c)* of the draft Convention referred to the public policy principles

of the court seised, including international public policy principles. By doing so, it already broadened up this provision in a significant way. If the Special Commission followed the proposal of the delegation of the United States of America in Working Document No 94, they would open the Pandora box that they tried to close in December 2003. Although he understood the concerns in that respect and thought that the members of the Special Commission should reflect on that, the Observer nevertheless considered the balance to be in the current draft text already. Regarding the proposal of the delegation of the United States of America in Working Document No 94 to suppress the word "very" in Article 5 *c)* of the draft Convention, the Observer could not see how that could be helpful. Moreover, taken into consideration that this exception was quite narrow in the beginning and got broader, there was even more reason not to change the text and leave it as it was. The Observer indicated that he could be more flexible with the proposal in Article 5 *d)* in Working Document No 94. Since there was another working document on that issue, Working Document No 73, that suggested suppressing Article 5 *d)* of the draft Convention, he proposed to discuss it as well. The reason for the suppression was that Article 5 *c)* of the draft Convention already covered the issue. Regarding the current draft, he hesitated to completely object to change it and thus suggested to reflect on it and draft it in a more tidy way. According to him, the proposal of the delegation of Switzerland in Working Document No 96 raised the same difficulties as the proposal of the delegation of the United States of America in Working Document No 94. Although the Observer could live with it despite the fact that these proposals were deleted from the compromise found in December 2003, he nevertheless could not supp ort them.

An expert from China could fully agree on the comment made by the Observer for the European Community with regard to the changes made to Article 5 *a)* of the draft Convention by the proposal of the delegation of the United States of America in Working Document No 94 and the proposal of the delegation of Switzerland in Working Document No 100, and thought that the compromise that had been achieved on that article should not be changed anymore. The Expert favoured Variant 1 of Article 5 *c)* of the approach of Switzerland in Working Document No 96 and stated that if the Special Commission wanted to change the structure of the Convention, the proposal of the Swiss delegation would indeed be essential and very important. He could not support the proposal of the delegation of the United States of America in Working Document No 94 on this point.

An expert from the Russian Federation thanked his colleagues for their proposals and their explanations and expressed that he tended to agree with the line of logic proposed by the delegation of the United States of America. He thought that it was it was a good approach since it left the door open for a more balanced Hague Convention that could be more easily adopted.

In particular he liked the proposal of the delegation of the United States of America regarding Article 5(1) *a)* in Working Document No 94. As far as the change suggested to Article 5(1) *c)* of the same proposal, the Expert considered that change to be so minimal that it would not make much difference. According to the Expert, Variant 1 of Article 5 *c)* of the proposal of the delegation of Switzerland in Working Document No 96 did not only make the provision clearer but also made it easier for courts to apply it. General references were sometimes used to create injustice. Thus, the Expert was afraid of a term like procedural fairness, in particular when the access to court was denied to Russians. Therefore, he found that the proposal of the delegation of Switzerland in Working Document No 96 was excellent in that it did not contain any abstract principle but rather a clear rule. Moreover, it allowed for a uniform application of the Hague Convention. Compared to the proposal of the delegation of Japan contained in Working Document No 100, the Expert preferred the United States solution in Working Document No 94. As far as the proposal of the delegation of the United States of America on Article 5(1) *d)* in Working Document No 94 was concerned, he fully supported it as it was logical, clear and well founded and thus should be taken into account.

Un expert de la France souligne que sa délégation est de celles qui plaident pour un encadrement strict des droits et obligations du tribunal élu, et s'associe aux observations exprimées par l'Observateur de la Communauté européenne. Abordant la proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique (Doc. trav. No 94), il fait observer que la notion de changement de circonstances est fort difficile à mettre en œuvre, estimant qu'en l'absence de précisions, le changement de circonstances pourrait être interprété de manière large. Un changement de circonstances dans l'exécution du contrat principal pourrait être couvert par cette expression, de même qu'un simple changement des éléments procéduraux de l'affaire. Alors que la Commission spéciale cherche à protéger l'efficacité des clauses d'élection de for, il semble que la modification proposée est de nature à ouvrir la boite de Pandore. Rappelant que lors de la précédente Commission spéciale, en décembre 2003, un compromis avait été trouvé au regard de l'article 5, il considère que la proposition de la délégation de la Suisse (Doc. trav. No 96) reste fidèle à l'essence de ce compromis. Il ajoute qu'il préfère, toutefois, la seconde variante, estimant que la première est trop précise, dans la mesure où non seulement la protection des compétences exclusives mais également la lutte contre la fraude au jugement pourraient être assurées par la référence à l'ordre public opérée par la seconde variante.

An expert from the United Kingdom, when comparing the "Report on the Work of the Informal Working Group on the Judgments Project of 25-28 March 2003" to Working Document No 94, wondered where the Special Commission was. To him, it seemed that Working Document No 94 would even go further backwards than the Report of the informal Working Group. The Working Document was essentially the "null and void" approach of the *New York Convention of 10 June 1958 on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. However, in December 2003, the Special Commission agreed on the compromise to insert the choice of law clause (law of the chosen court). Furthermore, in order to balance it, the Special Commission introduced Article 5 *c)* and *d)* of the draft Convention. According to the Expert from the United Kingdom, the problem with the approach of the United States of America in Working Document No 94 was that it wanted to delete the wording "under the law of the State of the chosen court" in Article 5 *a)* of the draft Convention but at the same time retain the public policy clause in Article 5 *c)* of the draft Convention. In the informal Working Group it was already made clear that it was impossible to have both. Thus, if someone wanted that nevertheless, that would reflect a lack of commitment to the project. In conclusion, the Expert thought it was better to retain the compromise that had been agreed on during the Special Commission in December 2003. Regarding the suppression of the word "very" in Article 5 *c)* of the draft Convention, proposed in Working Document No 94, the Expert would be prepared to accept it if it was of any help to the United States. However, if the delegation of the United States of America insisted on their proposal in Article 5(1) *a)* in Working Document No 94, the only alternative was to go back to the approach taken in the *New York Convention of 10 June 1958 on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* and not have all the other exceptions. Thus, the latter Working Document asked for too much. As far as the Working Document No 96 was concerned, the Expert from the United

Procès-verbal/Minutes No 9

Kingdom agreed with the Expert from France in that Variant 2 was the preferable one since the public policy exception would encompass the serious injustice exception, although the Expert from the United States did not share that view. If the Special Commission retained Article 5 *a)* of the draft Convention, it would need to retain the reference to serious injustice as well. However, if that was not the case, then the reference to serious injustice was not necessary and a reference to the minimal interpretation of public policy would be sufficient.

An observer for the International Union of Latin Notaries considered Article 5 *c)* of the draft Convention as being one if not the most important article of the Convention. According to him, a deal should be a deal and the Convention should ensure that. However, the present Article 5 *c)* of the draft Convention ensured the contrary since it opened up the door to *forum non conveniens* by using the wording "very serious injustice". Furthermore, it opened the issue to third parties who might be interested. In order to make that clear, the Observer gave the following example: A German manufacturer sold goods to a Quebec company that again sold the goods to a Quebec retailer. The contract between the German manufacturer and the Quebec company contained a choice of court clause designating a German court. If the Quebec retailer had to sue the German manufacturer although there was no contractual relation between them, the Canadian jurisdiction provided that the Quebec retailer had to do that equally in a court of Quebec, as would have been the case when he sued the Quebec company. One could use Article 5 *c)* of the draft Convention in order to give jurisdiction to the court in Quebec as, taken into consideration the law in Quebec, it would be unfair to the Quebec retailer not to be able to sue the German manufacturer in Quebec. At the same time, it seemed to be unfair to the German manufacturer to be sued in Quebec although he entered into a choice of court agreement designating the courts in Germany. This example shows that Article 5 *c)* of the draft Convention was too vague in that it did not say to whom the serious injustice would have to occur. The Observer then drew the attention to the proposal contained in Working Document No 107. Although it was his preference to remove the reference to serious injustice completely from Article 5 *c)* of the draft Convention, the Observer was aware that this would not be accepted by the Special Commission and therefore wanted to narrow it down at least as much as possible. If, however, the proposal in Working Document No 107 was accepted by the Special Commission, Article 5 *d)* was probably not needed.

An expert from Germany shared the view that Article 5 was one of the most important provisions in the Convention and therefore had to be drafted carefully. Regarding the problem that resulted from many exclusive jurisdiction rules, the Expert reminded the Special Commission that they had excluded some areas from the scope of the Convention and that the idea behind this exclusion was that there might be exclusive jurisdiction. The current version of Article 5 of the draft Convention was the result of hard work and represented a compromise solution (however, Art. 5 *c)* of the draft Convention had not been part of that compromise). In Working Document No 73 it was proposed to delete Article 5 *d)* of the draft Convention. Originally, this provision should cover special cases such as war and natural disaster. After having had consultations in Germany, it became obvious that there was a problem with Article 5 of the draft Convention, however not in the direction as suggested by Working Document No 94. Article 5 of the draft Convention, and in particular its paragraphs *c)* and *d)*, were too broad. The greatest problem was the wording of "very serious injustice" in Article 5 *c)* of the draft Convention. Take, for example, a situation where a party in State A entered a choice of court agreement with a party in State B, designating the courts in State A. If then a court in State C wanted to deal with the case because party B did not speak the language of State A, the clause in Article 5 *c)* of the draft Convention could be misused. Therefore the Expert felt the need for examples in the Explanatory Report. Furthermore, he emphasized that he wanted exactly the opposite of what was intended by Working Document No 94 because the problem resulting from the latter document was that the broader Article 5 became, the more irreconcilable judgments would be produced. Equally, the broader Article 5 became, the more *lis pendens* situations would occur. For that reason, the Expert considered the proposal of the delegation of Switzerland in Working Document No 96 much more in line with the compromise agreed on in December 2003, in particular as far as the wording of Article 5 *c)* of the draft Convention was concerned. According to the Expert, the change proposed in Working Document No 94 with regard to Article 5 *d)* of the draft Convention did not represent a small change but rather a fundamental one. Whereas the earlier rule covered wars etc., the suggested Article 5(1) *d)* of the proposal of the delegation of United States of America contained a completely different concept since circumstances could indeed change quite often. Therefore it was not acceptable to have the vague and unforeseeable clause in the Convention. In general, the Expert preferred not to solve the asbestos case by Article 5 of the draft Convention but rather have a very narrow concept in that Article. Although he did not like declarations, he thought it would be much better to have one declaration on asbestos rather than broadening Article 5 of the draft Convention.

An expert from Canada equally agreed on the importance of Article 5 of the draft Convention. Regarding Article 5 *a)*, she preferred to retain the rules with respect to the applicable law. In Article 5(1) *d)* in Working Document No 94, the Expert found it difficult to know, what kind of circumstances were covered. Thinking of the latter proposal as a possibility to improve and to narrow the provision, the Expert from Canada was prepared to refer the matter to the Drafting Committee. Furthermore, she expressed that Variant 1 of the proposal of the delegation of Switzerland in Working Document No 96 would accommodate the interests of the Canadian delegation very well.

An expert from Australia supported the proposal in Working Document No 94 with regard to Article 5(1) *a)* since a choice of court agreement did not necessarily dictate the law that had to be applied. She considered Variant 1 of the proposal in Working Document No 96 to be significantly narrower than the current provision and therefore preferred to keep the current text.

An expert from the United States of America noted that the Special Commission was having a useful debate. There had been a lot of discussion referring to the compromise found in December 2003 but according to the Expert, the members of the Special Commission needed to look at the Convention as a whole. The useful compromises were the important aspects and in the end only the whole compromise counted. All pieces had to work together and the new concerns and proposals were all part of it. To the Expert, it was very important that everybody make a serious effort to deal with all the concerns raised as well as with reality. The proposal of the delegation of Australia in Working Document No 71 tried to frame the issue and the Special Commission had to resolve it either now or in the end. The problem was that there were legal systems with exclusive jurisdiction with regard to special matters as well as legal systems where the courts had to protect the parties. These problems existed and it was not good to force the members of the Special Commission to accept certain provisions that they did not want. With regard to the comment of the Expert from the United Kingdom, the Expert from the United States of America thought that the use of the words "lack of commitment" was very unfortunate. In his

opinion, the delegation of the United States of America had just tried to express their reasons why the artificial choice of law rule made the provision so restrictive in that it would lead to call for more radical provisions. Regarding the Canadian concern about asbestos, the Expert from the United States of America noted that the proposal of the delegation of Canada had caused a huge disruption in the United States of America. Of course the Canadian concern was genuine and legitimate but he would prefer to deal with it without any specific reference to asbestos in the Hague Convention. The area where the members of the Special Commission needed commitment was in trusting their own national courts to carry out the tasks of the Convention. The Expert considered the proposal in Working Document No 94 relating to the deletion of the word "very" in Article 5 *c)* of the draft Convention to be a drafting issue. He indicated that he could accept the wording "serious injustice" but not the word "very" since it made the provision not look like law, and therefore a more careful text was needed. If the proposal of the delegation of the United States of America in Working Document No 94 concerning Article 5 *d)* of the draft Convention was not helpful, the Expert was prepared to withdraw it. Furthermore, he mentioned that the comments that the delegation of Australia had made on Variant 1 of the proposal of the delegation of Switzerland in Working Document No 96 captured his feeling on it since it addressed only half of the elements in Article 5 *c)* of the draft Convention. Moreover, the proposal of the Swiss delegation of did not allow developing common law rules by the courts. In conclusion, the Expert noted that the proposal of the delegation of the United States of America in Working Document No 94 contained changes that were fundamental to the United States of America and he hoped that these issues would be addressed in the Special Commission since otherwise that would lead to an unbalanced Hague Convention.

An observer for the European Community (Commission) could not deny that he shared the same concerns. The whole outcome of the discussion was that different ideas were proposed to solve the concerns that were on the table. Some of them might even produce more or different concerns. The problem of Article 5 *a)* of the draft Convention was that it submitted the Hague Convention to the absolutely unilateral will of any State to make any rule in order to prevent the recognition of the choice of court agreement. Thus, it was not about the trust in the own national judges but more about what the legislators would do. Although declaration systems gave difficulties on *affichage*, the Special Commission would at least know exactly to what matters the Hague Convention would apply. In that respect, Article 5 *c)* had been the miracle solution to balance that issue. Although the proposal relating to Article 19(4) in Working Document No 51 raised some concerns for certain delegates, Article 5 *c)* of the draft Convention would go much further than that. However, as it turned out, the matter had to be re-thought and consultations had to be made since some thought that Article 5 *c)* of the draft Convention was too narrow whereas others considered it being too broad. For the time being, the Observer suggested to keep the current text of Article 5 *a)* and *c)* of the draft Convention since the discussion could obviously not be ended now. At the time of the Diplomatic Conference everybody should come up with solutions that could be discussed then. If it was helpful to the delegation of the United States of America, the Observer was prepared to insert a footnote in the text in order to explain the different opinions on the issue. Furthermore, he indicated that the proposal of the European Community in Working Document No 73 to delete Article 5 *d)* had not been discussed yet. If the Special Commission did not agree on the deletion it should consider a stricter drafting than the one of the current version.

The Chair noted that the views were divided and thus it was not possible to find a priority to one provision over the others. The only paragraph that did not suffer scars was Article 5 *b)* in Working Document No 96 and thus the Drafting Committee could look at it. Regarding paragraphs *a)*, *c)* and *d)* of Article 5 of the draft Convention, the Chair suggested to put the people directly involved in these issues in a group so that they could produce a compromise or at least produce a paper that showed where the real differences were and where it was possible to meet. If possible, Mr Bucher should chair that group. As far as the capacity issue was concerned, the Special Commission had to look at it again later.

An observer for the European Community (Commission) thought that a meeting like the one proposed was not useful since the members of the Special Commission needed time to consider the issue. The current drafting of Article 5 of the draft Convention was good enough to allow consultation and it was not possible to produce a solution now anyway.

An expert from Austria who was equally chairing the Drafting Committee indicated that the latter could not do anything about Article 5 *a)* to *e)* of the draft Convention. The informal group proposed by the Chair could have a discussion, not to reach a compromise but to produce a text presenting the possible options that could be inserted in the draft so that something was on the table.

The Chair considered it very helpful to have some proposals on paper. On the other hand, the more possibilities were open, the less likely an agreement could be found. Nevertheless it would be helpful to see the differences. Due to the absence of a draft text, no consultation could be made and thus it would be good to at least have something in writing.

An expert from the United Kingdom proposed that as a sort of a compromise, the Drafting Committee could in a neutral fashion deal with the issue in brackets. He agreed with the Observer for the European Community in that there was no point in setting up a different group from the Drafting Committee and that, at the moment, it was unlikely to find a policy solution.

The Chair stated that the Drafting Committee could not do anything more since they were too occupied anyway.

An expert from Switzerland stated that although the Chair had asked him to run that group, he would not need a group if it was just to write one paper. He thought that he would do that before discussing it with other delegates. According to the Expert, it would be possible to produce a document by the next morning. However, he considered it would be an awful document. For that reason he encouraged the members of the European Community to be more active. He suggested to prepare a final draft and try to narrow the options down to the essential elements.

A co-Reporter (Mr Hartley) wondered whether the Special Commission could agree to put the wording "under the law of the State of the chosen court" in Article 5 *a)*, the word "very" in Article 5 *c)* and the whole wording of Article 5 *d)* of the draft Convention in brackets since that would reflect the essence of the proposals and then indicate where the problems were. If a text was placed in brackets, it indicated that someone wanted to delete it.

The Chair reiterated that it must become clear what the differences and the proposals were and thus he expected Mr Bucher to produce a paper and eventually a co-Reporter to join

An observer for the European Community (Commission) reiterated that at the moment, he could offer nothing more than a footnote that explained the issue. Equally, a meeting of

Procès-verbal/Minutes No 9

a specific group was unhelpful since it was only possible to enlighten the problem.

The Chair indicated that a draft text with a footnote was acceptable for him.

An expert from Japan noted that the problem in Working Document No 100 was a totally different one. He would like to hear the opinion of the other delegates whether incapacity should be included in Article 5 *a)* of the draft Convention or not.

The Chair stated that the issue needed to be discussed another time.

An expert from the United Kingdom was prepared to discuss the matter now since he thought that it was possible that the Special Commission could agree on the proposal in Working Document No 100.

The Chair, since it touched on the same problem, did not want to discuss it at the time. He considered that discussing Working Documents Nos 91 and 92 was more important.

An observer for the European Community (Commission), as a point of order, stated that it was absolutely unfair to ask people to put documents on the table and then prevent them from discussing them. He indicated that he could agree on the proposal made in Working Document No 100 as it was a purely technical matter.

The Chair announced that the Special Commission should now discuss Working Document No 92.

An expert from the United States of America noted that in the process of the negotiation, both in the meetings of the informal Working Group as well as the Special Commission in December 2003, the members of these organs had moved back and forth in the interest to find the right balance between the desire to cover as many choice of court agreements as possible and to produce a simple and straightforward Convention. It had been decided earlier that the Convention should not cover non-exclusive choice of court agreements since that raised *lis pendens* issues. There had once even been a rule on enforcement of judgments based on non-exclusive choice of court agreements. According to the Expert, such judgments should be enforceable. In December 2003, this idea had been considered again but there was not enough time to discuss it properly. Thus, the delegation of the United States of America prepared in their proposal in Working Document No 92 a provision that included a variety of rules in the enforcement chapter. According to the Expert, there was a tremendous interest in dealing with non-exclusive choice of court agreement at least at the enforcement stage since it would make the Convention much more attractive. Taking into consideration that the drafting was not perfect, the delegation of the United States of America nevertheless proposed modifications to the enforcement chapter and some provisions containing definitions. Article 7(1 *bis*) provided for the enforcement of judgments based on non-exclusive choice of court changes. In the proposal, there were as well some provisions included that dealt with irreconcilable judgments. According to the Expert, there were enough cases to profit from this rule. For that reason, the Special Commission should reconsider this possibility now.

An observer for the European Community (Commission) said that whatever the merits of Working Document No 92 were, this was not the right time to discuss the issue raised by the Expert from the United States of America. Additionally, it had been one of the most discussed matters during the Special Commission meeting in December 2003, and the Special Commission had agreed that the Convention would only cover exclusive choice of court agreements. The arguments that were already there in December had not changed.

An expert from Australia thought that, with regard to non-exclusive choice of court agreements, it would be very useful to apply the Convention with regard to enforcement in cases where both parties had submitted themselves to the court chosen. However, she wondered how to solve the problem where only one party submitted itself, whereas the other party did not.

An expert from the Russian Federation fully supported the Observer for the European Community.

An expert from China thought that the proposal of the delegation of the United States of America in Working Document No 92 contained fundamental differences with regard to the so-called irreconcilable judgments in the case of exclusive choice of court agreements. He thought that the proposal of the delegation of the United States of America raised a completely different issue. Before deciding on this matter, the Expert considered it to be necessary to solve the problem of irreconcilable judgments in the case of an exclusive choice of court agreement. Therefore, he supported the view expressed by the Observer for the European Community and by the Expert from the Russian Federation.

An expert from Germany reminded the Special Commission that it changed the whole structure of the Convention as it had been drafted in December 2003 in that it was limited to exclusive choice of court agreements. That represented an important decision since the whole text of the Convention depended on it. The Expert did not want to reopen the discussion again.

Un expert de la Suisse admet que, quoiqu'ayant toujours été favorable à l'inclusion des clauses d'élection de for non exclusives dans la Convention, cette nouvelle proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique (Doc. trav. No 92) intervient relativement tardivement. Il se demande toutefois s'il sera possible de refuser de discuter de cette suggestion, si elle est renouvelée, lors de la Session diplomatique. Refuser de débattre de ce point ne sert à rien selon lui. Il invite les participants à faire preuve de souplesse, faisant valoir que les dispositions proposées sont limitées au chapitre 3.

An expert from Finland expressed his sympathy for the proposal of the delegation of the United States of America. However, taking into consideration the decision made in December 2003, he was afraid that a new discussion on the issue would take too much time.

The Chair indicated that it was impossible to take the matter up now. He hoped that the Special Commission would get a paper before the Diplomatic Session so that everybody would know what to discuss and the necessary time could be set off. He then asked the delegation of the United States of America to introduce their Working Document No 95.

An expert from the United States of America noted that the proposal made in Working Document No 95 related to a point that had already been made in December. Since an exclusive choice of court agreement occurred in commercial contracts or business-to-business contracts, the parties should be assured to know what the law of the chosen court was. The Expert clarified that one was not dealing with tort here. Taking into consideration that the intention of the Convention was to create rules that were at least as favourable as the current existing rules, the Expert noted that Article 10 of the draft Convention would not reflect this aim as it was less favourable than the existing law; it provided less recognition and enforcement. The proposal in Working Document No 95 therefore suggested to delete paragraph 2 of Article 10 of the

draft Convention that related to the reduction of compensatory damages. The Expert considered the rest to be a simple drafting matter in that it added some wording of paragraph 3 to paragraph 1 and made clear that it only related to non-compensatory damages. It could even be proposed to delete paragraph 1 of the same Article. However, the deletion of Article 10(2) of the draft Convention was essential for the attractiveness of the Convention.

An observer for the European Community (Commission) noted that the advantage of the whole discussion was to know what issues the Diplomatic Conference would have to face. It was very important to him not to change anything in Article 10 of the draft Convention as it had been the only provision in the original Convention where one had agreed to leave it till the Diplomatic Session. Although some might say that Article 10 of the draft Convention was less necessary in this Hague Convention, the Observer could nevertheless not accept the proposal in Working Document No 95 in so far as it would represent more than just drafting.

An expert from Canada agreed with the Observer for the European Community.

An observer for the International Bar Association supported the proposal made by the delegation of the United States of America in Working Document No 95. He was aware of the fact that specific problems relating to insurance/reinsurance cases had not been raised previously. However, it was better to raise them late rather than never. In fact, the Observer was not afraid of the notion of non-compensatory damages. As far as compensatory and similar damages were concerned, these were part of the risk that was covered by the insurance. Although insurance/reinsurance cases were mostly raised in the United States of America, there was a real risk for non-United States parties to get involved in such kind of procedure. The Observer would go even further than the proposal of the delegation of the United States of America in Working Document No 95 and take out Article 10(1) of the draft Convention as well. Furthermore, he drew the attention to Working Document No 103.

An expert from China supported the Observer for the European Community and the Expert from Canada. He considered the issue to be important and sensitive and therefore he preferred to retain the original text as it was.

An expert from Australia shared the view of the Observer for the European Community, and of the Experts from China and Canada.

Un expert de la Suisse estime que l'alternative devrait être d'accepter l'ensemble de la disposition ou de la rejeter entièrement. Il s'avoue peu convaincu par le portrait idyllique qu'en dresse l'Observateur de l'Association internationale du barreau. Il ajoute que depuis la suppression du projet de Convention, en décembre 2003, de l'article 10 consacré aux frais de procédure (voir Doc. prél. No 8 de mars 2003), le problème s'est aggravé, le défendeur n'ayant aucune chance de rentrer dans ses frais, même s'il obtient gain de cause. Il conclut que la question devra être traitée dans son ensemble lors de la Session diplomatique.

An observer for the International Association of Insurance Advisors supported Working Document No 95 and indicated that Working Document No 103 seemed to be linked.

A co-Reporter (Mr Hartley) stated that Article 10 of the draft Convention did in no way affect insurance/reinsurance contracts since, if the insurance contract included punitive damages as well, those would have to be paid under the contract The Explanatory Report could make that clear.

An expert from Germany reminded the Special Commission that Article 10 of the draft Convention had been the result of long discussions. When he took the floor on that issue some years ago he was told that there was no change to be made to this compromise. Therefore it puzzled him that now 50% of this rule should be deleted. Article 10(2) of the draft Convention was a flexible provision and thus everybody should be able to accept it. The Special Commission should move forward and not back in that respect. Otherwise everybody would come up with old working documents. As far as the reinsurance area was concerned, it was an important area and it was very helpful that the Special Commission was informed about the special problem here. However, the first idea of the Expert from Germany was similar to the one that the Expert from the United Kingdom had mentioned before, that Article 10 of the draft Convention would not disturb any reinsurance contracts. Nevertheless, the Special Commission had to look at these provisions and the Expert was grateful that the issue had been brought up.

An expert from Mexico was left puzzled by the reading of the proposal made by the delegation of the United States of America in Working Document No 95. Article 2 of the draft Convention provided some definitions. Since the proposal of the delegation of the United States of America spoke of the "portion" of a judgment, it seemed necessary to the Expert to add a new definition of the wording "portion of a judgment". He assumed that the delegation of the United States of America wanted to indicate in their proposal that a judgment could be divided. The Expert nevertheless considered it to be very unorthodox to speak of the recognition and enforcement of the portion of a judgment.

The Chair noted that the latter statement by the Expert from Mexico was a mere drafting point and thus left to the Drafting Committee. He pointed out that there was no support for the proposal of the delegation of the United States of America in Working Document No 95 and thus finished the discussion about it.

La séance est levée à 17 h 10.

Procès-verbal No 10
Minutes No 10

Séance du mardi 27 avril 2004 (matin)
Meeting of Tuesday 27 April 2004 (morning)

La séance est ouverte à 11 h 05, sous la présidence de M. Philip (Danemark).

The Chair hoped that the experts that were not members of the Drafting Committee had enjoyed a good night's sleep. The members of the Drafting Committee had only finished

at 1.30 a.m. that morning. The Working Document containing the English text would soon be distributed and the French version would follow. He thought that it would be best to have a break to allow the experts to look at the document. He hoped to finish the meeting not too late in the afternoon so as to permit the Drafting Committee to meet again in order to do some follow-up work and to check the language alignment; at that moment they could not ensure that all the language problems had been solved.

Referring to the agenda for the morning meeting, the Chair stated that the Chairman of the Drafting Committee would present the document after the break and the Chairmen of the Working Groups would present their results. The meeting would thereafter deal with the remaining issues. Some could be included in the Draft text, but others would have to be treated at the following meeting. He stated that Working Documents Nos 58, 100 and 102 needed more attention. There would also be a Working Document by the Working Group on Article 5, chaired by M. Bucher. It was being printed and would soon be distributed.

He informed the experts that it would not be possible to make great strides forward that day. It was important to have a document for consultation. The remaining issues would be treated at the Diplomatic Session. He stated that the meeting of the following year had to be preceded by private consultations between the governments and he hoped that some of the problems could be solved in that way. He added that there would also be a revised Report. The current Report would serve as a basis for the final Report, but the changes of the last week had to be included. He hoped that the Report would be ready quickly, and at least before the summer.

A co-Reporter (Mr Hartley) asked whether the work by the Drafting Committee (Work. Doc. No 110) could rather be presented before the break.

The Chair replied that it could if that was the general wish.

The Chairman of the Drafting Committee stated that the Drafting Committee had met until 1.30 a.m. the previous night. He and the First Secretary (Ms Schulz) had gone through the text again and checked it. He suggested introducing the document article by article.

The Preamble had been left as it stood. Changes could be made at the Diplomatic Session.

Article 1 dealt with the scope and Article 1 *bis* dealt with the exclusions from the scope of the Convention. That was a new structure. The idea was to have a general rule that the Convention would apply only in international cases. However, it was not so easy to see what an international case was. The two definitions that had been in Chapters 2 and 3 had been moved to Article 1. Paragraph 3 was the easy one: where recognition and enforcement of a foreign judgment was sought, the case was international. Paragraph 2 was important for Chapter 2 on jurisdiction. It replaced Articles 4(4) and 5 *f)*. There were two factors. The first was the residence of the parties, the second – which was more important – was the connection between the relevant factors of the dispute and the State of the court seized. The term "habitual residence" had been replaced by "residence". For legal persons, the definition remained the same. For natural persons, the feeling in the Drafting Committee had been that that they should not use the term "habitual residence" as it had a specific meaning in the family law context. They thought that that was less important since the normal case would involve legal persons. With regard to the residence of the parties, the word "only" that had been in Article 4(4) and 5 *f)* was taken out since the general feeling in the Drafting Committee was that to see that as an international case it would be artificial if only one small factor, such as one of the potential residences, was abroad. They had put the time factor between brackets since there had not been agreement on the substance.

Article 1 *bis* was the remainder of the old Article 1, namely the exclusions. In paragraph 1 there had been some modifications of the wording. The *chapeau* of paragraph 2 had been changed. The confusing words "proceedings that have as their main object" had been taking out. They had thought that that would be clearer. Paragraph 3 dealt with the main / principle actions versus incidental question matter. The members of the Drafting Committee thought that the changes were merely of a drafting nature and the new text was clearer. No other changes had been made in that Article except for letter *k)* of paragraph 2. The Chairman of the Drafting Committee then asked the Chairman of the Working Group on Intellectual Property to introduce the text on that point.

The Chairman of the Working Group on Intellectual Property (Mr Hartley) stated that intellectual property was one of the most contentious issues of the Convention and it was very important economically. He thanked the members of the Working Group, which had met on Sunday, for their helpful attitudes. All agreed on the policy that validity should not be included in the scope of the Convention, except with regard to copyright and related rights. Some thought that infringement should also be excluded. Almost all agreed that licensing agreements should be included. The delegation of the European Community thought that the exclusions should be contained in an open list while the delegation of the United States of America wanted a closed list of exclusions. In the end, it had been agreed to put the text proposed by the delegation of the European Community between brackets. There was now an open list. Therefore copyright and related rights on the one hand were included and all other intellectual property rights (also those not yet invented) on the other hand were excluded. Licensing and proceedings concerning licensing or agreements to assign rights were in the scope of the Convention. Proceedings, of which the main subject was validity, were not included in the scope of the Convention. However, disputes concerning royalties or the licensee using the right in an unpermitted way were included. A problem could arise when the assignment was such that the assignee might use the right in a certain way and not in another. The dispute would arise from the breach of contract. However, in some States it would also be a tort for the infringement of the right. Especially in the United States of America, some lawyers preferred to bring actions in tort, as that would make federal law applicable and for other reasons. That explained the second set of brackets. The rules of the incidental question applied here. Validity may therefore be regarded if it was an incidental question.

The Chairman of the Drafting Committee continued by stating that paragraph 3 contained the rule of main / principle actions versus incidental questions. Paragraph 4 contained the shortened rule on arbitration. No changes had been made to paragraphs 5 and 6, as they had not been discussed in the plenary session of the Special Commission.

The new *chapeau* of Article 2 showed that it applied only for purposes of the Convention. Most of the rest remained the same except for two small changes. The word "Contracting" had been inserted before "State" in letter *a)*, which narrowed the scope of Article 5. Furthermore, it would now be possible for parties to choose not only either the courts or one particular court of a Contracting State, but also two or more specific courts of one Contracting State (*e.g.*, the courts of The Hague or Amsterdam). This solved an inconsistency of the old text.

Article 3 contained some drafting changes. A sentence on interim relief had been added.

Article 4(4) had been deleted as it had been moved to Article 1. Article 4(3) tried to flag the open policy issue concerning rules on the internal allocation of jurisdiction within one Contracting State. The brackets indicated that it was not yet decided whether it should be possible to make a transfer to another court if the parties chose a specific court.

Article 4 *bis* related to intellectual property and the Chairman of the Drafting Committee gave the floor to the Chairman of the Working Group on intellectual property.

The Chairman of the Working Group on Intellectual Property (Mr Hartley) had forgotten to mention one thing earlier: the delegation of China wanted a reference to folklore and traditional knowledge, but that would have to be discussed later.

Article 4 *bis* referred to the situation in the German legal system (and he thought in the Japanese system as well) that a court could suspend the hearings and refer the question of validity to another court or to an administrative body like, *e.g.*, a patent office. The purpose of Article 4 *bis* was not to impose the German system, but to state that nothing prevents a court from staying an action to obtain a ruling on validity and then continue with the matter.

The Chairman of the Drafting Committee reminded the experts that Article 5 dealt with the court seized but not chosen. Its scope had been limited to include only choice of court agreements in favour of Contracting States. Article 5 *f)* had been deleted as it was now in Article 1. The remainder of the Article had not been discussed by the Drafting Committee, but had been referred to a Working Group with Mr Bucher as chairman. The outcome of the group would be presented later that morning.

The neutral nature of Article 6 had been clarified. That had been important for some in the private sector.

Article 7 was much more important. The heading had remained unchanged. There had been changes in the grounds for refusal. The rule on notification had been amended as proposed by an informal working group, included in letter *c)*. Paragraph *e)* had been slightly changed, but that amendment was only drafting.

A new *f)* had been added. The basic idea was that if there was an irreconcilable judgment of the State addressed or that could be recognised in the State addressed, recognition and enforcement of a judgment given by a chosen court could be refused. However, this rule applied only where the irreconcilable judgment had not been given in violation of the Convention (for example in an Art. 5 case). In other cases, the judgment of the chosen court would prevail. Only one point was still open and that was the reference to an international agreement, which was between brackets. That problem could not be solved by the Drafting Committee.

The Chairman of the Working Group on Intellectual Property (Mr Hartley) added that Article 7(1) *f)* dealt with the situation where two judgments were conflicting. Article 7 *bis* dealt with the situation of an incidental question. Paragraph 1 stated that such ruling could not be recognised in its own right under the Convention. Article 7 *bis* (2) and (3) dealt with more complicated cases. He explained that there might be a conflict between the judgment on the incidental question (*e.g.*, that a specific right was valid) and another judgment (stating as the main object that the right was invalid). The main judgments (one for the paying of a sum of money and one declaring the right invalid) were not as such conflicting, but there was an underlying conflict. That main decision for the payment of the sum of money did not have to be recognised. He emphasised two things, reminding the experts that the entire provision was between brackets: the words "may" and "to the extent that". Article 7 *bis* (3) was slightly different. The delegation of the European Community wanted to go further, namely to take into account a future conflicting judgment. That delegation was willing to give the proposal up in part. If proceedings to contest the validity were pending, the court addressed had to be allowed to await the outcome on the validity. He emphasised the word may. They might suspend proceedings or dismiss them without prejudice (meaning that the parties would be allowed to bring the case again) once the other court had rendered a judgment on the validity.

The Chairman of the Drafting Committee stated that until now, they had dealt with the recognition of judgments of a chosen court and with grounds for refusal. Article 7 *ter* was the opposite – it was a blocking rule. If a judgment had been given in contravention of a choice of court agreement, recognition of that judgment might be possible under national law, but Article 7 *ter* expressly prohibited that. So this article would take precedence over national law on the recognition of judgments.

There was also a new Article 7 *quater*, which dealt with settlements. It was the old Article 12. There was a new provision in Article 8(1) *e)* stating that for settlements in civil law, a certificate of the court of origin had to be added to state that the settlement was enforceable in the State of origin in the same way as a judgment. It was logical that the provision on the enforcement of settlements be placed before that provision.

The second change to Article 8 was in Article 8(1) *b)*. It had been the feeling of the Special Commission that the production of the choice of court agreement should be mandatory.

Article 13 dealt with legalisation and apostille, and that might be discussed at the Diplomatic Session.

Small non-substantive changes were made to Articles 14 and 15.

Regarding Article 18 on non-unified legal systems, he gave the floor to the Chair of the Working Group that had dealt with that matter, Mrs Borrás.

The Chair of the Working Group on Non-unified Legal Systems (Mrs Borrás) thanked all the members of the Working Group for the rich information. One of the problems was that the situations were different from one State to another. One was used to these kinds of problems in conflict of laws, as well as in conflict of jurisdictions. They had attempted to have all the problems covered by the provision, and the solution they had come up with was the phrase "where appropriate". It did not seem precise, but one needed it because the systems were different and flexibility of solutions was necessary. Paragraph 2 contained a rule that was normal in the Hague Conventions and related to purely internal cases within States with different territorial units. Paragraph 3 contained a new rule that appeared unnecessary to some but was in fact very necessary for others. If, for example, a judgment given in New York was recognised in Macao, that recognition did not bind Hong Kong. That freedom was built into the provision.

The Chairman of the informal Working Group on Disconnection (Mr Goddard) thanked the members of that group

Procès-verbal/Minutes No 10

for the fact that they had worked late and with goodwill, and introduced Working Document No 108. They had struggled to get their heads around some of the permutations and sensitive issues that Article 19 produced. Obviously, they could not achieve perfect unanimity. He stated that Article 19 dealt with situations where States were linked by treaties. The focal example had been the Brussels I Regulation, but they had borne the possibilities of other regimes in mind. Article 2 stated the basic rule while it made declarations to the contrary possible. It was a practical suggestion. Paragraph 3 referred to future instruments. Paragraph 4 dealt with the situation where a non-Contracting State was involved in the conflict of Conventions. The basic rule was that the Convention under discussion would prevail, except where the case was purely internal to the other regime or where the chosen court was situated in a third State. He noted that there was a parallel between that problem and purely internal cases. The disagreement around the word "only" had not been resolved and that word remained between brackets. He then drew the attention of the experts to a more fundamental concern: If the European Community and the United States of America were parties to the current Convention, but Switzerland were not, what should a court in London do because the Lugano Convention applied between the United Kingdom and Switzerland. The text gave preference to the current Convention in that case. He noted that the proposal of the delegation of Switzerland had been in the opposite direction. Paragraph 5 stated that the Convention did not restrict the application of other international instruments, but recognition and enforcement should not be less than under the current Convention. The last sentence had been added between brackets despite lack of consensus since it was necessary to flag the problem. Paragraph 6 had been touched on, but not discussed for lack of time. That related to specific subject conventions, such as the *Montreal Convention for the Unification of Certain rules for International Carriage by Air* (1999). Would those Conventions continue to apply between Contracting States and what about new Conventions of that kind that might arise?

Article 22 dealt with Regional Economic Integration Organisations. One delegation wanted to change the Article to relate to "International Organisations", but the term "Regional Economic Integration Organisations" was a generally accepted term that had also been used in other Hague Conventions. For the provision, the model of the *Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary* (adopted on 13 December 2002) had largely been followed. Paragraph 2 was the proposal of the European Community. Paragraph 3 was the question of the counting of the Contracting States. Paragraph 4 regarded a problem related to that in Article 18. The analogy could be made with territorial units. The "where appropriate" language of Article 18 had been taken over. The basic rule in paragraph 6 was that Article 7 would not apply, but internal rules in the case of Member States of the Regional Economic Integration Organisation. The issue still remained whether a "not less favourable" rule should be included. Words to that effect had been inserted between brackets.

The Chairman of the Drafting Committee stated that this had concluded the discussion of the text. He thanked the First Secretary (Ms Schulz) and the other members of the Drafting Committee for working at unusual hours and with unusual chairing methods. He joked that he had some fears at a certain point that he would be excluded from the European Community. They were all exhausted, but happy.

The Chair added his thanks to the members of the Drafting Committee and to the Chairman for their extraordinary work in a limited time. He suggested that the missing link, namely the work of the Working Group on Article 5 (Work. Doc. No 111), be presented at that time.

The Chairman of the Working Group on Article 5 (Mr Bucher) stated that the Working Group had submitted a document that offered variants and discussed them all. It was presented in a way so that it could be included into the big text. There had been a proposal of the delegation of Japan to add "on any ground including incapacity" on the basis of what had been said in the Report. The Working Group had thought that that was not necessary. The reference to the law of the chosen court included the capacity question and there was no need to include it. The co-Reporters were invited to reflect on that interpretation. Regarding paragraph *b)*, it had been proposed by the delegation of Switzerland to look at the time of the agreement. After the discussion, it was thought that the additions were not really necessary. Article 5 dealt with the court seized but not chosen. The parties could not have known what court that would be and it would be artificial to include that time reference. It was better left open. The second subject concerned the proposal made in relation to paragraph *a)* to delete the second part, namely "under the law of the State of the chosen court". There were considerable policy issues and these were all packed into footnotes. There was also a footnote to paragraph *c)* which related to policy issues. Footnote 4 on page 2 discussed the three variants. There had also been a suggestion that some of the variants could be combined, for instance numbers 2 and 3. He invited the co-Reporters to state that. The group had stopped there. Regarding paragraph *d)*, there had been proposals to change the wording and to refer to changed circumstances. Another proposal used the words "not reasonably foreseen", to refer to the *rebus sic stantibus* principle. He thought that there could be other rare circumstances and that it would be better to have a more open provision. He invited the co-Reporters to state that in the overwhelming majority – maybe 90% of cases – there were unforeseen or changed circumstances. Finally paragraph *e)* had obtained an addition between brackets. That referred to the transfer of cases issue. That case would mean that the seized court might take jurisdiction. It was between brackets and the co-Reporters would reflect on the problems. The experts indicated their appreciation by way of applause.

The Chair thanked the Chairman and the members of the Working Group for the document they had produced in a short time. He asked whether a member of the delegation of Japan was present when the words referring to incapacity in letter *a)* were dropped.

An expert from Japan apologised that nobody from the delegation of Japan had attended the meeting of the Working Group but explained that the Japanese delegates had thought the capacity question had been outside the mandate of the Working Group. He stated that indeed bureaucrats liked short provisions in general, but that clarification was sometimes needed. If there were no objections, he would prefer to have the words included between brackets.

The Chair stated that the experts would come back to the matter and that it could perhaps be included in a footnote. He then asked whether the proposal of the European Community to delete sub-paragraph *d)* had been given up.

An expert from Switzerland indicated that the Working Group had discussed the issue. The view of the group was that the question whether paragraph *d)* ought to be deleted very much depended on the content of paragraph *c)*. If a broad acceptation of the notion of public policy is adopted in the latter, the former might not be necessary. However, should the notion of public policy be restrictively defined, paragraph *d)* would be needed.

The Chair stated that a footnote could perhaps also be added if the delegation of the European Community so wished.

An observer for the European Community (Commission) stated that there had been no real discussion on paragraph *d)*. The proposal to delete it remained on the table.

The Chair stated that there should be a footnote on the issue. That completed the questions on Article 5. He supposed that, with those two comments in mind, the Drafting Committee could be asked to insert the Article 5 of the Working Group on Article 5 into the text.

An observer for the European Community (Commission) just wanted to check whether anyone was opposed to the idea of putting the proposal of the delegation of Japan in the text. The European Community did not.

An expert from the United States of America stated that the United States delegation would accept to put the proposal in a footnote, but not in the text.

The Chair stated that this was one way of dealing with the issue.

An expert from China stated that the delegation of China supported the proposal of the delegation of Japan (Work. Doc. No 100).

A co-Reporter (Mr Hartley) was happy to support the proposal of the delegation of Japan. If that were not in the text, he agreed with the co-Reporter (Mr Dogauchi) that this was meant in the text as it stood anyway.

The Chair asked whether anyone was opposed to adding those words to the text in Article 5 and 7.

An expert from the United States of America stated that the delegation of the United States of America had gone over the issue and they objected to add those words to the text, but not to a footnote. He had noticed that other important issues were in footnotes as well. He would accept an explanation in the Report, but he would object to changing the text.

Un expert de la Suisse manifeste sa ferme opposition à l'introduction de ces modifications dans l'article 5. Il est selon lui absolument clair que la capacité est comprise dans le champ d'application de l'article 5 *a)*. Il ajoute que la proposition de la délégation du Japon (Doc. trav. No 100), laquelle semble répondre à un simple problème bureaucratique, est à cet égard dangereuse: si l'on accueille cette proposition redondante, on ouvre potentiellement la porte à toute une série de propositions visant à préciser une expression claire, au risque de la rendre équivoque et d'application difficile.

The Chair concluded that the matter would be in a footnote.

An expert from the Russian Federation stated that he was in general in favour of having the positions of all delegations reflected. He was even in favour of that idea in this case while he did not agree with the proposal. He stated that the delegation of the Russian Federation had also proposed a number of amendments that were not reflected in the text. He would reintroduce those proposals at the Diplomatic Session.

The Chair stated that the larger project had shown that one could not just add all proposals that had been made to the text, since nobody would know whether there was a possibility that those amendments carried. He stated that the discussion was closed and that the proposal of the delegation of Japan (Work. Doc. No 100) would be in a footnote.

He then stated that he would prefer to continue with the discussions rather than allowing a break for reading the text, since the Chairman of the Drafting Committee had elaborately discussed the text and there were a number of important issues that had to be raised.

An observer for the European Community (Commission) informed the Chair that he had comments on the text that he would like to have reflected in the text. He asked whether he could make them then or later.

The Chair stated that he could make them later. There were still two or three working documents that had not been looked at for lack of time. The first was the proposal of the delegation of China (Work. Doc. No 58), which had been presented, but on which only a short discussion had taken place. The question was what to do at that point. There was no basis for including the proposal in the text, but he was wondering whether the Drafting Committee could include it in one way or another.

An expert from China stated that the debate had already taken place and he had been under the impression that there was no strong opposition to the proposal. He asked how the Drafting Committee could try to see whether they could include it, because the two approaches had different results.

The Chair did not think that the outcome of the discussion had been such that the Drafting Committee could be asked to include either of the options in the proposal, but the experts should not forget it. He thought that it had to be there for consultations. He wondered whether it would be acceptable to ask the Drafting Committee whether it would be possible to insert the text between brackets.

The Chairman of the Drafting Committee stated that it was a question of how to present the problem. There had been different ways. By way of example he referred to Working Document No 49. He thought that the Drafting Committee could treat the problem, but it was not clear to him how exhaustive they needed to be.

Un expert de la Suisse, estimant que la question est ouverte, fait valoir qu'il convient d'utiliser une rédaction neutre. Il reconnaît qu'il n'a pas de grande sympathie pour le Document de travail No 58 proposé par la délégation de la Chine, mais suggère qu'une note de bas de page soit insérée dans le document afin de manifester qu'une proposition de cette teneur a été présentée par une délégation. Afin de clarifier totalement la finalité profonde de cette problématique, il indique qu'il importe que le Rapport mette en valeur les liens entretenus entre l'article 25 tel qu'il est conçu par la délégation de la Chine et l'article 5.

The Chair hoped that there would not be too many different responses on the issue.

An expert from the United States of America said that he understood how critical the provisions were for China and Canada. He stated that they also had issues that went to the heart of their possibility to ratify the Convention. He stated that the suggestion made by the Expert from Switzerland was a good one and thought that there could maybe be a connection to Article 7 as well.

An expert from the United Kingdom agreed with the experts from Switzerland and the United States of America.

An expert from the Russian Federation stated that the delegation of the Russian Federation supported option 1 of Working Document No 58. He thought that it was necessary to

Procès-verbal/Minutes No 10

have the provision in the Convention since the text as it stood provided an unclear relationship with other international instruments and national rules on exclusive jurisdiction.

An observer for the European Community (Commission) stated that the experts had to be fair. That kind of provision had been inserted (in December) on the request of the delegation of Canada (Art. 16). Therefore the request made by the delegation of China also had to be admitted. He thought that the solution proposed by the Expert from Switzerland could be followed.

The Chair had understood that there was general agreement to take up the proposal of the delegation of China (Work. Doc. No 58) and he instructed the Drafting Committee to see in what way they would do that. He stated that there was also a proposal of the delegation of Japan (Work. Doc. No 102) which had not yet been presented.

An expert from Japan thanked the Chairman of the Working Group on Intellectual Property for the meeting that had taken place the previous Sunday. He referred the experts to Article 7 *bis* that had resulted from that meeting. They had originally wanted to expand that provision to cover other matters. The delegation of Japan proposed a paragraph 4 to that Article so as to expand the delicate balance that had been found for intellectual property to other matters (*e.g.*, validity of the legal personality of a legal person). He understood that Article 7 *bis* (2) and (3) had been put between brackets and would be satisfied if the proposed (4) were put between brackets as well.

An observer for the European Community (Commission) supported the proposal that paragraph 4 should be added to the text between brackets. He feared that the paragraph might be too strict. The original proposal had been a text to cover all problems surrounding the incidental question. He was not convinced that the problem did not arise elsewhere. He stated that a similar problem could arise regarding immovable property and therefore he supported the text between brackets.

The Chairman of the Working Group on Intellectual Property (Mr Hartley) stated that the delegations of Japan and the European Community had been represented at the meeting on intellectual property. They should not come back on the issue now. Coming back on it at the Diplomatic Session was a different matter, but for the time being the text should be left as it stood. The delegations should have raised their concerns earlier.

An expert from the United States of America stated that the text seen in the compromise reached by the Working Group on Intellectual Property was complicated. The proposal of the delegation of Japan (Work. Doc. No 102) had not been part of that compromise. He had no objection to adding a footnote, but did not want to see the proposal taken up in the text.

An expert from China stated that the delegation of China supported the proposal of the delegation of Japan and thought that it should be included between brackets in the text.

Un expert du Canada fait valoir que sa délégation aimerait voir cette proposition reflétée dans le texte. Elle reconnaît toutefois que des problèmes de cohérence pourraient en résulter provisoirement mais insiste sur la nécessité d'ajouter cette proposition sous une forme ou une autre. Elle rappelle que le projet de Convention ne portant pas que sur la matière de la propriété intellectuelle, cette inclusion s'impose.

An expert from Australia had taken note of what had been said by the Expert from the United States of America. She thought that it was unavoidable that this significant matter would be discussed at the Diplomatic Session and thought that a footnote would suffice.

An observer for the European Community (Commission) found it unfair to state that these concerns should have been raised earlier. He stated that the delegation of the European Community stuck to the compromise reached during the meeting of the Working Group on Intellectual Property, although they had always indicated that there were other matters where similar problems could arise. He did not see a problem to put the proposal in brackets in the text. He stated that those who respected the rules and stuck to what was being discussed should not be treated unfairly.

The Chair concluded that the proposal would be inserted in a footnote. It would then be visible and the consultations could continue on that basis. That completed the remaining issues.

He then opened the discussion on the new text of the Convention (Work. Doc. No 110). He cautioned the experts that they had to conclude the meeting at 2.00 p.m. so as to leave sufficient time for the Drafting Committee to conclude their work.

An expert from China had a point of order relating to the proposal of the delegation of Japan (Work. Doc. No 102). He compared it to the proposal of the delegation of China (Work. Doc. No 58), where an insertion in the text between brackets had been supported by a number of States. He thought that there should be clarity and consistency with regard to when brackets and footnotes were used.

The Chair apologised, but stated that the rulings stood, otherwise all would fall.

An expert from Australia referred the experts to a proposal of the delegation of Australia (Work. Doc. No 88). That proposal had been discussed and it had been agreed that it should be referred to the Diplomatic Session. They wished the text of the Convention to be submitted to the Diplomatic Session to explain why the last part of Article 4(3) *b)* had been put between brackets. The part of Article 5 *e)* between brackets (Work. Doc. No 111) was a consequence. The question was how that discussion related to Article 7. The inclusion of the proposal of the delegation of Australia (Work. Doc. No 88) would complete the picture. She informed the experts that "Article 7(1 *bis*)" in that Working Document was a typing error and that it should be "Article 7(1).

The Chair stated that the issue had been dealt with under footnote 2 on page 4 of Working Document No 110. He added that the discussion would be continued at the following meeting. He repeated that the time at that moment was limited.

An expert from the Russian Federation wanted to comment on the document as a whole. He stated that the delegation of the Russian Federation would study and analyse Working Document No 110 carefully. The changes would make it more difficult. He drew the attention of the experts to the basic feature of how the document could be integrated in the judicial systems. He had doubts that the adaptation to the existing rules would be easy. He stated that the Convention had become complicated. Therefore, many problems of interpretation and of co-existence with other conventions arose. He stated that the Convention should create rights and obligations only for Contracting States. The rules on recognition and enforcement of the Convention had not been clearly limited to Contracting States. If that were not done, countries that took their international obligations seriously, would find it impossible to ratify the Convention. Maybe reservations

should be included although that was not the best way to deal with the problem. He stated that the New York Convention of 1958 was one of the most efficient texts as it was clear and concise in its description of the mutual obligations of States. A long Convention was difficult to explain and fit into the existing frameworks. As he had read the first version of the Report, the number of references to documents and international instruments struck him. There were references to, for instance, the Berne Convention, the Brussels I Regulation and the Brussels Convention. However, the more important CIS *Convention on Legal Aid and Legal Relations on Civil, Family and Criminal Matters of Minsk* (1993) had nowhere been referred to. For the Russian Federation it was essential that the Convention under discussion should on no way put their future co-operation in question. It was a matter of concern that the Convention under discussion should show respect for other Conventions, not only in the final provisions, but also in the rules on jurisdiction and recognition. When one read the Convention, one would understand that nothing of other Conventions had been taken into account. However, the Russian Federation could not derogate from its international obligations. He referred to the Minsk Convention again.

Stating that this was not merely a drafting problem, he then turned to procedural fairness in the dealings with each other. This fairness should not be limited to some regions, but should be more global or even universal. He failed to understand why the other experts did not have that view. The Russian Federation was involved in some organisations that were not Regional Economic Integration Organisations. Their proposal in that regard (Work. Doc. No 55) had not been accepted while no obvious explanation had been provided. This attitude could easily degenerate into a problem of discrimination.

The overall result was, however, more positive than he had thought. A number of good results had been achieved. There was still an opportunity to take matters up at the Diplomatic Session and the delegation of the Russian Federation would come with knowledge and energy.

The Chair stated on a personal note that he subscribed to what he had said at the beginning, namely that the best was the enemy of the good. He hoped that the experts would try to simplify the text. That would be something for the Diplomatic Session to work with.

An observer for the European Community (Commission) stated that he still had a few small points before he made his last speech. He was of the view that the differences had to be highlighted. When the experts agreed on policy, there was no problem. If they did not agree on policy, there should be a footnote instead of brackets to indicate that.

He referred to the policy issues relating to Working Document No 111. He was happy to have brackets or a footnote and would be happy to accept a reference to the proposal of the delegation of Australia (Work. Doc. No 88) since it was coherent. It was confusing that the issue of the internal allocation of jurisdiction had been dealt with under Articles 4 and 5, but not under Article 7 and that it had not been explained. He stated that the provisions should be treated the same: either the brackets in Article 5 had to be moved to a footnote or brackets had to be inserted in Article 7 instead of footnote 2 on page 4 of Working Document No 110.

He stated that it was perhaps his mistake that he had not reacted earlier regarding the problem of disconnection. He asked for brackets in the text. It was essential, and he thought that it was agreed to highlight that existing documents would, in case of conflict, have priority over the Convention under discussion. The problem raised by the Expert from the Russian Federation regarding the Minsk Convention was the same as that regarding the European Community instruments and the Lugano Convention. He stated that the proposal of the European Community (Work. Doc. No 51) was different from the text proposed by the informal Working Group on Disconnection that had been inserted in Article 19 of Working Document No 110. He hoped the Drafting Committee would highlight the problem that was hidden for the moment. He added that future bilateral Conventions were really important points that had to be clarified in a footnote.

The Chair was sure that the Drafting Committee and the co-Reporters would take that into account. He stated that no more issues could be taken up at that moment. He mentioned that the problem that the Expert from Australia had raised, had been solved and that would be reflected in the text.

An expert from the United States of America referred the experts to Article 10 on damages. He recalled that the Article related to the question of reducing foreign judgments. He reminded the experts that the delegation of the United States of America had on repeated occasions noted that if Article 10 were included in its full form, as it had been in the text of the larger project, that would pose a fundamental obstacle to the United States of America to enter into the Convention. He asked for a footnote to be put in stating that one delegation had requested that paragraph 2 be deleted.

The Chair asked whether there was any objection to that. When he observed that there was not, he referred the matter to the Drafting Committee.

Un expert de la Suisse, faisant observer que la délégation de son pays a participé activement aux débats dans un esprit d'ouverture et de coopération, tout en ayant fait preuve de souplesse, estime que le bilan de cette Commission spéciale peut être qualifié de positif. Les deux jours précédents en particulier ont permis de franchir un pas énorme. Tous les éléments de la Convention sont là, reflets de la politique générale, même s'il reste quelques aspects qu'il conviendra de résoudre. Il indique que la question se pose désormais pour les États de savoir s'ils peuvent rentrer dans le système de la Convention.

Il souligne qu'un point crucial demeure à résoudre à cet égard. Il indique que le président du Groupe de travail informel sur les clauses de déconnexion a d'ores et déjà présenté la problématique des relations entre cet instrument et les États tiers. Le problème se pose de savoir si l'adhésion d'États à la future Convention affectera les obligations conventionnelles internationales de ceux-ci. Or, dans le système actuel, il semble que les États voulant devenir parties à la Convention seront obligés de dénoncer d'autres instruments par lesquels ils sont liés. Il se dit choqué que le l'Observateur de l'Union européenne ait pu envisager, ne serait-ce qu'à titre d'hypothèse de travail, que la Suisse puisse quitter le système de Lugano. L'Expert insiste donc sur la nécessité de trouver une voie permettant aux États qui le souhaitent de devenir parties à la Convention de La Haye sans être contraints de dénoncer des instruments connexes mais dont le champ d'application est beaucoup plus large. Il note que c'est dans cet esprit que la délégation de la Suisse a formulé le Document de travail No 109, lequel fait suite à la note de bas de page du Document de travail No 108 proposé par le Groupe de travail sur la déconnexion. S'il est clair que la Commission n'est pas en mesure de trouver une solution à ce problème dans l'immédiat, l'Expert indique qu'il est néanmoins indispensable qu'une perspective de solution existe. L'absence de toute perspective d'issue ferait perdre à la participation à la Convention tout intérêt. Il se demande donc s'il serait envisageable d'intro-

Procès-verbal/Minutes No 10

duire une note de bas de page manifestant qu'il a été proposé de remplacer l'alinéa *b)* de l'article 19, paragraphe 4, proposé dans le Document de travail No 108, par le texte proposé au Document de travail No 109.

The Chair responded that the document had just come in and that it was not easy to do anything about it at that moment.

An expert from New Zealand said that the concern could be accommodated in a footnote. He stated that the non-inclusion was not due to want of will, but want of time. That was an important issue and he thought that it was fair and feasible to reflect it in a footnote, essentially in the words used by the delegation of Switzerland (Work. Doc. No 109).

The Chair stated that it was fair if there was no objection.

An observer for the European Community (Commission) stated that a footnote should explain the problem. He stated that the proposal of the delegation of Switzerland (Work. Doc. No 109) addressed the problem regarding the Lugano Convention, but not that regarding the Minsk Convention. He stated that the notion of domicile should be referred to instead of that of residence, and that the word "only" had to be taken out.

The Chair suggested leaving that to the Drafting Committee.

An expert from Mexico had a small suggestion to improve the preamble in Working Document No 110. Paragraph 3 referred to "commercial transactions" while for civil law jurisdictions it would be better to refer to "civil and commercial matters".

An observer for the INTA was not sure whether it was appropriate to add a footnote to Article 1 *bis* (2) *k)* and felt that redrafting was desirable. She stated that the reference to license or assignment contracts was not clear enough: there were many other types of contracts that would not be included. She hoped that the scope of the included contracts would be broadened.

The Chair stated that it was difficult to do anything at that point in time. He instructed the co-Reporters to keep in mind the comment made by the Observer for the INTA.

An observer for the ICC supported the suggestion made by the Observer for the INTA. He stated that there were a number of contracts that could deal with intellectual property and that the wording was too narrow.

The Chair left it to the co-Reporters to keep the concerns in mind.

An observer for the International Bar Association (IBA) wished to confirm the view of the IBA regarding Working Documents Nos 90 and 103. He wondered whether it was possible to come back to the issue at the Diplomatic Session or whether a footnote was necessary.

The Chair stated that the co-Reporters would mention it, but that was as far as he was prepared to go at that stage.

A co-Reporter (Mr Hartley) stated that both the issues raised would be covered in the Report.

The Secretary General stated that he looked forward to seeing an observer for of the IBA at the Diplomatic Session and that the IBA would be able to submit new proposals. However, the IBA was an observer organisation and it would have to find support for its proposals from the attending governments.

The Chair concluded the meeting by thanking everybody, including those people hidden in the interpreters' booths, for their contributions during the week. He stated that the meeting had been more difficult than in December, but he thought that they had achieved something and there was a basis for a Diplomatic Session. He added that there was still work to be done and that a number of questions remained open. There would be more time at the Diplomatic Session, but that should deceive nobody. He was of the opinion that it might be good if some of the delegations could get together privately and try to devise solutions to the pending problems. He thought that the experts should try to simplify the document, which had become very large. He reminded them of the New York Convention of 1958 that had achieved something in only a few Articles. He realised that it was 2004/2005 and not 1958, but the Convention needed to be understandable by others than those experts in the room. He stated that many contracting parties would have lawyers when drafting contracts, but not all.

He also thanked those people outside the room that had made the work possible by producing all those documents that had been used in the resulting Working Document No 110. He wished the Drafting Committee good work and wished all a happy return home.

The First Secretary (Ms Schulz) had a few housekeeping announcements. Some of the minutes (Minutes No 1 and 2) had been distributed. The remaining minutes would shortly be distributed for comments and corrections. She asked the experts to limit their comments to what they had said themselves. The final versions would then be distributed. She stated that the staff of the Permanent Bureau of the Hague Conference were sometimes blocked by other work, in particular with regard to forthcoming meetings, but that they would do their best to distribute the minutes as quickly as possible.

An expert from Mexico on behalf of all the participants thanked the Chair for the excellent way in which he had chaired the meeting. He had shown his traditional diplomacy and tactfulness and, when necessary, the energy to clarify misunderstandings. He thought that the experts would agree that the meeting had been fruitful and positive and that all would agree that the Chair had been a decisive factor in achieving that success. The experts indicated their agreement by way of applause.

The Chair thanked him and stated that that was all too much.

An observer for the European Community (Commission) wished to add words of appraisal. He stated that he had enjoyed the meeting, the negotiations and friendship. He was of the opinion that the small fights would become bigger in the end. He thought that the experts were on the right track for the Diplomatic Session. He thought that the text was good for consultation and added that the European Community would consult. He hoped that the experts would be able to solve the other issues. He referred to the remark by the Chair to look at the New York Convention, but stated that the matter under discussion was very different from arbitration: for many concluders of mass contracts arbitration was unthinkable while a choice of court agreement was the way to choose. He concluded by stating that he had had the privilege of participating in the interesting work of the Drafting Committee. The Chairman of the Drafting Committee had thought that he might be excluded from the European Community at the time of an energetic disagreement, but the Observer himself

had almost been expelled from the room at another moment when he had stated that there was a difference between the French and English versions of the text; the Chairman of the Drafting Committee had asked which difference, to which he had replied that the English text was in blue while the French text was in red!

The Chair stated that the Drafting Committee would meet half an hour later in the building of the Permanent Bureau of the Hague Conference.

La séance est levée à 14 h 10.

Actes
Acts

Note du Bureau Permanent

Conformément à une pratique qui a pris naissance lors de la Session extraordinaire de 1966, les interventions ont été résumées dans la langue, anglaise ou française, utilisée par les orateurs. De même, les documents de travail sont reproduits dans la langue utilisée par leur auteur, le Bureau Permanent ne pouvant assurer la traduction des documents produits par les délégations. Sont toutefois diffusés dans les deux langues les documents produits par les Président et Rapporteurs, le Secrétariat et le Comité de rédaction.

Notice by the Permanent Bureau

In accordance with a practice which began during the Extraordinary Session of 1966, the speakers' remarks have been summarised in the languages which they have employed, respectively English or French. Likewise, working documents are reproduced only in the languages employed by their authors, since the Permanent Bureau has no translation service. However, documents emanating from the Chairman, the Reporters, the Secretariat or the Drafting Committees have been distributed in both languages.

Membres de la Deuxième commission
Members of the Second Commission

PRÉSIDENT – CHAIR

M. *Andreas Bucher*, professeur, Faculté de droit, Université de Genève, Genève, Suisse

VICE-PRÉSIDENTS – VICE-CHAIRS

Mr *Rolf Wagner*, *Ministerialrat*, Head of Section for Private International Law, Ministry of Justice, Berlin, Germany
Mr *David M.J. Bennett*, QC, Solicitor-General of Australia, Attorney-General's Department, Barton ACT, Australia
Mr *Joao Grandino Rodas*, Professor of Private International Law, University of Sao Paulo, Sao Paulo, Brazil
H.E. Mrs *Hanqin Xue*, Ambassador of the People's Republic of China, Embassy of the People's Republic of China, The Hague
Mr *Arthur T. von Mehren*, Story Professor of Law, Emeritus, Harvard Law School, Cambridge, MA, United States of America

RAPPPORTEURS – REPORTERS

Mr *Masato Dogauchi*, Professor of Law, Waseda University Law School, Tokyo, Japan
Mr *Trevor C. Hartley*, Professor, London School of Economics, London, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland

DÉLÉGUÉS – DELEGATES

Afrique du Sud/South Africa
Mr *Peter Vhangani Makwarela*, Counsellor, Embassy of the Republic of South Africa, The Hague
Ms *Reetsang Innocentia Moroke*, Legal Administration Officer, International Affairs, Department of Justice and Constitutional Development, Pretoria

Allemagne/Germany
H.E. Mr *Edmund Duckwitz*, Ambassador of the Federal Republic of Germany, Embassy of the Federal Republic of Germany, The Hague
Mr *Stephano Bruzzone*, Counsellor and Deputy Head of Division, Section for Civil Law, Mercantile and Private Commercial Law, Ministry of Foreign Affairs, Berlin
Mr *Jürgen Becker*, *Amtsrat*, Third Secretary, Section for Legal and Social Affairs, Embassy of the Federal Republic of Germany, The Hague
Mr *Bernd Zeitler*, Second Secretary, Section for Legal and Social Affairs, Embassy of the Federal Republic of Germany, The Hague

Argentine/Argentina
Ms *Silvia Raiola*, Counsellor, Embassy of Argentina, The Hague

Australie/Australia
Ms *Amanda Davies*, Assistant Secretary, Administrative Law and Civil Procedure Branch, Attorney-General's Department, Barton ACT

Autriche/Austria
Mr *Werner Schütz*, Deputy Director General, Federal Ministry of Justice, Vienna
Mr *Gottfried Musger*, Judge, Appellate Court, Graz
Mr *Gregor Schusterschitz*, Minister-Counsellor, Embassy of Austria, The Hague

Bélarus/Belarus
H.E. Mr *Vladimir Gerasimovich*, Ambassador of Belarus, Embassy of the Republic of Belarus, The Hague
Mr *Nikolai Buzo*, Counsellor, Embassy of the Republic of Belarus, The Hague

Belgique/Belgium
M. *Jacques H.L. Matthys*, conseiller général, Direction générale de la législation, des droits et libertés fondamentaux, Service Public Fédéral de la Justice, Bruxelles

Brésil/Brazil
H.E. Mr *Gilberto Vergne Saboia*, Ambassador of Brazil, Embassy of Brazil, The Hague
Mr *Gustavo Ferras de Campos Monaco*, Assistant Professor of Private International Law, University of Sao Paulo Law School, Sao Paulo
Ms *Keyla Pinto*, Liaison Officer, Embassy of Brazil, The Hague

Bulgarie/Bulgaria
Mrs *Albena Getova*, Head of the International Private Law Department, International Law Directorate, Ministry of Foreign Affairs, Sofia
Mrs *Vesselina Maleva*, Head of the International Legal Assistance Department, Ministry of Justice, Sofia
Mrs *Tsvetana Kamenova*, Professor of Law, Director, Institute for Legal Studies, Bulgarian Academy of Sciences, Sofia
Mrs *Silvia de Boer*, Attaché, Legal Affairs, Embassy of the Republic of Bulgaria, The Hague

Canada
Ms *Kathryn Sabo*, General Counsel, International Private Law Section, Public Law Group, Department of Justice, Ottawa
M. *Jean Robitaille*, avocat, Direction des affaires juridiques, Ministère des Ressources naturelles et de la Faune, Québec
Ms *Manon Dostie*, Counsel – Private International Law Section, Department of Justice, Ottawa
Mme *Frédérique Sabourin*, avocate, Relations internationales, Développement économique et innovation, Affaires intergouvernementales canadiennes, Direction des affaires juridiques, Ministère de la Justice, Québec
M. *Vincent Pelletier*, avocat, Direction de la recherche et de la législation ministérielle, Ministère de la Justice, Sainte-Foy
Mr *H. Scott Fairley*, Partner, Theall Group LLP, Toronto
Mr *Darcy McGovern*, Crown Counsel, Legislative Services Branch, Ministry of Justice of Saskatchewan, Regina
Ms *Darlene H. Carreau*, Legal Counsel, Industry Canada Legal Services, Department of Justice, Gatineau
Mr *Gregory Steele*, Partner, Steele Urquhart Payne, Vancouver

Membres/Members

Chine/China
Mr *Jielong Duan*, Deputy Director-General, Department of Treaty and Law, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Mr *Jin Sun*, Deputy Director, Department of Treaty and Law, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Ms *Liping Dong*, Judge, Supreme Court of the People's Republic of China, Beijing
Ms *Xiaoli Gao*, Judge, Supreme Court of the People's Republic of China, Beijing
Mr *Danming Jiang*, Deputy Director, Law and Treaty Department, State Intellectual Property Office of China, Beijing
Mr *Guojian Xu*, Professor, Shanghai University of Foreign Trade, Shanghai
Ms *Ni Tian*, Third Secretary, Department of Treaty and Law, Ministry of Foreign Affairs, Beijing
Mr *Frank Poon*, Deputy Principal Government Counsel, International Law Division, Civil Division, Civil Litigation Unit, Department of Justice, Hong Kong
Mr *Keung Tsang*, Senior Government Counsel, International Law Division, Department of Justice, Hong Kong
Ms *Heidi Hung*, Assistant Secretary, Chief Secretary for Administration's Office, Government of the Hong Kong SAR, Hong Kong
Mrs *Patricia Ferreira*, Deputy Director, International Law Office, Government of the Macau SAR, Macau
Mr *Xianliang Yi*, Counsellor (Legal & Political Affairs), Embassy of the People's Republic of China, The Hague
Mr *Wei Hu*, Attaché, Embassy of the People's Republic of China, The Hague

République de Corée/Republic of Korea
H.E. Mr *Keun-Seop Ohm*, Ambassador of the Republic of Korea, Embassy of the Republic of Korea, The Hague
Mr *Dong-Eun Chung*, Legal Counsellor, Embassy of the Republic of Korea, The Hague
Mr *Jae-Woong Lee*, First Secretary, Embassy of the Republic of Korea, The Hague
Mr *Seok-Joo Lee*, Deputy Director, Ministry of Foreign Affairs and Trade Multilateral Treaties Division, Seoul
Mr *Soo-Bong Jung*, Public Prosecutor, Ministry of Justice, Seoul

Croatie/Croatia
Mr *Kresimir Sajko*, Professor, Institute for International and Comparative Law, Faculty of Law, University of Zagreb, Zagreb
Mrs *Vesna Tomljenovic*, Vice Dean, Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Rijeka

Danemark/Denmark
Mr *Peter Arnt Nielsen*, Associate Professor, Copenhagen Business School, Law Department, Charlottenlund

Égypte/Egypt
Mr *Ahmed Shebab Eldin Ibrahim*, First Secretary, Embassy of the Arab Republic of Egypt, The Hague

Espagne/Spain
H.E. Mr *Alfonso Dastis*, Ambassador of Spain, Embassy of Spain, The Hague
Mme *Alegría Borrás*, professeur de droit international privé, Université de Barcelone, Barcelone
M. *Tomás López Vilariño*, premier secrétaire, Ambassade d'Espagne, La Haye

États-Unis d'Amérique/United States of America
Mr *Jeffrey D. Kovar*, Assistant Legal Adviser for PIL, Office of the Legal Adviser, Department of State, Washington, DC
Mrs *Avril Haines*, Deputy Assistant Legal Adviser for Treaty Affairs, Department of State, Washington, DC
Mr *Paul Herrup*, Office of Foreign Litigation, Civil Division, Department of Justice, Washington, DC
Mr *Clifton Johnson*, Legal Counsellor, Embassy of the United States of America, The Hague
Ms *Jennifer Ness*, Attorney Adviser, Office of International Relations, U.S. Patent and Trademark Office, Alexandria, VA
Ms *Elaine Wu*, Attorney Adviser, Office of Legislative and International Affairs, U.S. Patent and Trademark Office, Alexandria, VA
Mr *Ronald Brand*, Professor of Law, University of Pittsburgh Law School, Pittsburgh, PA
Ms *Miriam Nisbet*, Legislative Counsel, American Library Association, Washington, DC
Ms *Emily O'Connor*, Director for International Property & Competition Policy, U.S. Council for International Business, New York, NY
Ms *H. Kathleen Patchel*, Indiana University Law School, Indianapolis, IN
Ms *Manon Ress*, Society Project Director, Essential Information, Washington, DC
Ms *Louise Ellen Teitz*, Professor of Law, School of Law, Roger Williams University, Bristol, RI
Mr *Peter D. Trooboff*, Attorney-at-Law, Covington & Burling, Washington, DC
Ms *Deirdre Mask*, Embassy of the United States of America, The Hague
Mr *John B. Bellinger, III*, Legal Adviser, Department of State, Washington, DC (a participé à la séance du 22 juin 2005/ attended the meeting of 22 June 2005)

Finlande/Finland
Mr *Gustaf Möller*, Judge, Supreme Court of Finland, Helsinki
Mr *Antti Leinonen*, Counsellor of Legislation, Law Drafting Department, Ministry of Justice, Helsinki

France
M. *Nicolas Castell*, juriste, Bureau des négociations en droit privé et économique, Affaires européennes et internationales, Ministère de la Justice, Paris
Mme *Michèle Dubrocard*, conseiller juridique, Ambassade de France, La Haye

Irlande/Ireland
Ms *Regina Terry*, Principal Officer, Department of Justice, Equality and Law Reform, Dublin
Mr *John Gormley*, Advisory Counsel, Office of the Attorney General, Dublin

Israël/Israel
Mr *Benjamin Rubin*, Legal Advice and Legislation Division, Ministry of Justice, Jerusalem

Italie/Italy
S.E. M. *Fausto Pocar*, vice-président du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, La Haye; professeur de droit international, Université de Milan, Milan
Mr *Alberto Malatesta*, Professor of International Law, Faculty of Jurisprudence, Carlo Cattaneo University – LIUC, Castellanza
Ms *Lidia Sandrini*, Researcher, Department of International Law, University of Milan, Milan
M. *Giampaolo Leccisi*, *Vice Capo Ufficio Legislativo*, Ministry of Justice, Rome
Ms *Irene Ambrosi*, Magistrate, Ministry of Justice, Rome
Mr *Marco Machetta*, Lawyer and Advisor, Ministry of Foreign Affairs, Rome

Japon/Japan
Mr *Atsushi Onose*, Counsellor, Ministry of Justice, Civil Affairs Bureau, Tokyo

Mr *Junichi Ikeda*, Staff Attorney, Civil Affairs Bureau, Supreme Court, General Secretariat, Tokyo
Mr *Osamu Imai*, Attorney, Ministry of Justice, Civil Affairs Bureau, Tokyo
Mr *Yasuhito Inoue*, First Secretary, Embassy of Japan, The Hague

Lettonie/Latvia
Ms *Dagnija Palcevska*, Deputy Director, Department of International Judicial Co-operation, Ministry of Justice, Riga
Ms *Baiza Davis*, Senior Officer, Administrative Legal Division, Legal Department, Ministry of Foreign Affairs, Riga

Luxembourg
M. *Thierry Hoscheit*, président, Conseil de la concurrence, Luxembourg
Mme *Jeannine Dennewald*, conseiller de direction adjoint, Ministère de la Justice, Luxembourg

Maroc/Morocco
M. *Mohamed Azzine*, juge, conseiller juridique, Ambassade du Royaume du Maroc, La Haye
M. *Riad Ramzi*, premier conseiller, Ambassade du Royaume du Maroc, La Haye

Mexique/Mexico
H.E. Mrs *Sandra Fuentes-Berain*, Ambassador of Mexico, Embassy of Mexico, The Hague
Mr *Erasmo A. Lara Cabrera*, Third Secretary, Legal Counsel, Embassy of Mexico, The Hague
Ms *Alba Patricia Oviedo Colector*, Attaché, Legal Affairs, Embassy of Mexico, The Hague
Ms *Gabriela Olmeda de Alejandro*, Assistant, Embassy of Mexico, The Hague
Mr *Rafael Alejandro Grajales Gonzales*, Assistant, Embassy of Mexico, The Hague

Norvège/Norway
Mr *Helge J. Thue*, Professor of Law, University of Bergen, Bergen
Ms *Ingeborg B. Holtskog Olebakken*, Legal Advisor, Royal Ministry of Justice and Police, Oslo

Nouvelle-Zélande/New Zealand
Mr *David J. Goddard*, QC, Barrister, Thorndon Chambers, Wellington
Ms *Juliet Hay*, First Secretary, Embassy of New Zealand, The Hague

Panama
M. *Jorge Eduardo Ruiz Villarreal*, attaché, Ambassade du Panama, Bruxelles, Belgique

Pays-Bas/Netherlands
M. *A.V.M. Struycken*, président de la Commission d'État néerlandaise de droit international privé, professeur émérite de droit, Heilig Landstichting
Mr *Paul Vlas*, Professor of Private International and Comparative Law, Vrije Universiteit Amsterdam, Faculty of Law, Amsterdam
Mr *Frans J.A. van der Velden*, Senior Legal Adviser, Ministry of Justice, The Hague
Mr *Ton Heukels*, Co-ordinating Legal Adviser, Department of Private Law, Ministry of Justice, The Hague
Mrs *Dorothea van Iterson*, Counsellor of Legislation, Department of Private Law, Ministry of Justice, The Hague
Mr *Niels Blokker*, Senior Lawyer, Department of European Law, Ministry of Foreign Affairs, The Hague
Mrs *Mieke Thewessen-Eeltink*, Senior Lawyer, Department of Civil Law, Ministry of Foreign Affairs, The Hague

Pérou/Peru
H.E. Mr *José Antonio Arrospide del Busto*, Ambassador of Peru, Embassy of Peru, The Hague
Mr *Luis Gonzalo Cieza*, Third Secretary, Embassy of Peru, The Hague

Pologne/Poland
Mrs *Beata Kozlowska*, Judge, Department of International Co-operation and European Law, Law and Treaty Division, Ministry of Justice, Warsaw
Ms *Renata Kowalska*, First Secretary, Embassy of Poland, The Hague
M. *Maciej Lewandowski*, premier conseiller, Représentation permanente de la République de Pologne auprès de l'Union européenne, Bruxelles, Belgique

Portugal
Ms *Raquel Ferreira Correia*, Legal Adviser, Ministry of Justice, Lisbon
Mr *Luís Barros*, Chargé d'affaires *a.i.*, Minister Counsellor, Embassy of Portugal, The Hague

Roumanie/Romania
H.E. Mr *Iulian Buga*, Ambassador of Romania, Embassy of Romania, The Hague
Mme *Dorina Dominteanu*, conseillère juridique, Direction de droit international, Ministère de la Justice, Bucarest
Mrs *Alina Andreea Papuc*, Third Secretary, Department of International Law and Treaties, Ministry of Foreign Affairs, Bucharest
Mrs *Alina Orosan*, Legal Adviser, Third Secretary, Embassy of Romania, The Hague

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord/ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
Mr *Oliver J. Parker*, Legal Adviser, Department for Constitutional Affairs, London
Mr *Paul Beaumont*, Head of Law School, Professor of European Union and Private International Law, University of Aberdeen; Adviser to Department of Constitutional Affairs and Scottish Executive, Aberdeen
Ms *Louise Miller*, Head of Private International Law, Scottish Executive Justice Department, Edinburgh

Fédération de Russie/Russian Federation
Mr *Alexander Matveev*, Head of Delegation, Deputy Director, Legal Department, Ministry of Foreign Affairs, Moscow
Mr *Pavel Kornatsky*, Third Secretary, Embassy of the Russian Federation, The Hague
Mr *Gennady Kuzmin*, Counsellor, Legal Department, Ministry of Foreign Affairs, Moscow
Mr *Sergei Nasinovsky*, Doctor in Law, Head of Division, Ministry of Foreign Affairs, Moscow
Mr *Konstantin Kosorukov*, Attaché of the Legal Department, Ministry of Foreign Affairs, Moscow

Slovénie/Slovenia
H.E. Mrs *Tea Petrin*, Ambassador of the Republic of Slovenia, Embassy of the Republic of Slovenia, The Hague

Suède/Sweden
Mrs *Charlotta Meyer-Seitz*, Legal Adviser, Division for Procedural Law and Court Issues, Ministry of Justice, Stockholm

Suisse/Switzerland
Mme *Monique Jametti Greiner*, sous-directrice de la Division des affaires internationales, Office fédéral de la Justice, Berne
M. *Alexander R. Markus*, chef de la Section de droit international privé, Office fédéral de la Justice, Berne

M. *Ueli Buri*, chef du Département, Affaires juridiques et internationales, Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, Berne

République tchèque/Czech Republic
H.E. Mr *Petr Kubernát*, Ambassador of the Czech Republic, Embassy of the Czech Republic, The Hague
Mrs *Vera Krajánková*, Head of Unit on International Conventions and Legal Aid in Civil Matters, International and Legal Department, Ministry of Justice, Prague

Ukraine
H.E. Mr *Vasyl Marmazov*, Deputy Minister of Justice, Ministry of Justice, Kiev
H.E. Mr *Dmytro Markov*, Ambassador of Ukraine, Embassy of Ukraine, The Hague
Mr *Andriy Pravednyk*, Counsellor, Embassy of Ukraine, The Hague
Ms *Kateryna Shevchenko*, Head, International Legal Assistance Department, Ministry of Justice, Kiev
Ms *Lyudmyla Ruda*, Deputy Head, International Legal Assistance Department, Ministry of Justice, Kiev
Mr *Vladimyr Shkilevych*, First Secretary, Office of the Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs, Kiev
Ms *Maryana Betsa*, Second Secretary, Embassy of Ukraine, The Hague
Mr *Olexandr Malynovsky*, Attorney at Law, Representative of Ukrinurkoleguia (Ukrainian Bar Association for Foreign Affairs), Kiev
Mr *Volodymyr Denysov*, Head of the Department of International Law, Institute of State and Law, Academy of Science, Kiev
Mr *Herman Haluschenko*, Deputy Head of the Department, Secretariat of the President of Ukraine, Kiev
Mr *Anatoly Dovgert*, Professor, Head of the Department of Private International Law, Kiev National University, Kiev

Venezuela
Mr *Enrique Rondon Musso*, Deputy Chief of Mission, Minister Counsellor, Embassy of the Bolivarian Republic of Venezuela, The Hague

OBSERVATEURS – OBSERVERS

REPRÉSENTANTS D'ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES – REPRESENTATIVES FOR INTERGOVERNMENTAL ORGANISATIONS

Conseil de l'Union européenne
Council of the European Union
M. *Fernando R. Paulino Pereira*, administrateur principal à la Direction générale «"H» (Justice et Affaires intérieures), Secrétariat général du Conseil, Bruxelles, Belgique
Mme *Bente Soerensen* (remplace M. Paulino Pereira/standing in for Mr Paulino Perreira), Secrétariat général du Conseil, Bruxelles, Belgique
M. *Gyorgy Gatos*, expert national détaché, Bruxelles, Belgique

Commission européenne
European Commission
M. *Mario P. Tenreiro*, chef de l'Unité Coopération judiciaire en matières civiles, Unité C.1 («Civil Justice»), DG Justice, Liberté et Sécurité, Bruxelles, Belgique
Ms *Katja Lenzing*, Legal Officer, Unit C.1 (Civil Justice), DG Justice, Freedom and Security, Brussels, Belgium
M. *Bernd Martenczuk*, membre du Service Juridique, Bruxelles, Belgique
Mrs *Alexandra Poch*, Industrial Property Unit (E.3), DG Internal Market, Brussels, Belgium
Mr *Miloš Haťapka*, seconded National Expert, DG JA1 / Unit C.1 (Civil Justice), Brussels, Belgium

Parlement européen
European Parliament
Mrs *Diana Wallis*, Member, Brussels, Belgium
Mr *Harry Duintjer Tebbens*, Head of Division, Legal Service, Brussels, Belgium

Communauté économique eurasienne
Eurasian Economic Community
Mrs *Natalya Borisovna Sluysar*, Head of the Law Department, Integration Committee, Moscow, Russian Federation (a participé à la séance du 21 juin 2005/attended the meeting of 21 June 2005)

Association Internationale des Contrôleurs d'Assurance
International Association of Insurance Supervisors
Mr *John Oxendine*, Commissioner of Insurance for the State of Georgia, Atlanta, GA, United States of America

Office européen des brevets
European Patent Office
Mr *Stefan Luginbuehl*, Lawyer, International Legal Affairs, Munich, Germany

Organisation des États américains
Organization of American States
Mr *Joao Grandino Rodas*, Professor of Private International Law, University of Sao Paulo, Member of the Inter-American Juridical Committee of the OAS, Sao Paulo, Brazil

Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
World Intellectual Property Organization
Ms *Heike Wollgast*, Legal Officer, Copyright and Related Rights and Industry Relations Enforcement and Special Projects Division, Administrative Support Services and External Relations, Geneva, Switzerland

Union internationale des transports routiers
International Road Transport Union
Mme *Hélène Minderman*, conseiller, responsable des Affaires juridiques, *Transport en Logistiek Nederland*, Zoetermeer, Pays-Bas
M. *Waldemar Czapski*, responsable du Département juridique, Genève, Suisse

REPRÉSENTANTS D'ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES – REPRESENTATIVES FOR NON-GOVERNMENTAL ORGANISATIONS

Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle
International Association for the Protection of Intellectual Property
Mr *Constant van Nispen*, Professor, Chairman Q153, Representative of the AIPPI, De Brauw Blackstone Westbroek, The Hague, Netherlands

Fédération internationale de l'industrie phonographique
International Federation of the Phonographic Industry
Mr *Gadi Oron*, Legal Adviser, Legal Policy and Regulatory Affairs, London, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland

Association internationale du Barreau
International Bar Association
Mr *Stephen W. Schwab*, Representative of the IBA, Chicago, IL, United States of America

Mr *Marc Hankin*, U.S. Patent, Trademark and Copyright Attorney, Representative of the IBA, Hankin Patent Law, Los Angeles, CA, United States of America

International Trademark Association
Ms *Judith Sapp*, Chairman of The Hague Convention Subcommittee, INTA, New York, NY, United States of America
Ms *Sarah Deutsch*, Member of INTA, Vice President and Associate General Counsel, Verizon Communications Inc., Arlington, VA, United States of America
Ms *Chehrazade Chemcham*, External Relations Manager, INTA, New York, NY, United States of America

Motion Picture Association
Mrs *Laurence Djolakian*, Legal Counsel, Brussels, Belgium

Union Internationale du Notariat Latin
International Union of Latin Notaries
Mr *Jeffrey Talpis*, Professor of Private International Law, University of Montreal, Representative of the UINL, Le Centre de Commerce Mondial de Montréal, Montreal, Canada
Mr *Mathijs ten Wolde*, Professor, University of Groningen, Groningen, Netherlands

Union internationale des Huissiers de Justice et Officiers judiciaires
International Union of Judicial officers (UIHJ)
M. *Leo C.J. Netten*, premier vice-président de l'UIHJ, Tilburg, Pays-Bas

SECRÉTARIAT / SECRETARIAT

Secrétaire général – Secretary General
Mr *Hans van Loon*

Secrétaire général adjoint – Deputy Secretary General
Mr *William Duncan*

Premiers secrétaires – First Secretaries
Mr *Christophe Bernasconi*
M. *Philippe Lortie*
Ms *Andrea Schulz*

Collaboratrice juridique principale – Principal Legal Officer
Ms *Jennifer Degeling*

Collaboratrice juridique senior – Senior Legal Officer
Ms *Marion Ely*

Collaborateurs juridiques – Legal Officers
Mlle *Caroline Harnois*
Ms *Sarah Armstrong*
Mlle *Ivana Radic*
Ms *Mayela Celis Aguilar*

Secrétaires rédacteurs – Recording Secretaries
Mme *Aude Fiorini-McEleavy*, Lecturer in Law, University of Aberdeen, Aberdeen, Scotland
Mlle *Thalia Kruger*, Instituut voor Internationaal Privaatrecht, Katholieke Universiteit Leuven, Louvain, Belgique
Mr *Peter McEleavy*, Lecturer in Law, University of Aberdeen, Aberdeen, Scotland
M. *Kostya Rilov*, chargé de travaux dirigés, Université de Paris I, Paris, France
Ms *Nicola Timmins*, Trainee Solicitor, Baker & McKenzie LLP, London, England
Mme *Laurence Thébault*, consultante auprès du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, Paris, France

Documents de travail de la Deuxième commission

Working Documents of the Second Commission

Distribué le mardi 14 juin 2005

Distributed on Tuesday 14 June 2005

No 1 – Avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, préparé par la Commission spéciale d'avril 2004, avec de possibles modifications préparées par le Comité de rédaction pendant sa réunion du 18 au 20 avril 2005

Les États signataires de la présente Convention,

Désireux de promouvoir le commerce et les investissements internationaux en renforçant la coopération judiciaire,

Convaincus que cette coopération renforcée nécessite un régime juridique international apportant la sécurité et assurant l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for entre les parties à des opérations commerciales et régissant la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans le cadre de procédures fondées sur de tels accords,

Ont résolu de conclure la présente *Convention sur les accords exclusifs d'élection de for* et sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Article premier – Champ d'application

1 La présente Convention s'applique dans des situations internationales aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale.

2 Aux fins du Chapitre II, une situation est internationale sauf si[au moment de la conclusion de l'accord][et][au moment de l'ouverture de la procédure,] les parties résident dans l'État contractant du tribunal saisi et les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents au litige, quel que soit le lieu de situation du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État.

3 Aux fins du Chapitre III, une situation est internationale lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est requise.

Article 2 – Exclusions du champ d'application

1 La Convention ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for :

a) auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) est partie ; ou

b) relatifs aux contrats de travail, y compris les conventions collectives.

No 1 – Preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements prepared by the Special Commission of April 2004 with possible modifications prepared by the Drafting Committee at its meeting from 18 – 20 April 2005

The States signatory to the present Convention,

Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial cooperation,

Believing that such enhanced cooperation requires a secure international legal regime that ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements by parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

Have resolved to conclude the following *Convention on Exclusive Choice of Court Agreements* and have agreed upon the following provisions –

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1 – Scope

1 The present Convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.

2 For the purposes of Chapter II, a case is international unless[at the time the agreement is concluded][and][at the time of commencement of the proceedings] the parties are resident in the Contracting State of the court seised and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State.

3 For the purposes of Chapter III, a case is international where recognition or enforcement of a foreign judgment is sought.

Article 2 – Exclusions from scope

1 The Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements –

a) to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party; or

b) relating to contracts of employment, including collective agreements.

2 La Convention ne s'applique pas aux matières suivantes :

a) l'état et la capacité des personnes physiques ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les autres matières en droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires ;

d) les testaments et les successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues ;

f) les contrats de transport de passagers et marchandises par mer[et autres matières maritimes] ;

g) les entraves à la concurrence ;

h) la responsabilité pour les dommages nucléaires ;

i) les droits réels immobiliers[et les baux d'immeubles] ;

j) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, et la validité des décisions de ses organes ;

k) [les droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins, à l'exception des litiges fondés sur des contrats accordant une licence ou cédant de tels droits de propriété intellectuelle[y compris les litiges portant sur une contrefaçon du droit faisant l'objet du contrat]][1] ; ou

Proposition alternative du Comité de rédaction :
Remplacer l'article 2(2) k) *par le texte suivant :*

k) *la validité des droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins ;*

*[*k bis) *la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins[, à l'exception des litiges portant sur une contrefaçon qui sont ou qui auraient pu être fondés sur un contrat tendant à la cession ou à l'utilisation de tels droits] ;] ou*

l) la validité des inscriptions sur les registres publics.

3 Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention lorsqu'une matière visée au paragraphe 2 est soulevée à titre incident et non à titre principal.

Proposition alternative du Comité de rédaction :
Modifier l'article 2(3) comme suit :

Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention lorsqu'une matière *exclue en vertu du* paragraphe 2 est soulevée à titre incident et non à titre principal.

En particulier, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention du seul fait qu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée en défense.

[1] En vertu de ce projet, la validité soulevée à titre principal est exclue du champ d'application de la Convention.

2 The Convention shall not apply to the following matters –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition and analogous matters;

f) contracts for the carriage of passengers or goods by sea[, and other admiralty or maritime matters];

g) anti-trust (competition) matters;

h) liability for nuclear damage;

i) rights *in rem* in immovable property[and tenancies of immovable property];

j) the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs;

k) [intellectual property rights other than copyright or related rights, except in proceedings pursuant to a contract which licenses or assigns such intellectual property rights[including proceedings for infringement of the right to which the contract relates]];[1] or

Alternative suggestion by the Drafting Committee:
Replace Article 2(2) k) *with the following paragraphs:*

k) *validity of intellectual property rights other than copyright or related rights;*

[k bis) *infringement of intellectual property rights other than copyright or related rights[, except where infringement proceedings are or could have been brought pursuant to a contract for the transfer or use of such rights];] or*

l) the validity of entries in public registers.

3 Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter referred to in that paragraph arises merely as an incidental question and not as an object of the proceedings.

Alternative suggestion by the Drafting Committee:
Article 2(3) – amend as follows:

Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter *excluded under* that paragraph arises merely as an incidental question and not as an object of the proceedings.

In particular, proceedings are not excluded from the scope of the Convention merely because a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence.

[1] According to this draft, validity as a principal issue is excluded from the scope of the Convention.

4 La Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes.

5 Un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte d'un État y est partie.

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

Article 3 – Accords exclusifs d'élection de for

Aux fins de la présente Convention,

a) un «accord exclusif d'élection de for» signifie un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, qui est conforme aux exigences prévues au paragraphe *c)*, et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers dans un État contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal;

b) un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers dans un État contractant est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire;

c) un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou confirmé:

i) par écrit; ou

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

d) un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable.

Article 4 – Autres définitions

1 Au sens de la présente Convention le terme «jugement» signifie toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance, de même que la fixation des frais du procès par le tribunal (y compris le greffier du tribunal), sous réserve qu'elle ait trait à une décision sur le fond susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention. Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des jugements.

2 Aux fins de la présente Convention, une entité ou personne autre qu'une personne physique est réputée avoir sa résidence dans l'État:

a) de son siège statutaire;

b) selon la loi duquel elle a été constituée;

c) de son administration centrale; ou

d) de son principal établissement.

4 The Convention shall not apply to arbitration and related proceedings.

5 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for a State is a party thereto.

6 Nothing in this Convention affects the privileges and immunities of sovereign States or of entities of sovereign States, or of international organisations.

Article 3 – Exclusive choice of court agreements

For the purposes of this Convention,

a) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph *c)* and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts;

b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise;

c) an exclusive choice of court agreement must be entered into or evidenced –

i) in writing; or

ii) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

d) an exclusive choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.

Article 4 – Other definitions

1 In this Convention "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that such determination relates to a decision on the merits which may be recognised or enforced under this Convention. An interim measure of protection is not a judgment.

2 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

Article 5 – Compétence du tribunal élu

1 Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État.

2 Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe premier ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige.

3 Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives :

a) à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande ;

b) à la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant[sauf si les parties ont désigné un tribunal particulier][2].

[Article 6 – Sursis à statuer du tribunal élu

La présente Convention n'empêche pas le tribunal élu de surseoir à statuer ou se dessaisir de la demande dont il est saisi, notamment afin de permettre aux tribunaux de l'État de la loi duquel découle un droit de propriété intellectuelle, de rendre un jugement sur la validité de ce droit, pourvu qu'un tel dessaisissement n'empêche pas de recommencer la procédure.]

Proposition alternative du Comité de rédaction :
Article 6 – Sursis à statuer et questions incidentes

[La présente Convention n'exige ni n'empêche qu'un sursis à statuer soit ordonné par le tribunal élu pour une période raisonnablement nécessaire à un autre tribunal afin de décider d'une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2, et soulevée à titre incident, en particulier afin de permettre aux tribunaux de l'État de la loi duquel découle un droit de propriété intellectuelle de rendre un jugement sur la validité de ce droit.]

Article 7 – Obligations du tribunal non élu

Si les parties ont conclu un accord exclusif d'élection de for qui désigne un tribunal ou les tribunaux d'un État contractant, tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir sauf si :

Proposition alternative du Comité de rédaction :

Un tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir lorsqu'il est saisi *d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique*, sauf si

a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu[3] ;

[2] Si les termes entre crochets à l'article 5, paragraphe 3, lettre *b)*, ne sont pas retenus, la question de savoir si les articles 7 et 9 devraient être appliqués lorsqu'un litige a été renvoyé du tribunal élu à un autre tribunal dans le même État contractant reste à examiner. Voir les termes entre crochets aux articles 7, lettre *e)*, et 9, paragraphe 1 *bis*.
[3] La politique législative liée à cette question requiert davantage de réflexion. Il a été proposé de biffer les termes « en vertu du droit de l'État du tribunal élu ». Il a également été proposé d'ajouter les termes « pour tout motif, y compris l'incapacité ».

Article 5 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 The preceding paragraphs shall not affect rules –

a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim; or

b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State[unless the parties designated a specific court].[2]

[Article 6 – Stay of proceedings in the chosen court

Nothing in this Convention shall prevent the chosen court from suspending or dismissing the proceedings before it, in particular in order to allow the courts of the State under the law of which an intellectual property right arose, to give a judgment on its validity, provided that such dismissal does not prevent the proceedings from being recommenced.]

Alternative suggestion by the Drafting Committee:
Article 6 – Suspension of proceedings in connection with incidental question

[This Convention neither requires nor precludes the suspension of proceedings before the chosen court for such reasonable time as is necessary to allow another court to decide a matter excluded under Article 2, paragraph 2, which arises as an incidental question, in particular to allow the courts of the State under the law of which an intellectual property right arose to give a judgment on its validity.]

Article 7 – Obligations of a court not chosen

If the parties have entered into an exclusive choice of court agreement, any court in a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss the proceedings unless –

Alternative suggestion by the Drafting Committee:

A court in a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss *proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies* unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;[3]

[2] If the bracketed language in Article 5, paragraph 3 *b)*, is not retained, the question of whether Articles 7 and 9 should apply where a case has been transferred by the chosen court to another court in the same Contracting State remains to be considered. See the bracketed language in Articles 7 *e)* and 9, paragraph 1 *bis*.
[3] The policy issues related to this matter need further consideration. It has been proposed to delete the words "under the law of the State of the chosen court". It has also been proposed to add the words "on any ground, including incapacity".

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice très grave ou serait manifestement contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public de l'État du tribunal saisi[4] ;

d) pour des motifs exceptionnels, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre[5] ; ou

e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige[, sauf s'il a renvoyé l'affaire à un autre tribunal du même État, comme permis par l'article 5, paragraphe 3 *b)*][6].

Article 8 – Mesures provisoires et conservatoires

Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas régies par la présente Convention. Elle n'exige ni n'empêche l'octroi des mesures provisoires et conservatoires par le tribunal d'un État contractant. Elle n'affecte pas la possibilité pour une partie de demander de telles mesures, ni la faculté du tribunal d'en accorder.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 9 – Reconnaissance et exécution

1 Un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for sera reconnu et exécuté dans les autres États contractants conformément au présent chapitre. La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée aux seuls motifs que[7] :

a) l'accord était nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu[8], à moins que celui-ci n'ait constaté que l'accord est valable ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État requis ;

c) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande

i) n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense, à moins que le défendeur n'ait comparu et présenté sa défense sans contester la notification devant le tribunal d'origine, à condition que le droit de l'État d'origine permette de contester la notification ; ou

ii) a été notifié au défendeur dans l'État requis en violation de l'ordre public de celui-ci ;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a very serious injustice or would be manifestly contrary to fundamental principles of public policy of the State of the court seised;[4]

d) for exceptional reasons, the agreement cannot reasonably be performed;[5] or

e) the chosen court has decided not to hear the case[, except where it has transferred the case to another court of the same State as permitted by Article 5, paragraph 3 *b)*][6].

Article 8 – Interim measures of protection

Interim measures of protection are not governed by this Convention. This Convention neither requires nor precludes the grant of interim measures of protection by a Court of a Contracting State and does not affect whether or not a party may request or a court should grant such measures.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 9 – Recognition and enforcement

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the following grounds[7] –

a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court[8], unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the requested State;

c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim,

i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested, or

ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that violated the public policy of that State;

[4] La politique législative liée à cette question requiert davantage de réflexion. Les différentes options proposées sont reflétées dans les propositions suivantes :
i) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice très [biffer : très] grave ou serait[autrement] manifestement contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public de l'État du tribunal saisi ;
ii) en vertu des règles impératives de compétence de l'État du tribunal saisi, les parties ne pouvaient se soustraire à la compétence des tribunaux de cet État ;
iii) donner effet à l'accord serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi.

[5] Il a été proposé de biffer cette disposition ; une décision sur ce point dépend du texte qui sera finalement adopté pour la lettre *c)*.

[6] Cette disposition est liée à la décision à prendre concernant la politique législative par rapport à la partie entre crochets dans l'article 5, paragraphe 3, et aux termes entre crochets à l'article 9, paragraphe 1 *bis*.

[7] Il conviendra d'examiner plus avant si les questions traitées à l'article 7, lettres *c)* et *d)* sont reflétées de manière adéquate dans ce paragraphe.

[8] Il a été proposé d'ajouter les termes « pour tout motif, y compris l'incapacité ».

[4] The policy issues related to this matter need further consideration. The various options proposed are reflected in the following proposals:
i) giving effect to the agreement would lead to a very [delete: very] serious injustice or would[otherwise] be manifestly contrary to fundamental principles of public policy of the State of the court seised;
ii) under the mandatory rules on jurisdiction of the State of the court seised, the parties were unable to agree to exclude the jurisdiction of the courts of this State;
iii) giving effect to the agreement would be manifestly contrary to public policy of the State of the court seised.

[5] It has been proposed to delete this provision; a decision on this proposal is linked to the final wording of paragraph *c)*.

[6] This provision is linked to the policy decision to be taken on the bracketed part of Article 5, paragraph 3 and to the language in square brackets in Article 9, paragraph 1 *bis*.

[7] Further consideration is required as to whether the matters covered by Article 7 *c)* and *d)* are adequately reflected in this paragraph.

[8] It has been proposed to add the words "on any ground, including incapacity".

d) le jugement résulte d'une fraude relative à la procédure;

e) la reconnaissance ou l'exécution serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, y compris les cas où la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État; ou

f) le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans un litige entre les mêmes parties dans l'État requis, ou est incompatible avec un jugement rendu antérieurement dans un autre État entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque le jugement rendu antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis[en vertu d'un accord international], et à condition que le jugement incompatible n'ait pas été rendu en violation de la présente Convention.

Proposition alternative du Comité de rédaction:
Remplacer l'article 9(1) f) *par le texte suivant:*

f) *le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans un litige entre les mêmes parties dans l'État requis; ou*

g) *le jugement est incompatible avec un jugement rendu antérieurement entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, à condition que le jugement rendu antérieurement réunisse les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis[en vertu d'un accord international], et à condition que:*

i) *pour un jugement rendu dans un État contractant, ce jugement n'ait pas été rendu en violation de la présente Convention;*

ii) *pour un jugement rendu dans un État non contractant, [ce jugement n'ait pas été rendu en violation de la présente Convention si l'État d'origine avait été un État contractant].*

[1 *bis* Le paragraphe premier s'applique également à un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant suite à un renvoi de l'affaire du tribunal élu dans cet État contractant comme permis par l'article 5, paragraphe 3 *b)*.][9]

2 Sans préjudice de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions du présent chapitre, il n'est procédé à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'État d'origine. Le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut.

3 Un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine.

4 La reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer un recours ordinaire n'est pas expiré. Un tel refus n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement.

[9] Cette disposition est liée à la décision à prendre concernant la politique législative par rapport à la partie entre crochets dans l'article 5, paragraphe 3 et aux termes entre crochets à l'article 7, lettre *e)*.

d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State; or

f) the judgment is inconsistent with a judgment given in a dispute between the same parties in the requested State, or it is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties and involving the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State[under an international agreement], and provided that the inconsistent judgment was not given in contravention of this Convention.

Alternative suggestion by the Drafting Committee:
Replace Article 9(1) f) *with the following paragraphs:*

f) *the judgment is inconsistent with a judgment given in a dispute between the same parties in the requested State; or*

g) *the judgment is inconsistent with an earlier judgment between the same parties and involving the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State[under an international agreement], and provided that:*

i) *in the case of a judgment given in a Contracting State, it was not given in contravention of this Convention;*

ii) *in the case of a judgment given in a non-Contracting State, [it would not have been given in contravention of this Convention if the State of origin had been a Contracting State].*

[1 *bis* Paragraph 1 shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3 *b)*.][9]

2 Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4 Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

[9] This provision is linked to the policy decision to be taken on the bracketed part of Article 5, paragraph 3 and to the language in square brackets in Article 7 *e)*.

Article 10 – Questions incidentes[10]

1 Lorsqu'une matière visée à l'article 2, paragraphe 2, est évoquée à titre incident, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

Proposition alternative du Comité de rédaction :

1 Lorsqu'une matière *exclue en vertu de* l'article 2, paragraphe 2 est soulevée à titre incident, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

[2 Lorsque, pour rendre son jugement, il a été nécessaire au tribunal d'origine de statuer à titre incident sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, la reconnaissance et l'exécution de ce jugement peut être refusée dans la mesure où il est incompatible avec un jugement[11] ayant statué sur la validité de ce droit de propriété intellectuelle, rendu dans l'État de la loi duquel découle ce droit de propriété intellectuelle[12].]

[3 Lorsque, pour rendre son jugement, il a été nécessaire au tribunal d'origine de statuer à titre incident sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, la reconnaissance et l'exécution de ce jugement peut être différée ou refusée, à la demande de l'une des parties, si une procédure sur la validité est pendante dans l'État de la loi duquel découle ce droit de propriété intellectuelle. Un tel refus n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement.]

[Article 11 – Jugements rendus en violation d'un accord exclusif d'élection de for

Les dispositions de l'article 7 s'appliquent également à la procédure portant sur la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu en violation d'un accord exclusif d'élection de for[13].]

Proposition alternative du Comité de rédaction :
Remplacer l'article 11 par le texte suivant :

[Lorsque les parties sont liées par un accord exclusif d'élection de for, le jugement rendu dans un État non contractant, qui aurait été rendu en violation de la présente Convention si l'État d'origine avait été un État contractant, n'est ni reconnu ni exécuté par les tribunaux d'un État contractant.]

Article 12 – Transactions judiciaires

Les transactions homologuées par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for ou passées devant ce tribunal au cours d'une instance, et qui sont exécutoires comme l'est un jugement dans l'État d'origine, sont exécutées en vertu de la présente Convention aux mêmes conditions qu'un jugement.

[10] Il a été proposé d'ajouter un paragraphe 4 aux termes duquel : « Les paragraphes précédents 2 et 3 s'appliquent par analogie aux matières mentionnées à l'article 2, paragraphe 2, dans la mesure où un jugement portant sur ces matières produit ses effets non seulement dans la relation entre les parties, mais également à l'égard des tiers. ».
[11] Il faut noter que la définition de « jugement » à l'article 4, paragraphe premier comprend la décision rendue par un office des brevets ou une autre autorité exerçant les fonctions d'un tribunal.
[12] La relation de cette disposition avec l'article 9, paragraphe premier, lettre *f)* requiert davantage de réflexion.
[13] Cette disposition vise à empêcher la reconnaissance et l'exécution de jugements rendus dans un État contractant aussi bien que dans un État non-contractant en violation d'un accord exclusif d'élection de for, sauf lorsque les exceptions de l'article 7 s'appliquent. La politique et la rédaction requièrent davantage de réflexion.

Article 10 – Incidental questions[10]

1 Where a matter referred to in Article 2, paragraph 2, arose as an incidental question, the ruling on that question shall not be recognised and enforced under this Convention.

Alternative suggestion by the Drafting Committee:

1 Where a matter *excluded under* Article 2, paragraph 2, arose as an incidental question, the ruling on that question shall not be recognised and enforced under this Convention.

[2 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be refused to the extent that it is inconsistent with a judgment[11] on the validity of the intellectual property right rendered in the State under the law of which the intellectual property right arose.[12]]

[3 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be postponed or refused at the request of one of the parties if proceedings on validity are pending in the State under the law of which the intellectual property right arose. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.]

[Article 11 – Judgments in contravention of exclusive choice of court agreements

The provisions of Article 7 shall also apply to proceedings for recognition or enforcement of a judgment rendered in contravention of an exclusive choice of court agreement.[13]]

Alternative suggestion by the Drafting Committee:
Replace Article 11 with the following:

[Where the parties are bound by an exclusive choice of court agreement, the courts of a Contracting State shall not recognise or enforce a judgment from a non-Contracting State if the judgment would have been given in contravention of the Convention if the State of origin had been a Contracting State.]

Article 12 – Settlements

Settlements which a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement has approved, or which have been concluded before that court in the course of proceedings, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced under this Convention in the same manner as a judgment.

[10] It was proposed to add a new paragraph 4 as follows: "The preceding paragraphs 2 and 3 shall apply *mutatis mutandis* to the matters provided for in Article 2, paragraph 2 to the extent that a judgment on such matters has effect not only as between the parties but also as regards all other persons."
[11] It is recalled that the definition of "judgment" in Article 4, paragraph 1 includes a decision of a patent office or other authority exercising functions of a court.
[12] The relationship of this provision with Article 9, paragraph 1 *f)* requires further consideration.
[13] The intention of this provision is to prevent recognition or enforcement of judgments given in either Contracting or non-Contracting States in contravention of an exclusive choice of court agreement, save where the exceptions in Article 7 apply. The policy and the drafting require further consideration.

Article 13 – Pièces à produire

1 La partie qui invoque la reconnaissance ou qui demande l'exécution doit produire :

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

b) l'accord exclusif d'élection de for, ou une preuve de son existence ;

c) s'il s'agit d'un jugement par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;

d) 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 ;

e) dans le cas prévu à l'article 12, un certificat du tribunal d'origine attestant que la transaction est exécutoire, en tout ou en partie, comme l'est un jugement, dans l'État d'origine.

2 Si le contenu du jugement ne permet pas au tribunal requis de vérifier que les conditions du présent chapitre sont remplies, ce tribunal peut exiger tout document nécessaire.

3 Une demande de reconnaissance ou d'exécution peut être accompagnée de la formule recommandée et publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

4 Le tribunal requis peut exiger la traduction de tout document mentionné dans cet article.

Article 14 – Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, est régie par le droit de l'État requis sauf si la présente Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité.

Article 15 – Dommages et intérêts

1 Un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnu et exécuté dans la mesure où des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis. Ce paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine.

Proposition alternative du Comité de rédaction :
Modifier l'article 15(1) comme suit :

1 *La partie d'un* jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnue et exécutée *si, et* dans la mesure où, des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis. Ce paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine.

Article 13 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) the exclusive choice of court agreement, or evidence of its existence;

c) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

d) all documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

e) in the case referred to in Article 12, a certificate of the court of origin that the settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

2 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a form recommended and published by The Hague Conference on Private International Law.

4 The court addressed may require a translation of any document referred to in this Article.

Article 14 – Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

Article 15 – Damages

1 A judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced to the extent that a court in the requested State could have awarded similar or comparable damages. Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.

Alternative suggestion by the Drafting Committee:
Amend Article 15(1) as follows:

1 *A part of* a judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced *if, and* to the extent that, a court in the requested State could have awarded similar or comparable damages. Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.

2 *a)* Lorsque le débiteur convainc le tribunal requis, après que le créancier a eu la possibilité d'être entendu, que dans les circonstances en ce compris celles existant dans l'État d'origine, des dommages et intérêts manifestement excessifs ont été accordés, la reconnaissance et l'exécution peuvent être accordées pour un montant inférieur.

b) En aucun cas, le tribunal requis ne peut reconnaître ou exécuter le jugement pour un montant inférieur à celui qui aurait pu être accordé par les tribunaux de l'État requis, dans les mêmes circonstances, en prenant en considération également celles existant dans l'État d'origine[14].

3 Pour l'application des paragraphes précédents, le tribunal requis prend en considération le montant éventuellement accordé par le tribunal d'origine pour couvrir les frais et dépens du procès.

*Au cas où la Session Diplomatique déciderait de biffer le paragraphe 2 de l'article 15, le Comité de rédaction proposerait la modification suivante de l'article 15 :**

*1 La partie d'*un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnue et exécutée *si, et* dans la mesure où, des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis.

2 Le tribunal requis prend en considération si et dans quelle mesure *le montant accordé* au titre des dommages et intérêts *par le tribunal d'origine* sert à *couvrir les frais et dépens du procès.*

3 Cet article *n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine.*

* *Ce texte est limité aux conséquences nécessaires de l'omission du paragraphe 2 pour la rédaction, et ne traduit pas la possibilité d'autres éventuelles propositions de politique résultant d'une telle suppression.*

Article 16 – Divisibilité

La reconnaissance ou l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement est accordée, si la reconnaissance ou l'exécution de cette partie est demandée ou si seule une partie du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

Proposition du Comité de rédaction :

Article 16 bis *– Dispositions transitoires*

1 La présente Convention s'applique aux accords exclusifs d'élection de for conclus après son entrée en vigueur pour l'État du tribunal élu.

2 La Convention ne s'applique pas aux litiges intentés avant l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État du tribunal saisi.

[14] Il a été proposé de biffer ce deuxième paragraphe.

2 *a)* Where the debtor, after proceedings in which the creditor has the opportunity to be heard, satisfies the court addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages have been awarded, recognition and enforcement may be limited to a lesser amount.

b) In no event shall the court addressed recognise or enforce the judgment for an amount less than that which could have been awarded in the requested State in the same circumstances, including those existing in the State of origin.[14]

3 In applying the preceding paragraphs, the court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

*In case the Diplomatic Session should decide to delete paragraph 2 of Article 15, the Drafting Committee would suggest the following redraft of Article 15:**

1 A *part of a* judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced *if, and* to the extent that, a court in the requested State could have awarded similar or comparable damages.

2 The court addressed shall take into account whether and to what extent *the damages awarded by the court of origin* serve to *cover costs and expenses relating to the proceedings.*

3 Nothing in this Article *shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.*

* *This text is limited to the necessary drafting consequences of omitting paragraph 2, and does not reflect the possibility of further policy proposals consequential on such a deletion.*

Article 16 – Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

Suggestion by the Drafting Committee:

Article 16 bis *– Transitional provisions*

1 This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded after its entry into force in the State of the chosen court.

2 This Convention shall not apply to proceedings instituted before the Convention entered into force in the State of the court seised.

[14] It was proposed that paragraph 2 be deleted.

Article 17 – Dispense de la légalisation

Les documents transmis ou délivrés en vertu de la présente Convention sont dispensés de toute légalisation[ou apostille] [ou de toute formalité analogue].

Article 18 – Limitation de compétence

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de connaître des litiges couverts par un accord exclusif d'élection de for s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu de situation du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige.

Proposition alternative du Comité de rédaction : Modifier l'article 18 comme suit :

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de connaître des litiges *auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique* s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu de situation du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige*[, ni au moment de la conclusion de l'accord, ni au moment de l'ouverture de la procédure].*

Article 19 – Limitation à la reconnaissance et à l'exécution

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque les parties ont leur résidence dans l'État requis et lorsque la relation entre les parties ainsi que tous les autres éléments pertinents au litige, autres que le lieu de situation du tribunal élu, sont liés uniquement à l'État requis, au moment de la conclusion de l'accord.

Proposition alternative du Comité de rédaction : Modifier l'article 19 comme suit :

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque, *au moment de la conclusion de l'accord,* les parties ont leur résidence dans l'État requis et que la relation entre les parties ainsi que tous les autres éléments pertinents au litige, autres que le lieu de situation du tribunal élu, sont liés uniquement à l'État requis, ~~*au moment de la conclusion de l'accord*~~.

Article 20 – Limitation relative aux matières liées à l'amiante

Au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, un État peut déclarer qu'il n'applique pas la Convention aux accords exclusifs d'élection de for dans les matières liées à l'amiante[15].

[15] Certaines délégations ont proposé que d'autres matières particulières devraient être mentionnées dans cette disposition, telles que les matières premières et les coentreprises (*joint ventures*). Ces propositions sont liées aux questions qui se posent par rapport aux articles 7 et 9.

Article 17 – No legalisation

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation[or *apostille*][or any analogous formality].

Article 18 – Limitation of jurisdiction

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to determine disputes covered by an exclusive choice of court agreement if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.

Alternative suggestion by the Drafting Committee: Amend Article 18 as follows:

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to determine disputes *to which an exclusive choice of court agreement applies* if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute*[either at the time the agreement is concluded or at the time of commencement of the proceedings].*

Article 19 – Limitation of recognition and enforcement

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment of a court in another Contracting State if the parties are resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, are connected only with the requested State, at the time the agreement is concluded.

Alternative suggestion by the Drafting Committee: Amend Article 19 as follows:

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment of a court in another Contracting State if, at the time the agreement is concluded, *the parties are resident in the requested State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, are connected only with the requested State* ~~at the time the agreement is concluded.~~

Article 20 – Limitation with respect to asbestos related matters

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that it will not apply the provisions of the Convention to exclusive choice of court agreements in asbestos related matters.[15]

[15] Some delegations have proposed that further specific subject matters should be referred to in this provision, such as natural resources and joint ventures. These proposals are linked to issues that arise in relation to Articles 7 and 9.

Proposition alternative du Comité de rédaction :
Remplacer l'article 20 par le texte suivant :

Article 20 – Déclarations à l'égard de matières particulières

1 Un État peut déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention à une matière particulière autres que celles exclues en vertu de l'article 2, paragraphe 2 [et qui relève de la compétence exclusive des tribunaux de cet État].

2 À l'égard d'une telle matière, la Convention ne s'applique pas dans les autres États contractants lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne un tribunal de l'État ayant fait la déclaration.

3 La déclaration peut être faite lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ou à tout moment ultérieur et pourra être modifiée ou retirée à tout moment.

4 La déclaration est notifiée au dépositaire.

5 Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion prendra effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné.

*6 Une déclaration faite ultérieurement, ainsi qu'une modification ou le retrait d'une déclaration prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Une telle déclaration ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for conclus avant qu'elle ne prenne effet.**

* *Les dispositions relatives à l'établissement de la déclaration ont été insérées dans ce projet afin de faciliter la lecture. Lors de la rédaction des dispositions finales, elles pourront être retirées de l'article 20 et être insérées à l'article 29 traitant des déclarations.*

Article 21 – Interprétation uniforme

Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

Article 22 – Système juridique non unifié

1 Au regard d'un État contractant dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ayant trait aux questions réglées par la présente Convention s'appliquent dans des unités territoriales différentes :

a) toute référence à la loi ou à la procédure d'un État vise, le cas échéant, la loi ou la procédure en vigueur dans l'unité territoriale considérée ;

b) toute référence à la résidence dans cet État vise, le cas échéant, la résidence dans l'unité territoriale considérée ;

c) toute référence au tribunal ou aux tribunaux dans cet État vise, le cas échéant, le tribunal ou les tribunaux dans l'unité territoriale considérée ; et

d) toute référence au lien avec un État vise, le cas échéant, le lien avec l'unité territoriale concernée.

2 Nonobstant le paragraphe précédent, un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas

Alternative suggestion by the Drafting Committee:
Replace Article 20 with the following:

Article 20 – Declarations with respect to specific matters

1 A State may declare that it will not apply the Convention to a specific matter other than those excluded under Article 2, paragraph 2 [which falls within the exclusive jurisdiction of the courts of that State].

2 With regard to that matter, the Convention shall not apply in other Contracting States where an exclusive choice of court agreement designates a court of the State that made the declaration.

3 The declaration may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

4 The declaration shall be notified to the Depositary.

5 A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.

*6 A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the Depositary. Such a declaration shall not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect.**

* *Provisions in relation to the making of declarations have been included in this draft for ease of reference. When the final clauses are drafted, these provisions can be removed from Article 20 and included in the general Article 29 dealing with declarations.*

Article 21 – Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 22 – Non-unified legal system

1 In relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to any matter dealt with in this Convention –

a) any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law or procedure in force in the relevant territorial unit;

b) any reference to residence in a State shall be construed as referring, where appropriate, to residence in the relevant territorial unit;

c) any reference to the court or courts of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the court or courts in the relevant territorial unit;

d) any reference to a connection with a State shall be construed as referring, where appropriate, to a connection with the relevant territorial unit.

2 Notwithstanding the preceding paragraph, a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to apply this Conven-

tenu d'appliquer la présente Convention aux situations qui, y compris le lieu de situation du tribunal élu[16], impliquent uniquement ces différentes unités territoriales.

3 Un tribunal dans une unité territoriale dans un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter un jugement d'un autre État contractant pour le seul motif que le jugement a été reconnu ou exécuté par un tribunal d'une autre unité territoriale du même État contractant selon la présente Convention.

Article 23 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

1 Aux fins de cet article, « instrument international » signifie un traité international ou des règles établies par une organisation internationale en vertu d'un traité international.

2 Sous réserve des paragraphes 4 et 5, la présente Convention n'affecte pas les instruments internationaux auxquels les États contractants sont parties et qui contiennent des dispositions sur des matières régies par la présente Convention, sauf déclaration contraire des États contractants liés par un tel instrument.

3 La présente Convention n'affecte pas la possibilité, pour un ou plusieurs États contractants, de conclure des instruments internationaux qui contiennent des dispositions sur des matières régies par la présente Convention, à condition que ces instruments n'affectent pas, dans les rapports de ces États contractants avec d'autres États contractants, l'application des dispositions de la présente Convention.

4 Lorsqu'un État contractant est également partie à un instrument international qui contient des dispositions sur des matières régies par la présente Convention, celle-ci prévaut dans les matières relatives à la compétence, sauf lorsque :

a) le tribunal élu est situé dans un État dans lequel l'instrument est applicable ; et

b) toutes les parties résident[uniquement] soit dans un État dans lequel l'instrument est applicable, soit dans un État non contractant[17].

5 La présente Convention ne restreint pas l'application d'un instrument international liant l'État d'origine et l'État requis aux fins de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement. [Toutefois, le jugement ne sera pas reconnu ou exécuté dans une moindre mesure qu'en vertu de la présente Convention.]

6 [Nonobstant les][Sous réserve des] paragraphes 4 et 5, la présente Convention n'affecte pas la possibilité, pour un ou plusieurs États contractants, de continuer à appliquer ou de conclure des instruments internationaux qui, concernant des matières particulières, régissent la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si tous les États en cause sont parties à la présente Convention.

[16] Lorsque le tribunal élu est situé dans un autre État contractant, l'article 19 s'applique.
[17] La politique législative à la base de cette disposition et sa rédaction requièrent davantage de discussion. L'un des effets du présent projet tient en la primauté de la Convention lorsque le tribunal élu est dans un État contractant dans lequel l'instrument est applicable, une partie réside dans un État contractant dans lequel l'instrument n'est pas applicable et l'autre partie réside dans un État non contractant dans lequel l'instrument est applicable. Il a été proposé que la Convention ne devrait pas viser à l'emporter sur d'autres instruments liant un État contractant dans ses relations avec des États non contractants. Une autre approche pourrait être de remplacer le paragraphe 4, lettre *b)*, par le texte qui suit : « *b)* l'une des parties réside dans un État non contractant dans lequel l'instrument est applicable, ou qu'il existe un autre lien pertinent entre les parties ou le litige et un tel État ».

tion to situations which, including the location of the chosen court,[16] involve solely such different territorial units.

3 A court in a territorial unit of a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced by a court in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention.

Article 23 – Relationship with other international instruments

1 For the purposes of this Article, "international instrument" means an international treaty or rules made by an international organisation under an international treaty.

2 Subject to paragraphs 4 and 5, this Convention does not affect any international instrument to which Contracting States are parties and which contains provisions on matters governed by this Convention, unless a contrary declaration is made by the Contracting States bound by such instrument.

3 This Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to enter into international instruments which contain provisions on matters governed by this Convention, provided that these instruments do not affect, in the relationship of such Contracting States with other Contracting States, the application of the provisions of this Convention.

4 Where a Contracting State is also a party to an international instrument which contains provisions on matters governed by this Convention, this Convention shall prevail in matters relating to jurisdiction except where –

a) the chosen court is situated in a State in which the instrument is applicable; and

b) all the parties are resident[only] either in a State in which the instrument is applicable or in a non-Contracting State.[17]

5 This Convention shall not restrict the application of an international instrument in force between the State of origin and the requested State for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment. [However the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.]

6 [Notwithstanding] [Subject to] paragraphs 4 and 5, this Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to continue to apply or to enter into international instruments which, in relation to specific subject matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if all States concerned are parties to this Convention.

[16] Where the chosen court is located in another Contracting State, Article 19 applies.
[17] The policy and drafting of this paragraph requires further discussion. One result of the present draft is that the Convention prevails where the chosen court is in a Contracting State in which the instrument is applicable, one party is resident in a Contracting State in which the instrument is not applicable, and the other party is resident in a non-Contracting State in which the instrument is applicable. It was proposed that the Convention should not seek to prevail over other instruments binding a Contracting State in its relations with non-Contracting States. An alternative approach would be to replace paragraph 4 *b)* with the following: "*b)* a party is resident in a non-Contracting State in which the instrument is applicable, or there is some other relevant connection between the parties or the dispute and such a State."

Proposition alternative du Comité de rédaction :
Remplacer l'article 23 par le texte suivant :

1 À l'exception de ce qui est prévu aux paragraphes 2 et 4, cette Convention n'affecte pas les instruments internationaux en vigueur dans un État contractant, conclus avant ou après la présente Convention, sauf déclaration contraire des États contractants liés par un tel instrument.

2 La présente Convention prévaut sur tout autre instrument international applicable dans un État contractant, conclu avant ou après la présente Convention, si le tribunal élu est situé, ou si une des parties réside, dans un État contractant dans lequel l'instrument n'est pas applicable.

[3 Nonobstant le paragraphe 2, un État contractant n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention dans la mesure où cette application serait incompatible avec ses obligations à l'égard d'un État non contractant, en vertu d'un traité conclu préalablement à l'adoption du texte de la présente Convention[, et à l'égard duquel l'État contractant a fait une déclaration en vertu du présent paragraphe].]

Alternative au paragraphe 3 :

[3 Nonobstant le paragraphe 2, un État contractant n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention dans la mesure où cette application serait incompatible avec ses obligations à l'égard d'un État non contractant en vertu d'un traité entré en vigueur pour cet État contractant avant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention pour cet État contractant[, et à l'égard duquel l'État contractant a fait une déclaration en vertu du présent paragraphe].]

4 Nonobstant le paragraphe 2, la présente Convention ne restreint pas l'application d'un instrument international en vigueur dans un État contractant, conclu avant ou après la présente Convention, aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for. [Toutefois, le jugement ne sera pas reconnu ou exécuté dans une mesure moindre qu'en vertu de la présente Convention.]

*5 [Nonobstant les paragraphes 2 et 4, la présente Convention n'affecte pas la possibilité, pour un ou plusieurs États contractants, d'appliquer ou de se joindre à des instruments internationaux qui, concernant des matières particulières, régissent la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si tous les États concernés sont parties à la présente Convention.]**

6 Aux fins de cet article, « instrument international » signifie un traité international ou des règles établies par une organisation internationale en vertu d'un traité international.

** Si un système de déclaration tel qu'envisagé à l'article 20 révisé est adopté, ce paragraphe ne sera peut-être pas nécessaire.*

Alternative suggestion by the Drafting Committee:
Replace Article 23 with the following:

1 Except as provided in paragraphs 2 and 4, this Convention shall not affect any international instrument in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, unless a contrary declaration is made by the Contracting States bound by such instrument.

2 This Convention shall prevail over any international instrument applicable in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, if the chosen court is situated, or a party is resident, in a Contracting State in which the instrument is not applicable.

[3 Notwithstanding paragraph 2, a Contracting State shall not be required to apply this Convention to the extent that to do so would be incompatible with obligations to a non-Contracting State under a treaty concluded prior to the adoption of the text of this Convention[, and in respect of which the Contracting State has made a declaration under this paragraph].]

Alternative version of paragraph 3:

[3 Notwithstanding paragraph 2, a Contracting State shall not be required to apply this Convention to the extent that to do so would be incompatible with obligations to a non-Contracting State under a treaty which entered into force for that Contracting State prior to the date on which this Convention entered into force for that Contracting State[, and in respect of which the Contracting State has made a declaration under this paragraph].]

4 Notwithstanding paragraph 2, this Convention shall not restrict the application of an international instrument in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement. [However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.]

*5 [Notwithstanding paragraphs 2 and 4, this Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to apply or to enter into international instruments which, in relation to specific subject matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if all States concerned are Parties to this Convention.]**

6 For the purposes of this Article, "international instrument" means an international treaty or rules made by an international organisation under an international treaty.

** If a declaration system of the kind envisaged in the revised Article 20 is adopted, this paragraph may not be necessary.*

Article 24 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

1 La Convention est ouverte à la signature de tous les États.

2 La Convention peut donner lieu à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des États signataires.

3 La Convention est ouverte à l'adhésion de tous les États qui ne sont pas signataires à partir de la date à laquelle elle est ouverte à la signature.

4 Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

Article 25 – Système juridique non unifié

1 Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État.

Article 26 – Organisations régionales d'intégration économique

1 Une Organisation régionale d'intégration économique constituée par des États souverains et ayant compétence sur certaines ou l'ensemble des matières régies par la présente Convention peut également signer, accepter, approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, l'Organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette Organisation a compétence sur des matières régies par la présente Convention.

2 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'Organisation régionale d'intégration économique notifie par écrit au dépositaire les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres ont délégué leur compétence à cette Organisation. L'Organisation notifie au dépositaire, par écrit et dans les meilleurs délais, tout changement relatif à sa compétence, telle que précisée dans la dernière notification produite au titre du présent paragraphe.

3 Aux fins de l'entrée en vigueur de la présente Convention, tout instrument déposé par une Organisation régionale d'intégration économique ne devra pas être compté comme s'ajoutant aux instruments déposés par ses États membres.

4 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, une Organisation régionale d'intégration économique peut déclarer que ses États mem-

Article 24 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession

1 The Convention is open for signature by all States.

2 The Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

3 The Convention is open for accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature.

4 Instruments of ratification, acceptance, approval and accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, Depositary of the Convention.

Article 25 – Non-unified legal system

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

2 Any such declaration shall be notified to the Depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 26 – Regional Economic Integration Organisations

1 A Regional Economic Integration Organisation which is constituted by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may equally sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.

2 The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the Depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the Depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.

3 For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted as additional to any instruments deposited by its Member States.

4 At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that its Member States, by virtue of the law of the

bres, en vertu de la loi de l'Organisation, sont liés par la présente Convention. Dans ce cas, une référence à un État contractant comprend, le cas échéant, une référence aux États membres de l'Organisation[conformément à l'article 22].

5 Une référence à un État contractant dans la présente Convention comprend, lorsque nécessaire, une référence à une Organisation régionale d'intégration économique partie à la présente Convention, avec toutes les modifications requises. Les références à un État contractant aux articles 1, paragraphe 2, 18 et 19 s'entendent notamment comme des références à l'Organisation régionale d'intégration économique.

6 L'article 9 ne s'applique pas à la reconnaissance et l'exécution des jugements dans les situations où l'État d'origine et l'État requis sont membres d'une Organisation régionale d'intégration économique partie à la présente Convention et ayant effectué la déclaration prévue au paragraphe 4. [Toutefois, le jugement ne sera pas reconnu ou exécuté dans une moindre mesure qu'en vertu de la présente Convention.]

Article 27 – Entrée en vigueur

1 La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du [troisième][18] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par l'article 24.

2 Par la suite, la présente Convention entrera en vigueur :

a) pour chaque État ou Organisation régionale d'intégration économique au sens de l'article 26 ratifiant, acceptant, approuvant ou y adhérant postérieurement, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ;

b) pour les unités territoriales auxquelles la présente Convention a été étendue conformément à l'article 25, paragraphe premier, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification de la déclaration visée dans ledit article.

Article 28 – Réserves

Article 29 – Déclarations

Article 30 – Dénonciation

1 Tout État contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification par écrit au dépositaire. La dénonciation pourra se limiter à certaines unités territoriales d'un système juridique non unifié auxquelles s'applique la présente Convention.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification par le dépositaire.

[18] Le nombre nécessaire d'instruments déposés requiert davantage de discussion, notamment en ce qui concerne les Organisations régionales d'intégration économique et leurs États membres.

Organisation, are bound by this Convention. In this case, a reference to a Contracting State includes, where appropriate, a reference to the Member States of the Organisation[in accordance with Article 22].

5 A reference to a Contracting State in this Convention includes, where appropriate, a reference to a Regional Economic Integration Organisation that is a party to this Convention, with all necessary modifications. In particular, references to a Contracting State in Articles 1, paragraph 2, 18 and 19 shall be read as references to the Regional Economic Integration Organisation.

6 Article 9 shall not apply to the recognition and enforcement of judgments in cases where the State of origin and the requested State are Member States of a Regional Economic Integration Organisation that is a party to this Convention and has made a declaration under paragraph 4. [However the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.]

Article 27 – Entry into force

1 This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the [third][18] instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 24.

2 Thereafter this Convention shall enter into force –

a) for each State or Regional Economic Integration Organisation referred to in Article 26 subsequently ratifying, accepting, approving or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b) for a territorial unit to which this Convention has been extended in accordance with Article 25, paragraph 1, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification of the declaration referred to in that Article.

Article 28 – Reservations

Article 29 – Declarations

Article 30 – Denunciation

1 A Contracting State may denounce this Convention by a notification in writing to the Depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which this Convention applies.

2 The denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the Depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the Depositary.

[18] The required number of instruments deposited remains to be discussed, in particular with regard to Regional Economic Integration Organisations and their Member States.

Article 31 – Notifications par le dépositaire

Le dépositaire notifiera aux Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux autres États et aux Organisations régionales d'intégration économique qui ont signé, ratifié, accepté, approuvé ou adhéré conformément aux articles 24 et 26, les renseignements suivants :

a) les signatures et ratifications, acceptations, approbations et adhésions prévues aux articles 24 et 26 ;

b) la date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à l'article 27 ;

c) les notifications, déclarations et retraits des déclarations prévues aux articles 18, 19, 20, 23, paragraphe 2, 25, paragraphe premier, et 26, paragraphes 2 et 4 ;

d) les dénonciations prévues à l'article 30.

Article 31 – Notifications by the Depositary

The Depositary shall notify the Members of The Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Articles 24 and 26, of the following –

a) the signatures and ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 24 and 26;

b) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 27;

c) the notifications, declarations and withdrawals of declarations referred to in Articles 18, 19, 20, 23, paragraph 2, 25, paragraph 1, and 26, paragraphs 2 and 4;

d) the denunciations referred to in Article 30.

FORMULAIRE RECOMMANDÉ

(Exemple de formulaire confirmant la délivrance et le contenu d'un jugement rendu par le Tribunal d'origine dans le but de sa reconnaissance et de l'exécution en vertu de la Convention sur les accords exclusifs d'élection de for (la « Convention »))

(LE TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(ADRESSE DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(INTERMÉDIAIRE AUPRÈS DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

(TÉL./FAX/COURRIEL DU TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

AFFAIRE / NUMÉRO DE DOSSIER .....

.....(DEMANDEUR)

c.

.....(DÉFENDEUR)

(LE TRIBUNAL D'ORIGINE) confirme par la présente qu'il a rendu un jugement dans l'affaire susvisée le (DATE) à (LOCALITÉ, ÉTAT), qui est un État contractant de la Convention. Une copie intégrale et certifiée conforme du jugement rendu par (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) est jointe en annexe à cette formule.

1 Ce tribunal a fondé sa compétence sur un accord exclusif d'élection de for :

OUI ☐ NON ☐

Dans l'affirmative, l'accord est contenu dans ou attesté par le ou les documents suivants :

2. Ce tribunal a accordé le payement du montant suivant *(veuillez indiquer toute catégorie pertinente de dommages-intérêts compris) :*

3. Ce tribunal a accordé les intérêts suivants sur le montant accordé *(veuillez indiquer le taux d'intérêt, la partie ou les parties du jugement auxquelles s'appliquent les intérêts, et la date à partir de laquelle il faut les compter)* :

4 Ce tribunal a inclus dans le jugement les frais et dépens suivants liés au procès (y compris les frais de la représentation en justice) *(Veuillez spécifier le montant de ces indemnités, y compris, le cas échéant, la part de ces indemnités pécuniaires destinée à couvrir les frais et dépens liés aux procèdures) :*

5 Ce tribunal a accordé, en tout ou en partie, le dédommagement non pécuniaire suivant *(Veuillez décrire la nature du dédommagement)* :

RECOMMENDED FORM

(Sample form confirming the issuance and content of a judgment given by the Court of Origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention on Exclusive Choice of Court Agreements (the "Convention"))

(THE COURT OF ORIGIN) .....

(ADDRESS OF THE COURT OF ORIGIN) .....

(CONTACT PERSON AT THE COURT OF ORIGIN).....

(TEL./FAX/E-MAIL OF THE COURT OF ORIGIN) .....

CASE / DOCKET NUMBER .....

.....(PLAINTIFF)

v.

.....(DEFENDANT)

(THE COURT OF ORIGIN) hereby confirms that it rendered a judgment in the above captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE), which is a Contracting State to the Convention. Attached to this form is a complete and certified copy of the judgment rendered by (THE COURT OF ORIGIN)..

1 This court based its jurisdiction on an exclusive choice of court agreement:

YES ☐ NO ☐

If so, the agreement was found in or evidenced by the following document(s):

2 This Court awarded the following payment of money (*Please indicate any relevant categories of damages included*):

3 This court awarded interest as follows *(Please specify the rate of interest, the portion(s) of the award to which interest applies, and the date from which interest is computed)*:

4 This court included within the judgment the following court costs and expenses (including lawyers' fees) related to the proceedings *(Please specify the amounts of any such awards, including where applicable, any amount(s) within a monetary award intended to cover costs and expenses relating to the proceedings)*:

5 This court awarded, in whole or in part, the following non-monetary remedy *(Please describe the nature of the remedy)*:

6 Ce jugement a été rendu par défaut :

OUI ☐ NON ☐

(Si ce jugement a été rendu par défaut, veuillez ajouter le document original ou une copie certifiée conforme attestant que l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur)

7 Ce jugement (ou une partie du jugement), fait actuellement l'objet d'un recours en/au (ÉTAT DU TRIBUNAL D'ORIGINE) :

OUI ☐ NON ☐

8 Ce jugement (ou une partie du jugement), est exécutoire en/au (ÉTAT DU TRIBUNAL D'ORIGINE) :

OUI ☐ NON ☐

Liste des documents en annexe :

Fait à . . . . . , le . . . . . 20 . .

Signature et/ou cachet

6 This judgment was rendered by default

YES ☐ NO ☐

(If this judgment was rendered by default, please attach the original or a certified copy of the document verifying notice to the defendant of the proceedings.)

7 This judgment (or a part thereof) is currently the subject of review in (STATE OF THE COURT OF ORIGIN):

YES ☐ NO ☐

8 This judgment (or a part thereof) is enforceable in (STATE OF THE COURT OF ORIGIN):

YES ☐ NO ☐

List of documents annexed:

Dated this ..... day of ....., 20.. at .....

Signature and/or stamp by an officer of the court:

Documents de travail Nos 2 et 3

Working Documents Nos 2 and 3

Distribués le mardi 14 juin 2005
Distributed on Tuesday 14 June 2005

No 2 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 5 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State *unless the dispute falls within the exclusive jurisdiction of the courts of that other State.*

3 The preceding paragraphs shall not affect rules –

a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim; or

b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State~~[unless the parties designated a specific court]~~.[1]

No 3 – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 3 – Exclusive choice of court agreements

(Work. Doc. No 1, amended as follows)

...

a) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph c) and designates, *for some or all the parties to the agreement, and* for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts;

...

c) an exclusive choice ~~of court agreement must be entered into or evidenced~~ is entered into [or evidenced] –

i) in writing; or

...

[1] If the bracketed language in Article 5, paragraph 3 *b)* is not retained, the question of whether Articles 7 and 9 should apply where a case has been transferred by the chosen court to another court in the same Contracting State remains to be considered. See the bracketed language in Articles 7 *e)* and 9, paragraph 1 *bis*.

Documents de travail Nos 4 à 13

Working Documents Nos 4 to 13

Distribués le mercredi 15 juin 2005
Distributed on Wednesday 15 June 2005

No 4 – Proposal of the delegation of China

Article 3

Alternative 1:

c) an exclusive choice of court agreement must be entered into in writing or documented in writing.

A record of information (including information communicated by teletransmission) which is in tangible or other form and is capable of being reproduced in tangible form on a subsequent occasion shall be equivalent to writing.

Alternative 2:

c) an exclusive choice of court agreement must be entered into or documented in writing; or

by any other means of communication which may be reproduced in a tangible form on a subsequent occasion.

No 5 – Proposition de la Communauté européenne – Proposal of the European Community

Article 5 – Compétence du tribunal élu

1 Le tribunal ou les tribunaux d'un Etat contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul *quant au fond* selon le droit de cet Etat.

2 Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe premier ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre Etat devrait connaître du litige.

3 Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives :

a) à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande;

b) à la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un Etat contractant ~~[sauf si les parties ont désigné un tribunal particulier]~~. *Toutefois, le choix des parties doit être dûment pris en considération.*

* * *

Article 5 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction

to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void *as to it substance* under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 The preceding paragraphs shall not affect rules –

a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim; or

b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State ~~[unless the parties designated a specific court]~~. *However, the choice of the parties should be taken in due account.*

No 6 – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 2 – Exclusions from scope

3 Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter excluded under that paragraph arises merely as an incidental question and not as an object of the proceedings. *In particular, insurance (or reinsurance) is not excluded from the scope of this Convention merely because it relates to one of the matters referred to in paragraph 2 of this Article.*

No 7 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 7 – Obligations du tribunal non élu

c) en vertu des règles impératives de compétence de l'État du tribunal saisi, les parties ne pouvaient se soustraire à la compétence des tribunaux de cet État;

* * *

Article 7 – Obligations of a court not chosen

c) under the mandatory rules on jurisdiction of the State of the court seised, the parties were unable to agree to exclude the jurisdiction of the courts of this State;

No 8 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 7 – Obligations of a court not chosen

A court in a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a very serious injustice or would be ~~manifestly~~ *otherwise* contrary to ~~fundamental principles of~~ public policy of the State of the court seised;

cc) the dispute falls within the exclusive jurisdiction of the court seised;

d) as a result of a change of circumstances which could not have been reasonably foreseen by the parties at the time of the conclusion of the choice of court agreement ~~for exceptional reasons~~, the agreement cannot reasonably be performed; or

e) the chosen court has decided not to hear the case[, except where it has transferred the case to another court of the same State as permitted by Article 5, paragraph 3 b)].

No 9 – Proposition des délégations de la Nouvelle-Zélande, des États-Unis d'Amérique et de la Communauté européenne – Proposal of the delegations of New Zealand, the United States of America and of the European Community

Article 7 – Obligations du tribunal non élu

……

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice ~~très grave~~ *manifeste* ou serait manifestement contraire ~~aux principes fondamentaux de~~ *à* l'ordre public de l'Etat du tribunal saisi;

d) pour des motifs exceptionnels, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre; ou

[...]

* * *

Article 7 – Obligations of a court not chosen

...

c) giving effect to the agreement would lead to a ~~very serious~~ *manifest* injustice or would be manifestly contrary to ~~fundamental principles of~~ *the* public policy of the State of the court seised;

~~*d) for exceptional reasons, the agreement cannot reasonably be performed;~~ or

[...]

No 10 – Proposition de la délégation de la Nouvelle-Zélande et de la Communauté européenne – Proposal of the delegation of New Zealand and of the European Community

Article 7 – Obligations du tribunal non élu

[...]

e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige ~~[~~, sauf s'il a renvoyé l'affaire à un autre tribunal du même Etat, comme permis par l'article 5, paragraphe 3 *b)*.~~]~~ *avec l'accord des parties.*

* * *

Article 7 – Obligations of a court not chosen

[...]

e) the chosen court has decided not to hear the case ~~[~~, except where it has transferred the case to another court of the same State as permitted by Article 5, paragraph 3 b).~~]~~ *with the consent of the parties.*

No 11 – Proposition de l'Observateur de l'Union Internationale du Notariat latin – Proposal of the Observer for the International Union of Latin Notaries

Article 7 – Obligations du tribunal non élu

[...]

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice très grave découlant des circonstances qui n'étaient pas raisonnablement prévisible lors de la conclusion de l'accord [...] ;

* * *

Article 7 – Obligations of a court not chosen

[...]

c) giving effect to the agreement would lead to a very serious injustice arising from circumstances which could not have been reasonably foreseen at the time the agreement was entered into [...];

No 12 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 20 – Declarations with respect to specific matters

1 A State may declare that it will not apply the Convention to a specific matter other than those excluded under Article 2, paragraph 2, ~~[~~which falls within the exclusive jurisdiction of the courts of that State~~]~~.

2 ...

No 13 – Proposal of the delegation of Japan

Article 7 – Obligations of a court not chosen

A court in a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies unless –

a) the agreement is null and *void on any ground, including incapacity,* under the law of the State of the chosen court;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised;

...

e) the chosen court has decided not to hear the case, except where it has transferred the case to another court of the same State as permitted by Article 5, paragraph 3 *b)*.

Documents de travail Nos 14 et 15

Working Documents Nos 14 and 15

Distribué le jeudi 16 juin 2005
Distributed on Thursday 16 June 2005

No 14 – Proposal of the European Community on Article 20 (as proposed by the Drafting Committee)

Article 20

1 ... to a specific *and well defined subject* matter other than those excluded under Article 2, paragraph 2 ...

2 ...

2 a) With regard to matters covered by a declaration, Article 2, paragraph 3, and Articles 6 and 10 shall apply mutatis mutandis.

3 ...

4 ...

5 ...

6 ... Such a declaration, *modification or withdrawal* shall not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect.

No 15 – Proposition du Groupe de travail concernant les questions relatives à l'article 20 – Proposal of the Working Group on Article 20 issues

Article 20 – Déclarations à l'égard de matières spécifiques

1. Lorsqu'un État a un intérêt important à ne pas appliquer la Convention à une matière spécifique, autres que celles exclues en vertu de l'article 2, paragraphe 2, cet État peut déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention à cette matière. L'État qui fait une telle déclaration doit assurer que la portée de celle-ci n'est pas plus étendue que nécessaire et qu'elle est définie de façon claire et précise.

...

Article 21 bis – *Examen du fonctionnement de la Convention*

Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé prend des dispositions en vue de :

a) l'examen du fonctionnement pratique de la présente Convention, y compris le fonctionnement de toutes déclarations faites en vertu de l'article 20 ; et

b) l'examen de l'opportunité d'apporter des modifications à celle-ci.

* * *

Article 20 – Declarations with respect to specific matters

1 Where a State has a strong interest in not applying the Convention to a specific matter other than those excluded under Article 2, paragraph 2, that State may declare that it will not apply the Convention to that matter. The State making the declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.

...

Article 21 bis *– Review of operation of the Convention*

The Secretary General of The Hague Conference on Private International Law shall at regular intervals make arrangements for:

a) review of the operation of this Convention, including the operation of any declarations made under Article 20; and

b) consideration of whether any amendments to this Convention are desirable.

Documents de travail Nos 16 à 23
Working Documents Nos 16 to 23

Distribués le vendredi 17 juin 2005
Distributed on Friday 17 June 2005

No 16 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 20 – Declarations with respect to specific matters

...

2 With regard to that matter, the Convention shall not apply in other Contracting States where an exclusive choice of court agreement designates a court of the State that made the declaration.

2 bis *Notwithstanding any declaration made in accordance with this Article, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter excluded under that declaration arises merely as an incidental question and not as an object of the proceedings.*

...

Article 6 – Suspension of proceedings in connection with incidental question

Alternative suggestion by the Drafting Committee:

[This Convention neither requires nor precludes the suspension of proceedings before the chosen court for such reasonable time as is necessary to allow another court to decide a matter excluded under Article 2, paragraph 2, *or under any declaration made under Article 20*, which arises as an incidental question, in particular to allow the courts of the State under the law of which an intellectual property right arose to give a judgment on its validity.]

Article 10 – Incidental questions

1 Where a matter referred to in Article 2, paragraph 2, *or in any declaration made under Article 20*, arose as an incidental question, the ruling on that question shall not be recognised and enforced under this Convention.

...

No 17 – Proposal of the delegation of the United States of America

The United States of America proposes the deletion of Article 2 *k bis)*.

However, should there be no consensus to delete the provisions, we propose the following modification:

Article 2

[*k bis*) infringement of intellectual property rights other than copyright or related rights [, except where infringement proceedings are or could have been brought ~~pursuant to~~ *for violation of* a contract; ~~for the transfer or use of such rights];~~] or

No 18 – Proposal of the delegation of China

Article 2, paragraph 2

Option 1

k) Intellectual property rights, except in proceedings pursuant to a contract for the transfer or use of such rights.

Option 2

k) Validity of intellectual property rights;

k bis) Tort, including infringement of intellectual property rights, [except where infringement *of intellectual property rights* proceedings are or could have been brought pursuant to a contract for the transfer or use of such rights];

No 19 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 10 – Incidental questions

1 Where a matter *excluded under* Article 2, paragraph 2, arose as an incidental question, the ruling on that question shall not be *separately* recognised and enforced under this Convention.

2 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be refused *only* to the

Doc.trav./Work.Docs Nos 16-23

extent that it is inconsistent with a judgment on the validity of the intellectual property right rendered in the State under the law of which the intellectual property right arose.

...

No 20 – Proposition des délégations du Canada et du Japon – Proposal of the delegations of Canada and Japan

Article 10 – Questions incidentes

...

[2 Lorsque, pour rendre son jugement, il a été nécessaire au tribunal d'origine de statuer à titre incident sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, la reconnaissance et l'exécution de ce jugement peut être refusée dans la mesure où il est incompatible avec un jugement ayant statué sur la validité de ce droit de propriété intellectuelle, rendu dans l'État de la loi duquel découle ce droit de propriété intellectuelle.]

[3 Lorsque, pour rendre son jugement, il a été nécessaire au tribunal d'origine de statuer à titre incident sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, la reconnaissance et l'exécution de ce jugement peut être différée ou refusée, à la demande de l'une des parties, si une procédure sur la validité est pendante dans l'État de la loi duquel découle ce droit de propriété intellectuelle. Un tel refus n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement.]

4 Les paragraphes précédents 2 et 3 s'appliquent par analogie aux matières mentionnées à l'article 2, paragraphe 2, dans la mesure où un jugement portant sur ces matières produit ses effets non seulement dans la relation entre les parties, mais également à l'égard des tiers.

* * *

Article 10 – Incidental questions

.....

[2 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be refused to the extent that it is inconsistent with a judgment on the validity of the intellectual property right rendered in the State under the law of which the intellectual property right arose.]

[3 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be postponed or refused at the request of one of the parties if proceedings on validity are pending in the State under the law of which the intellectual property right arose. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.]

4 The preceding paragraphs 2 and 3 shall apply mutatis mutandis *to the matters provided for in Article 2, paragraph 2, to the extent that a judgment on such matters has effect not only as between the parties but also as regards all other persons.*

No 21 – Proposition de l'Union Internationale du Notariat latin – Proposal of the International Union of the Latin Notaries

Proposition A (article 20 (x))

Au moment de la ratification, de l'adhésion ou à tout autre temps, un État peut déclarer que les actes authentiques, reçus dans un État désigné par un accord d'élection de for et qui sont exécutoires comme l'est un jugement dans cet État, soient exécutés aux mêmes conditions que le jugement.

ou

Proposition B (article y)

La présente Convention ne fait pas obstacle à l'exécution, selon les mêmes conditions qu'un jugement, des actes authentiques reçus dans un État désigné par un accord d'élection de for et qui sont exécutoires dans cet État comme l'est un jugement.

Précédent :

Article 13 de la *Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages*, « La présente Convention ne fait pas obstacle dans un État contractant à l'application de règles de droit favorables à la reconnaissance des mariages conclus à l'étranger. »

Convention de La Haye sur les « accords d'élection de for entre professionnels »

La Conférence des Notariats de l'Union européenne (CNUE) souhaite formuler ses propositions sur la Convention en objet. Après examen du Document de travail « Proposition du Comité de rédaction – projet relatif aux accords exclusifs d'élection de for », la CNUE propose l'introduction d'un article 12 *bis* « Actes authentiques » dont le contenu serait le suivant : *« Les actes authentiques reçus dans un Etat contractant désigné par un accord d'élection de for et qui sont exécutoires comme l'est un jugement dans l'Etat d'origine, sont exécutés en application de la présente Convention aux mêmes conditions que le jugement ».* À ce propos, il convient avant tout de rappeler que le droit communautaire, à l'article 57 du Règlement CE/44/2001 (Bruxelles I) qui reproduit l'article 50 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (ainsi que l'article 50 de la Convention de Lugano) reconnaît l'équivalence de l'exécution forcée de l'acte authentique à celle d'un jugement et la réglemente. D'autre part, la définition « d'acte authentique » est explicitement indiquée dans l'arrêt C-260/97 du 17 juin 1999 (*Unibank*) dans lequel il est précisé que « l'authenticité doit porter sur son contenu et non pas seulement, par exemple, sur la signature, l'acte doit être exécutoire par lui-même dans l'État dans lequel il a été établi ». Précisions d'ailleurs qu'une équivalence semblable entre la force exécutoire de l'acte authentique et la force exécutoire d'un jugement était contenue dans l'article 13 du Règlement CE/200/1347 (Bruxelles II) et à présent, dans l'article 46 du Règlement CE/2201/2003. Conformément au droit communautaire actuel, il apparaît opportun de suggérer l'introduction de règles analogues, également dans le projet relatif « aux actes exclusifs d'élection de for » de la Convention de La Haye. En appui de cette proposition, les motifs suivants sont précisés : 1) les parties, tout autant que pour un accord d'élection de for, choisissent volontairement de respecter mutuellement les accords transcrits dans la conclusion d'un acte authentique ; 2) tout comme les transactions judiciaires sont conclues devant l'autorité publique représentée par le tribunal, l'acte authentique est reçu par l'autorité publique déléguée à cet effet par l'État ; 3) dans le but d'éviter un recours contentieux inutile, il est logique d'admettre que les parties

Doc.trav./Work.Docs Nos 16-23

intéressées puissent conclure un acte authentique ayant force exécutoire, même en dehors d'une procédure juridictionnelle, lorsque ceci est admis par la loi de l'Etat désigné par un accord exclusif d'élection de for. D'une manière subordonnée, mais substantiellement pour les mêmes motifs ci-dessus exposés, dans le cas où certains États contractants ne souhaitent pas accepter une règle générale comme ci-dessus proposée, l'introduction de l'article 12 *bis* «Actes authentiques» (formulé ci-dessous) pourrait être requise : *Article 12* bis *« Actes authentiques » « Par une déclaration spécifique lors de la signature ou de l'adhésion à la présente Convention, un État contractant peut admettre que les actes authentiques reçus dans un État contractant désigné par un accord d'élection de for et qui sont exécutoires comme l'est un jugement dans l'État d'origine, soient exécutés en application de la présente Convention aux mêmes conditions que le jugement ».* Dans cette seconde hypothèse, il serait possible de prévoir l'application de la Convention aux actes authentiques constituant des titres exécutoires, tout au moins dans les pays qui déjà connaissant ce type d'actes. *Conférence des Notariats de l'Union Européenne, Bruxelles, premier mars 2004*

* * *

Proposal A (Article 20 (x))

Upon ratification, accession or at any other time thereafter, a State may declare that authentic instruments executed in a State designated by a choice of court agreement which are enforceable as a judgment in that State be enforceable under the same conditions as a judgment.

or

Proposal B (Article y)

This Convention shall not prevent the enforcement under the same conditions as a judgment, of authentic instruments executed in a State designated by a choice of court agreement and which are enforceable in that State as a judgment.

Precedent:

Article 13 of the *Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages,* "This Convention shall not prevent the application in a Contracting State of rules of law more favourable to the recognition of foreign marriages."

No 22 – Proposal of the delegation of China

Article 10

[2 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right ~~other than copyright or related rights~~ was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be refused to the extent that it is inconsistent with a judgment *or decision made by other competent authority* on the validity of the intellectual property right rendered in the State under the law of which the intellectual property right arose.]

[3 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right ~~other than copyright or related rights~~ was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be postponed or refused at the request of one of the parties if proceedings on validity are pending in the State under the law of which the intellectual property right arose. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.]

No 23 – Proposal of the delegations of Australia and the Russian Federation

Article 2 – Exclusions from scope

2 ...

k) [intellectual property rights ~~*other than copyright or related rights, except in proceedings pursuant to a contract which licenses or assigns such intellectual property rights[including in proceedings for infringement of the right to which the contract relates]]*~~; or

...

3 Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter referred to in that paragraph arises merely as an incidental question and not as an object of the proceedings *(with the exception of matters referred to in sub-paragraph* k) *of paragraph 2).*

Article 10 – Incidental questions[1]

1 Where a matter referred to in Article 2, paragraph 2, arose as an incidental question, the ruling on that question shall not be recognised and enforced under this Convention.

~~[2 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be refused to the extent that it is inconsistent with a judgment[2] on the validity of the intellectual property right rendered in the State under the law of which the intellectual property right arose.[3]]~~

~~[3 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be postponed or refused at the request of one of the parties if proceedings on validity are pending in the State under the law of which the intellectual property right arose. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.]~~

[1] It was proposed to add a new paragraph 4 as follows: "The preceding paragraphs 2 and 3 shall apply *mutatis mutandis* to the matters provided for in Article 2, paragraph 2 to the extent that a judgment on such matters has effect not only as between the parties but also as regards all other persons."

[2] It is recalled that the definition of "judgment" in Article 4, paragraph 1 includes a decision of a patent office or other authority exercising functions of a court.

[3] The relationship of this provision with Article 9, paragraph 1 *f)* requires further consideration.

Documents de travail Nos 24 à 27

Working Documents Nos 24 to 27

Distribués le samedi 18 juin 2005
Distributed on Saturday 18 June 2005

No 24 – Proposition du Groupe de travail sur la propriété intellectuelle – Proposal of the Intellectual Property Working Group

Remplacer l'article 2(2) *k)* par le texte suivant :

k) la validité des droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins ;

[*k bis*) la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins [, à l'exception des litiges portant sur une contrefaçon qui sont fondés sur une rupture du contrat entre les parties relatif à de tels droits, ou qui auraient pu être fondés sur une rupture de ce contrat] ;] ou

* * *

Replace Article 2(2) *k)* with the following:

k) validity of intellectual property rights other than copyright or related rights;

[*k bis*) infringement of intellectual property rights other than copyright or related rights[, except where infringement proceedings are brought for breach of a contract between the parties relating to such rights, or could have been brought for breach of that contract];] or

No 25 – Proposal of the delegations of Japan and the United States of America

Article 9 – Recognition and enforcement

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the following grounds[1] –

a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court[2], unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the requested State;

c) the document ~~which~~ *that* instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim,

i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested, or

ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that violated *a treaty in force between the requested and requesting States and also constituted a fundamental violation of the sovereignty of the requested State* ~~the public policy of that State~~;

No 26 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 9 – Recognition and enforcement

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the following grounds –

a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court, unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

a bis) the subject matter of the proceedings can not be subject to an exclusive choice of court agreement under the law of the requested State;

b) a party lacked the capacity to enter into the agreement under the law of the requested State;

c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim,

i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, *or was not notified in accordance with the law of the State of where the notification took place; or the defendant was not duly notified of the date of the proceedings* ~~unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested~~; or

~~*ii)* was notified to the defendant in the requested State in a manner that violated the public policy of that the State;~~

d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

e) recognition or enforcement would be ~~manifestly~~ incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of ~~procedural~~ fairness of that State; ~~or~~

f) the judgment is inconsistent with a judgment given in a dispute between the same parties in the requested State, or

g) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties and involving the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State~~[under an international agreement]~~, and pro-

[1] Further consideration is required as to whether the matters covered by Article 7 *c)* and *d)* are adequately reflected in this paragraph.
[2] It has been proposed to add the words "on any ground, including incapacity".

Doc.trav./Work.Docs Nos 24-27

vided that the inconsistent judgment was not given in contravention of this Convention.

[1 *bis* Paragraph 1 shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3 *b)*.]

2 Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment rendered by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4 Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

No 27 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 7 – Obligations of a court not chosen

A court in a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies unless –

[*f) the subject matter of the proceedings can not be subject to an exclusive choice of court agreement under the law of the State of the court seised.*

Documents de travail Nos 28 à 36
Working Documents Nos 28 to 36

Distribués le lundi 20 juin 2006
Distributed on Monday 20 June 2006

No 28 – Proposal of the delegation of Australia and the United States of America

Article Q – Reciprocal declarations on recognition and enforcement of judgments based on non-exclusive choice of court agreements

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

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

a) the jurisdiction of the court rendering the judgment was based on a choice of court agreement that meets the requirements of paragraph *c)* of Article 3, but is not an exclusive choice of court agreement as defined in paragraph *a)* of Article 3, and

b) there exists neither a judgment from any other court nor a proceeding pending in any other court on the same subject matter between the same parties.

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

No 29 – Comments of the delegation of Argentina

General considerations

1 The Argentine Delegation considers that the text elaborated by the Special Commission in April 2004 is generally acceptable as far as it is consistent in principle with the guidelines of the national law in matters of recognition and enforcement of judgements that have been rendered abroad.

2 The Argentine Delegation presumes – in the absence of a specific provision – that the criteria embodied in the draft of the Convention in relation to the time to establish the "compromise clause" is based on the principle "*post litem natam*".

Article 2(2) – Exclusion from scope

The Argentine Delegation considers that – in regard to the matters listed under Article 2(2) – those should be excluded from the scope of the Convention when they arise merely as an incidental question and not only when they are objects of proceedings, giving to the exclusion – by doing so – a general application and rendering unnecessary Article 10, which could be deleted.

Article 6 – Stay of proceedings in the chosen court

The Argentine Delegation is in favour of its deletion due to the fact that the inclusion of this Article diminishes the content of Article 5 and would establish restrictions to national tribunals.

Article 11 – Judgements in contravention of exclusive choice of court agreements

The Argentine Delegation supports this article establishing the recognition and enforcement of judgements – as it is previewed in Article 8 – in contravention of exclusive choice of court agreements.

Article 13(4) – Documents to be produced

The Argentine Delegation supports the text: "the court addressed may require a translation of any document referred to in this Article".

No 30 – Proposal of the delegations of Australia and the United States of America, and of the observers of the International Association of Insurance Supervisors and the International Bar Association

Article ...

1 An exclusive choice of court agreement contained in a contract of insurance or reinsurance is included in the scope of this Convention regardless of the underlying subject matter of the insurance or reinsurance.

2 Recognition and enforcement of a judgment requiring indemnification of an insured or reinsured pursuant to such a contract is included in the scope of this Convention and shall not be refused in whole or in part on the grounds that an action to recognize or enforce a judgment on the claim indemnified might on its own have been subject to Article 15.

No 30 corrigendum –Proposal of the delegations of Australia, New Zealand and the United States of America, and of the observers of the International Association of Insurance Supervisors and the International Bar Association

Article Z – Contracts of insurance and reinsurance

1 Proceedings under a contract of insurance or reinsurance are not excluded from the scope of this convention on the ground that the contract of insurance or reinsurance relates to a matter to which this Convention does not apply.

2 Recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability under that contract includes liability in respect of an award of damages to which Article 15 might apply.

No 31 – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 15(4)

This Article does not permit a court of a Contracting State to limit recognition or enforcement of a final judgment determining coverage under a contract of insurance or reinsurance where the judgment establishes that the insurance or reinsurance contract provides indemnity coverage to the insured or reinsured with respect to its liability to pay non-compensatory damages or excessive compensatory damages.

No 32 – Proposal of the Form Working Group

Article 13(3):

An application for recognition or enforcement may be accompanied by a form, *issued by a court or appropriate person at the court in the State of origin,* recommended and published by The Hague Conference on Private International Law.

No 33 – Proposition du Goupe de travail chargé du formulaire – Proposal of the Form Working Group

FORMULAIRE RECOMMANDÉ
CONFORMÉMENT À LA CONVENTION SUR
LES ACCORDS D'ÉLECTION DE FOR
(« LA CONVENTION »)

(Exemple de formulaire confirmant la délivrance et le contenu d'un jugement rendu par le tribunal d'origine dans le but de sa reconnaissance et de son exécution en vertu de la Convention)

1 (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

ADRESSE .....

TÉL. .....

TÉLÉCOPIE .....

COURRIEL .....

2 AFFAIRE / NUMÉRO DE DOSSIER .....

3 ..... (DEMANDEUR)

c.

..... (DÉFENDEUR)

4 (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) a rendu un jugement dans l'affaire susvisée, le (DATE), à (LOCALITÉ, ÉTAT).

5 Ce tribunal a fondé sa compétence sur un accord exclusif d'élection de for visé à l'article 3 de la Convention. L'accord est contenu dans ou attesté par le ou les documents suivants :

6 Ce tribunal a accordé le payement du montant suivant *(le cas échéant, veuillez indiquer toute catégorie de dommages-intérêts compris)* :

7 Ce tribunal a accordé les intérêts comme suit *(veuillez indiquer le (ou les) taux d'intérêt, la (ou les) partie(s) des indemnités auxquelles s'appliquent les intérêts, la date à partir de laquelle les intérêts sont comptés, ainsi que toute information supplémentaire relative aux intérêts qui pourrait aider le tribunal auquel la demande de reconnaissance est soumise)* :

8 Ce tribunal a inclus dans le jugement les frais et dépens suivants liés au procès *(veuillez spécifier le montant de ces indemnités, y compris, le cas échéant, la part de ces indemnités pécuniaires destinées à couvrir les frais et dépens liés aux procédures)* :

9 Ce tribunal a accordé le dédommagement non pécuniaire suivant (*veuillez décrire la nature du dédommagement)* :

10 Ce jugement (ou une partie du jugement) fait actuellement l'objet d'un recours en / au (ÉTAT DU TRIBUNAL D'ORIGINE) :

OUI ☐ NON ☐

IMPOSSIBLE À CONFIRMER ☐

(Dans l'affirmative, veuillez spécifier la nature et l'état de la procédure de recours) :

11 Toute autre information pertinente :

12 Sont annexés au présent formulaire les documents énoncés dans la liste suivante :

☐ une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

☐ l'accord exclusif de choix de for ou l'attestation de son existence ;

☐ si le jugement a été rendu par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme d'un document attestant que l'acte introductif d'instance ou un document équivalent a été signifié à la partie défaillante ;

☐ tous les documents nécessaires pour attester que le jugement produit ses effets ou est, le cas échéant, exécutoire dans l'État d'origine ;

(le cas échéant, veuillez fournir une liste de ces documents) :

☐ dans le cas visé à l'article 12 de la Convention, un certificat du tribunal d'origine attestant que la transaction judiciaire ou une partie de cette transaction est exécutoire dans l'État d'origine de la même façon qu'un jugement.

☐ autres documents : .....

13 Fait à ....., le ..... 20 . .

14 Signature et/ou cachet du tribunal ou d'une personne appropriée du Tribunal.

PERSONNE DE CONTACT : .....

TÉL. : .....

TÉLÉCOPIE : .....

COURRIEL : .....

* * *

RECOMMENDED FORM
UNDER THE CONVENTION ON
CHOICE OF COURT AGREEMENTS
("THE CONVENTION")

(Sample form confirming the issuance and content of a judgment given by the court of origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention)

1 (THE COURT OF ORIGIN) .....

ADDRESS .....

TEL. .....

FAX .....

E-MAIL .....

2 CASE / DOCKET NUMBER .....

3 ..... (PLAINTIFF)

v.

..... (DEFENDANT)

4 (THE COURT OF ORIGIN) rendered a judgment in the above captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE).

5 This Court based its jurisdiction on an exclusive choice of court agreement within the meaning of Article 3 of the Convention that was found in or evidenced by the following document(s):

6 This Court awarded the following payment of money *(Please indicate, where applicable, any categories of damages included):*

7 This Court awarded interest as follows (*Please specify the rate(s) of interest, the portion(s) of the award to which interest applies, the date from which interest is computed, and any further information regarding interest that would assist the recognizing court*):

8 This Court included within the judgment the following court costs and expenses related to the proceedings *(Please specify the amounts of any such awards, including where applicable, any amount(s) within a monetary award intended to cover costs and expenses relating to the proceedings)*:

9 This Court awarded the following non-monetary relief *(Please describe the nature of such relief)*:

10 This judgment (or a part thereof) is currently the subject of review in (STATE OF THE COURT OF ORIGIN):

YES ☐ NO ☐

UNABLE TO CONFIRM ☐

(If "yes" please specify the nature and status of such review):

11 Any other relevant information:

12 Attached to this form are the documents marked in the following list:

☐ a complete and certified copy of the judgment;

☐ the exclusive choice of court agreement, or evidence of its existence;

☐ if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

☐ all documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

(List if applicable):

☐ in the case referred to in Article 12 of the Convention, a certificate of the court of origin that the settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

☐ other documents: .....

13 Dated this ..... day of ....., 20.. at .....

14 Signature and/or stamp by a court or appropriate person at the court

CONTACT PERSON: .....

TEL.: .....

FAX: .....

E-MAIL: .....

No 34 – Proposition du Groupe de travail chargé du formulaire – Proposal of the Form Working Group

Article 13(3) :

3 Une demande de reconnaissance ou d'exécution peut être accompagnée *d'un document, délivré par un tribunal ou une personne autorisée du tribunal de l'État d'origine, sous la forme* recommandée et publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

* * *

Article 13(3)

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a *document, issued by a court, or appropriate person at the court, in the State of origin, in the form* recommended and published by The Hague Conference on Private International Law.

No 35 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 11 – Judgments in contravention of exclusive choice of court agreements

Delete Article 11.

No 36 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 13 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) the exclusive choice of court agreement, or *a certified copy thereof* [, or evidence of its existence];

c) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was *duly* notified to the defaulting party *as well as the evidence that the defaulting party was duly notified of the date of the proceedings*;

d) all documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

e) in the case referred to in Article 12, a certificate of the court of origin that the settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

2 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a form recommended and published by The Hague Conference on Private International Law.

4 *The documents referred to in this Article shall be made in an official language of the requested State or accompanied by a certified translation* ~~The court addressed may require a translation of any document referred to in this Article~~.

Documents de travail Nos 37 à 40
Working Documents Nos 37 to 40

Distribués le mardi 21 juin 2005
Distributed on Tuesday 21 June 2005

No 37 – Proposal of the delegations of the Russian Federation and Ukraine

Article 9 Recognition and enforcement

Sub-paragraph *c)* should read as follows:

c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim,

i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, *or was not notified in accordance with the law of the State of where the notification took place; or the defendant was not duly notified of the date of the proceedings* unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested; or

~~*ii)* was notified to the defendant in the requested State in a manner that violated the public policy of that the State;~~

No 38 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 12 – Judicial transactions

Judicial transactions, which a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement has approved or which ~~have been~~ *the parties* concluded before that court in the course of proceedings, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced *as a judgment* under this Convention ~~in the same manner as a judgment~~.

Article 13 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) the exclusive choice of court agreement, or evidence of its existence;

c) if the judgment was rendered by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

d) all documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

e) in the case referred to in Article 12, a certificate of the court of origin that the *judicial transaction* or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

2 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a form recommended and published by The Hague Conference on Private International Law.

4 The court addressed may require a translation of any document referred to in this Article.

No 39 – Proposal of the delegations of Australia, Japan, New Zealand, the United States of America and of the European Community

Article 9(1) c)

Replace sub-paragraph *ii)* with the following:

ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is manifestly incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents.

No 40 – Proposal of the delegations of New Zealand, the United States of America and of the European Community

Article 7 e)

Omit all words in square brackets.

Article 9(1 bis)

Paragraph 1 shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3. However where the chosen court had discretion as to whether to transfer the case to another court, recognition or enforcement of the judgment may be refused against a party who objected to the transfer.

Documents de travail Nos 41 à 49

Working Documents Nos 41 to 49

Distribués le mercredi 22 juin 2005
Distributed on Wednesday 22 June 2001

No 41 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 2 – Exclusions from scope

1 The Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements –

a) to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party; or

b) relating to contracts of employment, including collective agreements.

2 The Convention shall not apply to the following matters –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition and analogous matters;

f) contracts for the carriage of passengers or goods ~~by sea[, and other admiralty or maritime matters]~~;

g) anti-trust (competition) matters;

h) liability for *personal injury or damage to property, including* nuclear damage;

i) rights *in rem* in immovable property[and tenancies of immovable property];

i bis) matters relating to State property rights, including privatisation, nationalisation and other administration of property rights procedures,

j) the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs;

k) [intellectual property rights ~~other than copyright or related rights, except in proceedings pursuant to a contract which licenses or assigns such intellectual property rights[including proceedings for infringement of the right to which the contract relates]]~~];[1] or

l) the validity of entries in public registers.

3 Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter ~~referred to in~~ *excluded under* that paragraph arises merely as an incidental question and not as an object of the proceedings.

Alternative suggestion by the Drafting Committee: Article 2(3) – amend as follows:

Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter excluded under *that paragraph arises merely as an incidental question and not as an object of the proceedings.*

~~*In particular, proceedings are not excluded from the scope of the Convention merely because a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence.*~~

4 The Convention shall not apply to arbitration and related proceedings.

5 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government, a governmental agency or any person acting for a State is a party thereto.

6 Nothing in this Convention *shall* affects the privileges and immunities of ~~sovereign~~ States *and their property,* or of entities *(including agencies and instrumentalities)* of ~~sovereign~~ States,[2] or of international organisations.

[1] According to this draft, validity as a principal issue is excluded from the scope of the Convention.

[2] See the United Nations Convention on jurisdictional immunities of States and their property, adopted by the United Nations General Assembly at its 59th Session on 4 December 2004.

No 42 – Proposal of the delegations of Australia and the United States of America

Article 2 – Exclusions from scope

...

contracts for the carriage of passengers or goods ~~by sea[, and other admiralty or maritime matters]~~;

...

No 43 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 2 – Exclusions from scope

i) rights *in rem* in immovable property ~~[and tenancies of immovable property]~~;

No 44 – Proposal of the delegation of Japan

Article 2 – Exclusions from scope

...

2 The Convention shall not apply to the following matters-

...

f) contracts for the carriage of passengers or goods by sea[, and other admiralty or maritime matters];

...

or

2 The Convention shall not apply to the following matters–

...

f) contracts for the carriage of passengers or goods ~~by sea[, and other admiralty or maritime matters]~~;

f) bis limitation of liability of shipowners;

...

No 45 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 2 – Exclusions from scope

i) rights ~~*in rem*~~ in immovable property ~~[and tenancies of immovable property]~~;

No 46 – Proposal of the delegation of China

Article 2(2) [X]

[tort] [personal injury or damage to property] except where it is covered by a contract concluded prior to the occurrence of the [injury or damage] [tort].

No 47 – Proposal of the delegations of Australia, New Zealand and the United States of America

Article 11

Where the parties are bound by an exclusive choice of court agreement, the courts of a Contracting State shall not rec-

Doc.trav./Work.Docs Nos 41-49

ognise or enforce a judgment from a non-Contracting State if the judgment would have been given in contravention of this Convention if the State of origin had been a Contracting State. However, this Article shall not prevent recognition or enforcement of a judgment –

a) against the party who commenced proceedings in the non-Contracting State;

b) against a party who entered an appearance before the court of the non-Contracting State, and had an opportunity to object to the jurisdiction of that court, but did not do so.

No 48 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 2(2) [X]

Tort, including personal injury or damage to property, except where damage to property is covered by a contract concluded prior to the occurrence of the damage.

No 49 – Proposition des délégations d'Australie et du Canada – Proposal of the delegations of Australia and Canada

Si l'article 20(2) *a)* du Document de travail No 14 ou l'article 20(2) *bis* du Document de travail No 16 est adopté :

Il faudrait ajouter à la fin de cette disposition :

« L'application de ce paragraphe à toute déclaration en vertu de l'article 20 peut être exclue ou limitée expressément par la déclaration. »

* * *

If either Article 20(2) *a)* in Working Document No 14 or Article 20(2) *bis* in Working Document No 16 is adopted:

There should be added at the end of that provision:

"The application of this paragraph to any declaration under Article 20 may be expressly excluded or limited by the terms of that declaration."

Documents de travail Nos 50 à 52
Working Documents Nos 50 to 52

Distribués le jeudi 23 juin 2005
Distributed on Thursday 23 June 2005

No 50 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 17 – No legalisation

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation[or *apostille*][~~or any analogous formality~~].

No 51 – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 6 – Suspension of proceedings in connection with incidental question

This Convention neither requires nor precludes the suspension of proceedings before the chosen court for such reasonable time as is necessary to allow another court to decide a matter excluded under Article 2, paragraph 2, which arises as an incidental question, in particular to allow the courts of the State under the law of which an intellectual property right arose to give a judgment on its validity, *if there is a high probability that the intellectual property right will be revoked completely or partially by those courts.*

Article 10 – Incidental questions

3 Where an incidental ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights was necessary for the judgment of the court of origin, recognition or enforcement of the judgment may be postponed or refused at the request of one of the parties if proceedings on validity are pending in the State under the law of which the intellectual property right arose *and these proceedings were not brought in bad faith.* A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

No 52 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 13(4)

If the documents referred to in this Article are not made in an official language of the requested State, they must be accompanied by a certified translation into that language, unless the requested State declares otherwise.

Documents de travail Nos 53 à 63
Working Documents Nos 53 to 63

Distribués le vendredi 24 juin 2005
Distributed on Friday 24 June 2005

No 53 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article X

A Contracting State may declare that it would recognise and enforce only money judgments.

No 54 – Proposal of the European Community

Article 26 – Regional Economic Integration Organisations

1 A Regional Economic Integration Organisation which is constituted by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may

similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.

2 The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.

3 For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted unless the Regional Integration Organisation declares, in accordance with Article 26 *bis* that its Member States will not be parties to this Convention.

4 Any reference to a "Contracting State", "Contracting States",["State" or "States"] in this Convention applies equally to a Regional Economic Integration Organisation that is a party to it, where the context so requires.

Article 26 bis – *Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States*

1 At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that it exercises competence over all the provisions of the Convention and that its Member States will not be Parties to this Convention but shall be bound by virtue of the signature, acceptance, approval or accession of the Organisation.

2 In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation in accordance with paragraph 1, any reference to a "Contracting State" or "Contracting States" in this Convention applies equally to the Member States of the Organisation, where the context so requires.

No 55 – Proposal of the delegation of Switzerland

Article 23(2) and (5)

2 This Convention shall prevail over any international instrument applicable in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, if the chosen court is situated~~, or a party is resident,~~ in a Contracting State in which the instrument is not applicable.

5 [Notwithstanding paragraphs 2 and 4, this Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to apply or to enter into international instruments which, in relation to specific subject matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if all States concerned are Parties to this Convention.]

No 56 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 23 – Relationship with other international instruments

1 ~~Except as provided in paragraphs 2 and 4, t~~This Convention shall not affect any international instrument in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, unless a contrary declaration is made by the Contracting States bound by such instrument.

2 For the purposes of this Article, "international instrument" means an international treaty or rules made by an international organisation under an international treaty.

No 57 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 1(2)

2 For the purposes of Chapter II, a case is international unless[at the time the agreement is concluded][~~ and~~][*or* at the time of commencement of the proceedings] the parties are resident in the Contracting State of the court seised and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State.

No 58 – Proposition de l'observateur de l'Union internationale des transports routiers (IRU) – Proposal of the Observer for the International Road Transport Union (IRU)

(Ce document est remplacé par le Document de travail No 59 / This document was replaced by Working Document No 59)

No 59 – Proposition de l'observateur de l'Union internationale des transports routiers (IRU) – Proposal of the Observer for the International Road Transport Union (IRU)

Article 23

5 [Nonobstant les paragraphes 2 et 4, la présente Convention n'affecte ~~pas~~ *ni* la possibilité, pour un ou plusieurs États contractants, ~~d'appliquer ou~~ de se joindre à des ~~instruments internationaux~~ traités qui, concernant des matières particulières, régissent la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, *ni l'application de tels traités,* même si tous les États concernés sont parties à la présente Convention.] *Le cas échéant, la présente Convention complète tout instrument international portant sur des matières particulières conclu avant ou après l'entrée en vigueur de la présente Convention, si le tribunal élu est situé dans un État contractant dans lequel l'instrument est applicable.*

* * *

Article 23

[5 Notwithstanding paragraphs 2 and 4, this Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to ~~apply or to~~ enter into ~~international instruments~~ *any treaties* which, in relation to specific subject matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments *or the application of such treaties*, even if all States concerned are Parties to this Convention.] *Where appropriate, this Convention completes any other international instrument on specific subject matters, whether concluded before or after the entry into force of this Convention, if the chosen court is situated in a Contracting State where the instrument is applicable.*

No 60 – Proposal of the delegation of Japan

Article 23 – Relationship with other international instruments

1 Except as provided in paragraphs 2, *3* and 4, this Convention...

Doc.trav./Work.Docs Nos 53-63

2 This Convention shall prevail over any international instrument applicable in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, if the chosen court is situated, or a party is resident, in ~~a~~ *another* Contracting State in which the instrument is not applicable.

[3 Notwithstanding paragraph 2, a Contracting State shall not be required to apply this Convention to the extent that to do so would be incompatible with obligations to a non-Contracting State under a treaty which entered into force for that Contracting State prior to the date on which this Convention entered into force for that Contracting State[, and in respect of which the Contracting State has made a declaration under this paragraph].]

4 Notwithstanding paragraph 2, this Convention shall not restrict the application of an international instrument in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, for the purposes or obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of ~~a~~ *another* Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement. [However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.]

5 [Notwithstanding paragraphs 2, *3* and 4, this Convention...]

6 For the purposes of this Article, "international instrument" means an international treaty or *legally binding* rules made by an international organisation under an international treaty.

No 61 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 23 – Relationship with other international instruments

1 This Convention shall prevail over any international instrument applicable in a Contracting *Party*, whether concluded before or after this Convention, if the chosen court is situated, or a party is resident, in a Contracting *Party* in which the instrument is not applicable, *except as follows* –

a) This Convention shall not restrict the application of *another* international instrument in force in a Contracting *Party*, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting *Party* designated in an exclusive choice of court agreement. [However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.]

b) [A Contracting *Party* shall not be required to apply this Convention to the extent that to do so would be incompatible with obligations to a non-Contracting State under a treaty concluded prior to the adoption of the text of this Convention[, and in respect of which the Contracting State has made a declaration under this paragraph.]

Alternative version of paragraph *b)*:

[*b)* A Contracting *Party* shall not be required to apply this Convention to the extent that to do so would be incompatible with obligations to a non-Contracting State under a treaty which entered into force for that Contracting *Party* prior to the date on which this Convention entered into force for that Contracting *Party*[, and in respect of which the Contracting *Party* has made a declaration under this paragraph].

2 This Convention shall not affect any international instrument in force in a Contracting Party, whether concluded before or after this Convention, *if the chosen court is situated and both parties are resident in the same Contracting Party in which the instrument is applicable*[, unless a contrary declaration is made by the Contracting Parties bound by such instrument]. [Old paragraph 1 reads as follows: "Except as provided in paragraphs 2 and 4, this Convention shall not affect any international instrument in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, unless a contrary declaration is made by the Contracting States bound by such instrument."]

3 For the purposes of this Article, "international instrument" means an international treaty or rules made by an international organisation under an international treaty.

[Note that paragraph 1 is what used to be paragraph 2. Paragraph 1 *a)* and 1 *b)* used to be paragraphs 4 and 3. Paragraph 2 is what used to be paragraph 1 – but it has been revised for clarity. Paragraph 3 is what used to be paragraph 6 and what used to be paragraph 5, has been removed.]

No 62 – Proposal of the delegation of the United States of America

Article 26 – Regional Economic Integration Organisation

1 A Regional Economic Integration Organisation which is constituted by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.

[This language tracks the language found in the recently adopted Securities Convention.]

2 The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph. In each case, the Member States shall confirm the declaration made by the Regional Economic Integration Organisation to the depositary in writing.

3 For purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted, unless the Regional Integration Organisation declares in accordance with Article 26 *bis* that its Member States will not be parties to this Convention.

[4 Any reference to a "Contracting Party" or "Contracting Parties" in this Convention applies equally to a Regional Economic Integration Organisation, where the context so requires.] [If we use the term "Contracting Party" this provision may not be necessary]

Article 26 bis *– Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States*

1 At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that it exercises competence over all the provisions

of the Convention, and that its Member States will not be parties to this Convention but shall be bound by virtue of the signature, acceptance, approval or accession of the Organisation.

2 In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation in accordance with paragraph 1, any reference to a "Contracting Party", "Contracting Parties", "State" or "States" shall apply to the Member States of the Regional Economic Integration Organisation, where the context so requires.

No 63 – Proposition du Groupe de travail relatif à l'article 15 – Proposal of the Article 15 Working Group

Article 15 – Dommages et intérêts

1 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, le jugement accorde des dommages, y compris des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, qui ne compensent pas une partie pour la perte ou le préjudice réel subi.

2 Le tribunal requis prend en considération le montant éventuellement accordé par le tribunal d'origine pour couvrir les frais et dépens du procès.

Assurance relative à l'article 15

La reconnaissance et l'exécution d'un jugement relatif à la responsabilité en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance peuvent ne pas être limitées ou refusées au seul motif que la responsabilité en vertu de ce contrat pour indemniser le bénéficiaire à l'égard d'une décision accordant des dommages et intérêts auxquels l'article 15 pourrait s'appliquer.

* * *

Article 15 – Damages

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.

2 The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Insurance with respect to Article 15

Recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused solely on the ground that the liability under that contract includes liability to indemnify the insured or reinsured in respect of an award of damages to which Article 15 might apply.

Distribués le samedi 25 juin 2005
Distributed on Saturday 25 June 2005

No 64 – Proposal of the delegations of Australia, New Zealand, the United States of America and the observers for the International Association of Insurance Supervisors and the International Bar Association

Article Z – Contracts of insurance and reinsurance

1 Proceedings under a contract of insurance or reinsurance are not excluded from the scope of this convention on the ground that the contract of insurance or reinsurance relates to a matter to which this Convention does not apply.

2 Recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability under that contact includes liability to indemnify the insured or reinsured in respect of –

a matter to which this Convention does not apply; or

an award of damages to which Article 15 might apply.

No 65 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

~~Regional Economic Integration Organisation~~ *International Organisation*

No 66 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 19 – Limitation of recognition and enforcement

1 ~~Upon ratification, acceptance, approval or accession, a~~ A Contracting State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce *under this Convention* a judgment of a court in another Contracting State if the parties are resident in the requested State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, are connected only with the requested State at the time the agreement is concluded.

2 Contracting States Parties to an international treaty regulating matters governed by this Convention may also declare that their courts may refuse to recognise or enforce under this Convention a judgment of a court in a Contracting State not Party to that treaty if none of the parties are resident in Contracting States not Parties to that treaty, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, are connected only with States Parties to that treaty.

*3 The declarations referred to in the previous paragraphs may be made u*pon ratification, acceptance, approval or accession, *or at any time thereafter, and modified at any given time.*

No 67 – Proposal of the delegations of China, the Russian Federation and the United States of America

Article 2(2) add

x) tort or delict claims for personal injury of natural persons, or for damage to property not arising from a contractual relationship;

No 68 – Proposal of the delegations of the Russian Federation, Ukraine, United States of America and of the European Community

Article 1 – Scope

...

2 For the purposes of Chapter II, a case is international unless the parties are resident in the same Contracting State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State.

...

No 69 – Proposal of the delegation of Ukraine

Article 19

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment of a court in another Contracting State if, at the time the agreement is concluded *and/or at the time of commencement of the proceedings*, the parties are resident in the requested State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, are connected only with the requested State.

Alternative suggestion:

Upon ratification, acceptance, approval or accession, a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment of a court in another Contracting State if~~, at the time the agreement is concluded,~~ the parties are resident in the requested State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, are connected only with the requested State.

Documents de travail Nos 70 à 73
Working Documents Nos 70 to 73

Distribués le lundi 27 juin 2005
Distributed on Monday 27 June 2005

No 70 – Proposition des délégations du Canada et de la Chine – Proposal of the delegations of Canada and China

Article 18 – Limitation de compétence

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, *ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 25,* un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu de situation du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige[, ni au moment de la conclusion de l'accord, ni au moment de l'ouverture de la procédure].

Article 19 – Limitation à la reconnaissance et à l'exécution

Lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, *ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 25,* un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque, au moment de la conclusion de l'accord, les parties ont leur résidence dans l'État requis et que la relation entre les parties ainsi que tous les autres éléments pertinents au litige, autres que le lieu de situation du tribunal élu, sont liés uniquement à l'État requis.

* * *

Article 18 – Limitation of jurisdiction

Upon ratification, acceptance, approval or accession, *or at the time of making a declaration in terms of Article 25,* a State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute[either at the time the agreement is concluded or at the time of commencement of the proceedings].

Article 19 – Limitation of recognition and enforcement

Upon ratification, acceptance, approval or accession, *or at the time of making a declaration in terms of Article 25,* a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment of a court in another Contracting State if, at the time the agreement is concluded, the parties are resident in the requested State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, are connected only with the requested State.

No 71 – Groupe de travail sur diverses questions – Working Group on Various Matters

Inclure à l'article 2(2)

x) les demandes initiées par des, ou au nom de, personnes physiques pour des dommages personnels, ou

y) les demandes relatives à des délits pour des dommages matériels qui ne naissent pas d'une relation contractuelle.

Article 2 :

Remplacer le paragraphe 3 par le suivant :

3 Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention lorsqu'une matière exclue en vertu de ce paragraphe est soulevée à titre préalable et non à titre principal. En particulier, le seul motif qu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée à titre de défense n'exclue pas le litige du champ d'application de la Convention, si cette matière n'est pas un objet du litige.

Biffer l'article 6

Modifier l'article 9 de la manière suivante :

f) le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans un litige entre les mêmes parties dans l'État requis ; ou

g) le jugement est incompatible avec un jugement rendu antérieurement entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, à condition que le jugement rendu antérieurement réunisse les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis.

Modifier l'article 10 de la manière suivante :

Article 10 – Question préalable

1 Lorsqu'une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2, ou en vertu de l'article 20 est soulevée à titre préalable, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

2 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée dans la mesure où il est fondé sur une décision relative à une matière exclue en vertu de l'article 2(2). Toutefois dans le cas d'une décision sur un droit de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée ou différée en vertu de ce paragraphe uniquement si cette décision est incompatible avec un jugement ou une décision d'une autorité compétente ayant statué sur cette matière rendue dans cet État en vertu de la loi duquel découle ce droit de propriété intellectuelle ou une procédure sur la validité est pendante dans cet État.

3 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée dans la mesure où le jugement est fondé sur une décision relative à une matière exclue en vertu d'une déclaration faite par l'État requis en vertu de l'article 20.

Biffer l'article 11

Article 18 – Limitation de compétence

Un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu de situation du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige.

Article 19 – Limitation à la reconnaissance et à l'exécution

Un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque les parties avaient leur résidence dans l'État requis et que la relation entre les parties ainsi que tous les autres éléments pertinents au litige, autres que le lieu de situation du tribunal élu, étaient liés uniquement à l'État requis.

Remplacer l'article 20 par ce qui suit :

Article 20 – Déclarations à l'égard de matières particulières

1 Lorsqu'un État a un intérêt important à ne pas appliquer la Convention à une matière particulière, cet État peut déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention à cette matière. L'État qui fait une telle déclaration doit assurer que la portée de celle-ci n'est pas plus étendue que nécessaire et que la matière particulière exclue est définie de façon claire et précise.

2 À l'égard d'une telle matière, la Convention ne s'applique pas :

a) dans l'État contractant ayant fait la déclaration ;

b) dans les autres États contractants lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne un tribunal de l'État ayant fait la déclaration.

Insérer l'article Q après l'article 20 :

Article Q – Déclaration de réciprocité sur la reconnaissance et l'exécution de jugements rendus dans le cadre de procédures fondées sur des accords d'élection de for non exclusif

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

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

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

b) il n'existe ni un jugement d'un tribunal dans lequel des procédures auraient été initiées en conformité avec un accord d'élection de for non exclusif, ni une procédure pendante devant un autre tribunal portant sur la même question entre les mêmes parties ; et

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

* * *

Doc.trav./Work.Docs Nos 70-73

Add to Article 2(2)

x) claims for personal injury brought by or on behalf of natural persons, or

y) tort or delict claims for damage to property that do not arise from a contractual relationship.

Article 2:

Replace paragraph 3 with the following:

3 Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter excluded under that paragraph arises merely as a preliminary question and not as an object of the proceedings. In particular, the mere fact that a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence does not exclude proceedings from this Convention, if that matter is not an object of the proceedings.

Delete Article 6

Modify Article 9 as follows:

f) the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested State in a dispute between the same parties; or

g) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties and involving the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State.

Modify Article 10 as follows:

Article 10 – Preliminary questions

1 Where a matter excluded under Article 2, paragraph 2, or under Article 20, arose as a preliminary question, the ruling on that question shall not be recognised and enforced under this Convention.

2 Recognition or enforcement of a judgment may be refused to the extent that the judgment was based on a ruling on a matter that is excluded under Article 2(2). However in the case of a ruling on the validity of an intellectual property right, other than copyright or related rights, recognition or enforcement of a judgment may be refused or postponed under this paragraph only if that ruling is inconsistent with a judgment or a decision of a competent authority on that matter rendered in the State under the law of which the intellectual property right arose, or proceedings on validity are pending in that State.

3 Recognition or enforcement of a judgment may be refused to the extent that the judgment was based on a ruling on a matter that is excluded under a declaration made by the requested State under Article 20.

Delete Article 11

Article 18 – Limitation of jurisdiction

A State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.

Article 19 – Limitation of recognition and enforcement

A State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment of a court in another Contracting State if the parties were resident in the requested State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, were connected only with the requested State.

Replace Article 20 with the following:

Article 20 – Declarations with respect to specific matters

1 Where a State has a strong interest in not applying the Convention to a specific matter, that State may declare that it will not apply the Convention to that matter. The State making the declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.

With regard to that matter, the Convention shall not apply –

a) in the Contracting State that made the declaration;

b) in other Contracting States, where an exclusive choice of court agreement designates a court of the State that made the declaration.

Insert Article Q after Article 20:

Article Q – Reciprocal declarations on recognition and enforcement of judgments based on non-exclusive choice of court agreements

1 A Contracting State may declare that its courts will recognise and enforce judgments from the courts of other Contracting States designated in a choice of court agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph *c)* of Article 3 and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, a court or courts in one or more Contracting States (a non-exclusive choice of court agreement).

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

a) the court of origin was designated in a non-exclusive choice of court agreement;

b) there exists neither a judgment from any other court in which proceedings could be brought in accordance with the non-exclusive choice of court agreement, nor a proceeding pending in any other such court on the same subject matter between the same parties; and

c) the court of origin was the court first seised in the matter.

No 72 – Proposition du Bureau Permanent – Proposal of the Permanent Bureau

Article 29 – Déclarations

1 Les déclarations visées aux articles 18 et 19 peuvent être faites au plus tard lors de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion et pourront être retirées à tout moment.

2 Les déclarations visées aux articles 20 et Q peuvent être faites lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ou à tout moment ultérieur et pourront être modifiées ou retirées à tout moment.

3 Les déclarations sont notifiées au dépositaire.

4 Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion prendra effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné.

5 Une déclaration en vertu des articles 20 ou Q qui est faite ultérieurement, ainsi qu'une modification ou le retrait d'une telle déclaration, prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

6 Une déclaration faite en vertu de l'article 20 ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for conclus avant qu'elle ne prenne effet.

Note :

Un paragraphe supplémentaire pour Q est nécessaire (élément temporel).

* * *

Article 29 – Declarations

1 Declarations referred to in Articles 18 and 19 may be made not later than at the time of ratification, acceptance, approval or accession, and may be withdrawn at any time.

2 Declarations referred to in Articles 20 and Q may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

3 The declarations shall be notified to the Depositary.

4 A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.

5 A declaration under Article 20 or Article Q made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of such a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the Depositary.

6 A declaration under Article 20 shall not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect.

Note:

Further paragraph for Q required (time element).

No 73 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 29 – Declarations

~~1 Declarations referred to in Articles 18 and 19 may be made not later than at the time of ratification, acceptance, approval or accession, and may be withdrawn at any time~~.

~~2.~~*1* Declarations referred to in *Articles 18, 19*, 20, Q, *and X*[1] may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

...

[1] Declaration on money judgments (Work. Doc. No 53 of 24 June 2005).

Documents de travail Nos 74 à 83

Working Documents Nos 74 to 83

Distribués le mardi 28 juin 2005
Distributed on Tuesday 28 June 2005

No 74 – Proposition de la délégation de la Suisse – Proposal of the delegation of Switzerland

Préambule

Les États signataires de la présente Convention,

Désireux de promouvoir le commerce et les investissements internationaux en renforçant la coopération judiciaire,

Convaincus que cette coopération peut être renforcée par des règles uniformes sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale,

Convaincus que cette coopération renforcée nécessite *en particulier* un régime juridique international apportant la sécurité et assurant l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for entre les parties à des opérations commerciales et régissant la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans le cadre de procédures fondées sur de tels accords,

Ont résolu de conclure la présente *Convention sur les accords exclusifs d'élection de for* et sont convenus des dispositions suivantes :

* * *

Preamble

The States signatory to the present Convention,

Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial co-operation,

Believing that such co-operation can be enhanced by uniform rules on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters,

Believing that such enhanced co-operation requires *in particular* a secure international legal regime that ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements by parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

Have resolved to conclude the following *Convention on Exclusive Choice of Court Agreements* and have agreed upon the following provisions –

No 75 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article M

A Contracting State may reserve the right not to recognize or enforce specified categories of judgments other than money judgments.

No 76 – Proposal of the delegation of Japan

Article 1 – Scope

...

2 For the purposes of Chapter II, a case is international unless *at the time of commencement of the proceedings* the parties are resident in the Contracting State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State.

...

Note:
Based on Working Document No 68 of 25 June 2005.

No 77 – Proposition de la délégation du Japon – Proposal of the delegation of Japan

Article 9(1 bis*)*

Paragraph 1 shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3. However where the chosen court had discretion as to whether to transfer the case to another court, recognition or enforcement of the judgment may be refused against a party who objected *if a party objected* to the transfer.

Note:
Based on Working Document No 40 of 21 June 2005.

No 78 – Proposition du Groupe de travail relatif aux articles 23 et 26 – Proposal of the Articles 23 and 26 Working Group

Article 23 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

1 Cette Convention n'affecte pas l'application d'un traité en vigueur pour un État contractant, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas partie au traité.

2 Cette Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité conclu avant l'entrée en vigueur de cette Convention pour cet État contractant, si l'application de cette Convention est incompatible avec les obligations de cet État contractant vis-à-vis de tout autre État non contractant. Ce paragraphe s'applique aussi aux traités qui révisent ou se substituent à un traité conclu avant l'entrée en vigueur de la Convention pour cet État contractant, sauf dans la mesure où la révision ou la substitution résulte en des incompatibilités nouvelles à l'égard de cette Convention.

3 Cette Convention n'affecte pas l'application d'un traité en vigueur dans un État contractant, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, afin d'obtenir la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant qui est également partie à ce traité. Toutefois, ce jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de cette Convention.

4 Lorsqu'un État contractant est partie à un traité portant sur une matière spécifique, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, et qui contient des règles relatives à la compétence juridictionnelle ou la reconnaissance et l'exécution d'un jugement, les tribunaux de cet État contractant sont appelés à interpréter cette Convention et le traité de manière la plus compatible possible.

5 Cette Convention n'affecte pas l'application des règles [d'une organisation régionale d'intégration économique] partie à cette Convention, que ces règles aient été adoptées avant ou après cette Convention :

a) lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de [l'organisation régionale d'intégration économique] ;

b) en ce qui a trait à la reconnaissance ou l'exécution entre les États membres de [l'organisation régionale d'intégration économique].

Article 26 – [Organisations régionales d'intégration économique]

1 Une [organisation régionale d'intégration économique] constituée par des États souverains et ayant compétence sur certaines matières régies par la présente Convention peut également signer, accepter et approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, [l'organisation régionale d'intégration économique] aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette organisation a compétence sur des matières régies par la présente Convention.

2 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, [l'organisation régionale d'intégration économique] notifie au dépositaire par écrit les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres ont délégué leur compétence à cette organisation. [L'organisation régionale d'intégration économique] doit notifier sans retard au dépositaire, par écrit, toute modification intervenue dans la délégation de compétence précisée dans la notification faite en vertu du présent paragraphe.

3 Pour les fins de l'entrée en vigueur de cette Convention, tout instrument déposé par [une organisation régionale d'intégration économique] n'est pas compté à moins que [l'organisation régionale d'intégration économique] déclare, en vertu de l'article 26 *bis* que ses États membres ne seront pas partie à cette Convention.

4 Toute référence à « État contractant », « États contractants », [« État » ou « États »] dans la présente Convention s'applique également à [une organisation régionale d'intégration économique] qui y est partie, lorsque approprié.

Article 26 bis *– Adhésion par une [organisation régionale d'intégration économique] sans ses États membres*

1 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, [une organisation régionale d'intégration économique] peut déclarer qu'elle a compétence pour toutes les dispositions de cette Convention et que ses États membres ne seront pas parties à cette Convention mais y seront liés en raison du fait de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion de [l'organisation].

2 Dans la mesure où une déclaration est faite par [une organisation régionale d'intégration économique] en conformité avec le paragraphe 1, toute référence à « État contractant », « États contractants », [« État » ou « États »] dans cette Convention s'applique également aux États membres de [l'organisation], lorsque approprié.

[La proposition d'utiliser les termes « Parties contractantes » à la place de « États contractants » n'a pas été discutée par ce Groupe de travail.]

Modifier l'article 2(2) comme suit :

...

f) le transport de passagers et marchandises ;

f bis) la pollution marine, limitation de la responsabilité de propriétaires de navires, les avaries générales, les contrats pour la construction et la vente de navires conclus par le constructeur du navire, ainsi que le remorquage d'urgence et sauvetage ;

...

i) les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles ;

...

Insérer un nouvel article R comme suit :

Article R – Déclarations réciproques relatives à l'étendue du champ d'application

1 Un État contractant peut déclarer que ses tribunaux reconnaîtront ou exécuteront, en vertu de cette Convention, les jugements sur une matière exclue du champ d'application de cette Convention en vertu de l'article 2(2), telle que spécifiée dans cette déclaration, rendus par les tribunaux d'autres États contractants, si ces jugements sont rendus par un tribunal d'un État contractant qui a aussi fait une telle déclaration.

2 Lorsqu'un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 fait l'objet d'une demande pour reconnaissance et exécution dans un autre État contractant qui a fait une telle déclaration, ce jugement est reconnu et exécuté conformément au chapitre III.

* * *

Article 23 – Relationship with other international instruments

1 This Convention shall not affect the application of a treaty in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, in cases where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a party to the treaty.

2 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of any treaty that was concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, if applying this Convention would be inconsistent with the obligations of that Contracting State to any non-Contracting State. This paragraph also applies to treaties that revise or replace a treaty concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, except to the extent that the revision or replacement creates new inconsistencies with this Convention.

3 This Convention shall not affect the application of a treaty in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by court of a Contracting State that is also a party to that treaty. However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.

4 Where a Contracting State is a party to a treaty on a specific subject matter, whether concluded before or after this Convention, which contains rules on jurisdiction or the recognition and enforcement of judgments, the courts of that Contracting State shall endeavour to interpret this Convention and that treaty so as to be compatible to the greatest possible extent.

5 This Convention shall not affect the application of the rules of a [Regional Economic Integration Organisation] that is a party to this Convention, whether adopted before or after this Convention –

a) where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the [Regional Economic Integration Organisation];

b) as concerns the recognition or enforcement of judgments as between Member States of the [Regional Economic Integration Organisation].

Article 26 – [Regional Economic Integration Organisations]

1 A [Regional Economic Integration Organisation] which is constituted by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The [Regional Economic Integration Organisation] shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.

2 The [Regional Economic Integration Organisation] shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The [Regional Economic Integration Organisation] shall promptly notify the Depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.

3 For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a [Regional Economic Integration Organisation] shall not be counted unless the [Regional Integration Organisation] declares in accordance with Article 26 *bis* that its Member States will not be parties to this Convention.

4 Any reference to a "Contracting State", "Contracting States",["State" or "States"] in this Convention applies equally to a [Regional Economic Integration Organisation] that is a party to it, where appropriate.

Article 26 bis *– Accession by a [Regional Economic Integration Organisation] without its Member States*

1 At the time of signature, acceptance, approval or accession, a [Regional Economic Integration Organisation] may declare that it exercises competence over all the provisions of this Convention and that its Member States will not be Parties to this Convention but shall be bound by virtue of the

Doc.trav./Work.Docs Nos 74-83

signature, acceptance, approval or accession of the [Organisation].

2 In the event that a declaration is made by a [Regional Economic Integration Organisation] in accordance with paragraph 1, any reference to a "Contracting State", "Contracting States",["State" or "States"] in this Convention applies equally to the Member States of the [Organisation], where appropriate.

[The suggestion to refer to "Contracting Parties" rather than "Contracting States" was not addressed by this Working Group.]

Amend Article 2(2) as follows:

...

f) the carriage of passengers and goods;

f bis) marine pollution, limitation of shipowners' liability, general average, contracts for the construction and sale of ships concluded by the builder of the ship, and emergency towage and salvage;

...

i) rights *in rem* in immovable property, and tenancies of immovable property;

...

Insert a new Article R as follows:

Article R – Reciprocal declarations on extensions of scope

1 A Contracting State may declare that its courts will recognise or enforce, under this Convention, judgments from the courts of other Contracting States on a matter excluded from the scope of this Convention under Article 2(2) specified in that declaration, if those judgments are given by a court of a Contracting State that has also made such a declaration.

2 When a judgment given by a court of a Contracting State that has made a corresponding declaration under paragraph 1 is presented for recognition or enforcement in another Contracting State that has made such a declaration, that judgment shall be recognised or enforced in accordance with Chapter III.

No 79 – Proposition du Groupe de travail sur diverses matières – Proposal of the Working Group on Diverse Matters

Adoption de l'article 2(2) *k bis*) comme suit :

K bis) la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins, à l'exception des litiges portant sur une contrefaçon qui sont fondés sur une rupture du contrat entre les parties relative à de tels droits, ou qui auraient pu être fondés sur une rupture de ce contrat ; ou

Article Z – Contrats d'assurance et de réassurance

1 Un litige en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au motif que le contrat d'assurance ou de réassurance porte sur une matière à laquelle la Convention ne s'applique pas.

2 La reconnaissance et l'exécution d'un jugement relatif à la responsabilité en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance peuvent ne pas être limités ou refusés au seul motif que la responsabilité en vertu de ce contrat pour indemniser le bénéficiaire à l'égard :

a) d'une matière à laquelle la Convention ne s'applique pas ; ou

b) d'une décision accordant des dommages et intérêts auxquels l'article 15 pourrait s'appliquer.

Pas de disposition relative à la seule reconnaissance et l'exécution des jugements ordonnant paiement.

* * *

Adopt Article 2(2) *k bis)* as follows:

k bis) infringement of intellectual property rights other than copyright or related rights, except where infringement proceedings are brought for breach of a contract between the parties relating to such rights, or could have been brought for breach of that contract; or

Article Z – Contracts of insurance and reinsurance

1 Proceedings under a contract of insurance or reinsurance are not excluded from the scope of this Convention on the ground that the contract of insurance or reinsurance relates to a matter to which this Convention does not apply.

2 Recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under the terms of a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability under that contract includes liability to indemnify the insured or reinsured in respect of –

a) matter to which this Convention does not apply; or

b) an award of damages to which Article 15 might apply.

No provision on declarations in respect of enforcing/recognising money judgments only.

No 80 – Proposal of the European Community

Article 2(2) f bis)

...

f bis) marine pollution, limitation of shipowners' liability *for maritime claims*, general average, contracts for the construction and sale of ships concluded by the builder of the ship, and emergency towage and salvage;

...

No 81 – Proposal of the delegation of the Russian Federation

Article 23 – Relationship with other international instruments

1 *Except as provided in paragraphs 2 and 3, this Convention shall not affect any international treaty in force, whether concluded before or after this Convention, unless a contrary declaration is made by the Contracting States bound by such instrument.*

2 This Convention shall not affect the application of a treaty in force in a Contracting State, whether concluded be-

fore or after this Convention, in cases where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a party to the treaty.

3 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of any treaty that was concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, if applying this Convention would be inconsistent with the obligations of that Contracting State to any non-Contracting State. This paragraph also applies to treaties that revise or replace a treaty concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, except to the extent that the revision or replacement creates new inconsistencies with this Convention.

4 *Notwithstanding paragraphs 2 and 3,* this Convention shall not affect the application of a treaty in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by court of a Contracting State that is also a party to that treaty. However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.

5 Notwithstanding paragraphs 2 and 3, this Convention does not affect the ability of one or more Contracting States to apply or to enter into international instruments which, in relation to specific subject matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if all States concerned are Parties to this Convention.

~~5~~ *6* ... Regional Economic Integration Organisation *International Organisation* ...

No 82 – Proposal of the delegation of China

Article 26 – [Regional Economic Integration Organisations]

1 A [Regional Economic Integration Organisation] which is constituted *solely* by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The [Regional Economic Integration Organisation] shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.

No 83 – Proposition du Bureau Permanent – Proposal of the Permanent Bureau

Article 28 – Réserves

Aucune réserve à la présente Convention n'est admise.

* * *

Article 28 – Reservations

No reservation to this Convention shall be permitted.

Document de travail No 84

Distribué le mardi 28 juin 2005

Working Document No 84

Distributed on Tuesday 28 June 2005

No 84 – Proposition du Comité de rédaction

ESQUISSE DES ARTICLES 1 À 21 *BIS*

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Article premier – Champ d'application

1 La présente Convention s'applique, dans des situations internationales, aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale.

No 84 – Proposal of the Drafting Committee

WORKING DRAFT OF ARTICLES 1 TO 21 *BIS*

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1 – Scope

1 The present Convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.

2 Aux fins du chapitre II, une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu de situation du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État.

3 Aux fins du chapitre III, une situation est internationale lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est requise.

Article 2 – Exclusions du champ d'application

1 La Convention ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for :

a) auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) est partie ;

b) relatifs aux contrats de travail, y compris les conventions collectives.

2 La Convention ne s'applique pas aux matières suivantes :

a) l'état et la capacité des personnes physiques ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les autres matières en droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires ;

d) les testaments et les successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues ;

f) les contrats de transport de passagers ou marchandises par mer[et autres matières maritimes][1] ;

g) les entraves à la concurrence ;

h) la responsabilité pour les dommages nucléaires ;

x) les demandes introduites par des, ou au nom de, personnes physiques pour des dommages à la personne ;

y) les demandes qui ne naissent pas d'une relation contractuelle et qui sont fondées sur la responsabilité délictuelle pour des dommages aux biens tangibles ;

i) les droits réels immobiliers [et les baux d'immeubles] ;

j) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, et la validité des décisions de ses organes ;

k) la validité des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et les droits voisins ;

[*k bis*) la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et les droits voisins[, à l'exception des litiges portant sur une contrefaçon qui sont fondés sur une violation du contrat entre les parties relatif à de tels droits, ou qui auraient pu être fondés sur une violation de ce contrat] ;]

l) la validité des inscriptions sur les registres publics.

[1] Le texte n'avait pas encore été discuté par la Commission II.

2 For the purposes of Chapter II, a case is international unless the parties are resident in the same Contracting State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State.

3 For the purposes of Chapter III, a case is international where recognition or enforcement of a foreign judgment is sought.

Article 2 – Exclusions from scope

1 The Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements –

a) to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party;

b) relating to contracts of employment, including collective agreements.

2 The Convention shall not apply to the following matters –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition and analogous matters;

f) contracts for the carriage of passengers or goods by sea[, and other admiralty or maritime matters][1];

g) anti-trust (competition) matters;

h) the liability for nuclear damage;

x) claims for personal injury brought by or on behalf of natural persons;

y) tort or delict claims for damage to tangible property that do not arise from a contractual relationship;

i) rights in *rem* in immovable property[and tenancies of immovable property];

j) the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs;

k) the validity of intellectual property rights other than copyright or related rights;

[*k bis*) infringement of intellectual property rights other than copyright or related rights[, except where infringement proceedings are brought for breach of a contract between the parties relating to such rights, or could have been brought for breach of that contract];]

l) the validity of entries in public registers.

[1] The text had not yet been considered by Commission II.

3 Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention lorsqu'une matière exclue en vertu de ce paragraphe est soulevée seulement à titre préalable et non comme un objet du litige. En particulier, le seul fait qu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée à titre de défense n'exclut pas le litige du champ d'application de la Convention, si cette matière n'est pas un objet du litige.

4 La Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes.

5 Un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, y est partie.

6 La présente Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États ou les organisations internationales, pour eux-mêmes et pour leurs biens.

Article 3 – Accords exclusifs d'élection de for

Aux fins de la présente Convention,

a) un «accord exclusif d'élection de for» signifie un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, qui est conforme aux exigences prévues au paragraphe *c)*, et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers dans un État contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal;

b) un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers dans un État contractant est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire;

c) un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté:

i) par écrit; ou

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

d) un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable.

Article 4 – Autres définitions

1 Au sens de la présente Convention, le terme «jugement» signifie toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance, de même que la fixation des frais du procès par le tribunal (y compris le greffier du tribunal), à condition qu'elle a trait à une décision sur le fond susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention. Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des jugements.

2 Aux fins de la présente Convention, une entité ou personne autre qu'une personne physique est réputée avoir sa résidence dans l'État:

a) de son siège statutaire;

3 Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter excluded under that paragraph arises merely as a preliminary question and not as an object of the proceedings. In particular, the mere fact that a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence does not exclude proceedings from this Convention, if that matter is not an object of the proceedings.

4 The Convention shall not apply to arbitration and related proceedings.

5 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party thereto.

6 Nothing in this Convention shall affect privileges and immunities of States, or of international organisations, in respect of themselves and of their property.

Article 3 – Exclusive choice of court agreements

For the purposes of this Convention,

a) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph *c)* and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts;

b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise;

c) an exclusive choice of court agreement must be concluded or documented –

i) in writing; or

ii) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

d) an exclusive choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.

Article 4 – Other definitions

1 In this Convention, "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that the determination relates to a decision on the merits which may be recognised or enforced under this Convention. An interim measure of protection is not a judgment.

2 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) selon le droit duquel elle a été constituée ;

c) de son administration centrale ; ou

d) de son principal établissement.

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 5 – Compétence du tribunal élu

1 Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État.

2 Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe premier ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige.

3 Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives :

a) à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande ;

b) à la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant. Toutefois, lorsque le tribunal élu dispose d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire, le choix des parties doit dûment être pris en considération.

Article 7 – Obligations du tribunal non élu

Tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique, sauf si :

a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ;

d) pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre ; ou

e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige.

Article 8 Mesures provisoires et conservatoires

Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas régies par la présente Convention. Celle-ci n'exige ni n'empêche l'octroi, le rejet ou la levée des mesures provisoires et conservatoires par le tribunal d'un État contractant. Elle n'affecte pas la possibilité pour une partie de demander de telles mesures, ni la faculté du tribunal d'accorder, de rejeter ou de lever de telles mesures.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 9 – Reconnaissance et exécution

1 Un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for sera reconnu et exécuté dans les autres États contractants conformément au

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 5 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 The preceding paragraphs shall not affect rules –

a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim;

b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State. However, where the chosen court has discretion as to whether to transfer a case, due consideration should be given to the choice of the parties.

Article 7 – Obligations of a court not chosen

A court in a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;

b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice or would be manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised;

d) for exceptional reasons beyond the control of the parties, the agreement cannot reasonably be performed; or

e) the chosen court has decided not to hear the case.

Article 8 – Interim measures of protection

Interim measures of protection are not governed by this Convention. This Convention neither requires nor precludes the grant, refusal or termination of interim measures of protection by a court of a Contracting State and does not affect whether or not a party may request or a court should grant, refuse or terminate such measures.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 9 – Recognition and enforcement

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in

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

2 Sans préjudice de ce qui est nécessaire à l'application des dispositions du présent chapitre, il n'est procédé à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'État d'origine. Le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut.

3 Un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine.

4 La reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée 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. Un tel refus n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement.

5 Cet article s'applique également à un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant suite à un renvoi de l'affaire du tribunal élu dans cet État contractant comme prévu par l'article 5, paragraphe 3. Toutefois, lorsque le tribunal élu disposait d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire vers un autre tribunal, la reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée à l'égard d'une partie qui s'était opposée au renvoi en temps opportun dans l'État d'origine.

Article 9 bis – *Refus de reconnaissance ou d'exécution*

La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée si :

a) l'accord était nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu, à moins que celui-ci n'ait constaté que l'accord est valable ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État requis ;

c) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande

i) n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense, à moins que le défendeur n'ait comparu et présenté sa défense sans contester la notification devant le tribunal d'origine, à condition que le droit de l'État d'origine permette de contester la notification ; ou

ii) a été notifié au défendeur dans l'État requis de manière incompatible avec les principes fondamentaux de l'État requis relatifs à la notification de documents ;

d) le jugement résulte d'une fraude relative à la procédure ;

e) la reconnaissance ou l'exécution serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, notamment dans les cas où la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État ;

f) le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans l'État requis dans un litige entre les mêmes parties ; ou

g) le jugement est incompatible avec un jugement rendu antérieurement dans un autre État entre les mêmes parties

accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention.

2 Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment given by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4 Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

5 This Article shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3. However where the chosen court had discretion as to whether to transfer the case to another court, recognition or enforcement of the judgment may be refused against a party who objected to the transfer in a timely manner in the State of origin.

Article 9 bis – *Refusal of recognition and enforcement*

Recognition or enforcement may be refused if –

a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court, unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the requested State;

c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim,

i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested, or

ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents;

d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State;

f) the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested State in a dispute between the same parties; or

g) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties and involving

dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque le jugement rendu antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis.

Article 10 – Questions préalables

1 Lorsqu'une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2, ou en vertu de l'article 20 a été soulevée à titre préalable, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

2 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où ce jugement est fondé sur une décision relative à une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2.

3 Toutefois, dans le cas d'une décision sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle, autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut être refusée ou différée en vertu du paragraphe précédent que si :

a) cette décision est incompatible avec un jugement ou une décision d'une autorité compétente relatif à cette matière, rendu dans l'État du droit duquel découle ce droit de propriété intellectuelle ; ou

b) une procédure sur la validité de ce droit de propriété intellectuelle est pendante dans cet État.

4 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où ce jugement est fondé sur une décision relative à une matière exclue en vertu d'une déclaration faite par l'État requis au titre de l'article 20.

Article 15 – Dommages et intérêts

1 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, le jugement accorde des dommages et intérêts, y compris des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, qui ne compensent pas une partie pour la perte ou le préjudice réels subis.

2 Le tribunal requis prend en considération si, et dans quelle mesure, le montant accordé au titre des dommages et intérêts par le tribunal d'origine est destiné à couvrir les frais et dépens du procès.

Article 12 – Transactions judiciaires

Les transactions homologuées par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for ou passées devant ce tribunal au cours d'une instance, et qui sont exécutoires au même titre qu'un jugement dans l'État d'origine, sont exécutées en vertu de la présente Convention aux mêmes conditions qu'un jugement.

Article 13 – Pièces à produire

1 La partie qui invoque la reconnaissance ou qui demande l'exécution doit produire :

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

b) l'accord exclusif d'élection de for, une copie certifiée de celui-ci ou une autre preuve de son existence ;

c) s'il s'agit d'un jugement rendu par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document attestant que l'acte

the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State.

Article 10 – Preliminary questions

1 Where a matter excluded under Article 2, paragraph 2, or under Article 20, arose as a preliminary question, the ruling on that question shall not be recognised and enforced under this Convention.

2 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded under Article 2, paragraph 2.

3 However, in the case of a ruling on the validity of an intellectual property right, other than copyright or related rights, recognition or enforcement of a judgment may be refused or postponed under the preceding paragraph only if –

a) that ruling is inconsistent with a judgment or a decision of a competent authority on that matter given in the State under the law of which the intellectual property right arose, or

b) proceedings concerning the validity of the intellectual property right are pending in that State.

4 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded under a declaration made by the requested State according to Article 20.

Article 15 – Damages

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.

2 The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

*Article 12 – Judicial Settlements (*transactions judiciaires*)*

Judicial settlements (*transactions judiciaires)* which a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement has approved, or which have been concluded before that court in the course of proceedings, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced under this Convention in the same manner as a judgment.

Article 13 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence;

c) if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document

introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;

d) 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 ;

e) dans le cas prévu à l'article 12, un certificat d'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.

2 Si le contenu du jugement ne permet pas au tribunal requis de vérifier que les conditions du présent chapitre sont remplies, ce tribunal peut exiger tout document nécessaire.

3 Une demande de reconnaissance ou d'exécution peut être accompagnée d'un document, délivré par un tribunal (y compris une personne autorisée du tribunal) de l'État d'origine, sous la forme recommandée et publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

4 Si les documents mentionnés dans le présent article ne sont pas rédigés dans une langue officielle de l'État requis, ils doivent être accompagnés d'une traduction certifiée dans une langue officielle, sauf si la loi de l'État requis en dispose autrement.

Article 14 – Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, et l'exécution du jugement sont régies par le droit de l'État requis sauf si la présente Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité.

Article 16 – Divisibilité

La reconnaissance ou l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement est accordée, si la reconnaissance ou l'exécution de cette partie est demandée ou si seule une partie du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

Article 16 bis *– Dispositions transitoires*

1 La présente Convention s'applique aux accords exclusifs d'élection de for conclus après son entrée en vigueur pour l'État du tribunal élu.

2 La Convention ne s'applique pas aux litiges engagés avant son entrée en vigueur pour l'État du tribunal saisi.

CHAPITRE IV – CLAUSES GÉNÉRALES

Article 17 – Dispense de la légalisation

Les documents transmis ou délivrés en vertu de la présente Convention sont dispensés de toute légalisation ou de toute formalité analogue, y compris une apostille.

Article 18 – Déclarations limitant la compétence

Un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu de situation du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige.

which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

d) any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

e) in the case referred to in Article 12, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

2 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a document, issued by a court (including an officer of the court) in the State of origin, in the form recommended and published by The Hague Conference on Private International Law.

4 If the documents referred to in this Article are not in an official language of the requested State, they must be accompanied by a certified translation into an official language, unless the law of the requested State provides otherwise.

Article 14 – Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

Article 16 – Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

Article 16 bis *– Transitional provisions*

1 This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded after its entry into force in the State of the chosen court.

2 This Convention shall not apply to proceedings instituted before its entry into force in the State of the court seised.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 17 – No legalisation

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation or any analogous formality, including an Apostille.

Article 18 – Declarations limiting jurisdiction

A State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.

Article 19 – Déclarations limitant la reconnaissance et l'exécution

Un État pourra déclarer que ses tribunaux auront la faculté de refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque les parties avaient leur résidence dans l'État requis et que les relations entre les parties, ainsi que tous les autres éléments pertinents du litige, autres que le lieu de situation du tribunal élu, étaient liés uniquement à l'État requis.

Article 20 – Déclarations relatives à des matières particulières

1 Lorsqu'un État a un intérêt important à ne pas appliquer la Convention à une matière particulière, cet État pourra déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention à cette matière. L'État qui fait une telle déclaration doit assurer que la portée de celle-ci n'est pas plus étendue que nécessaire et que la matière particulière exclue est définie de façon claire et précise.

2 À l'égard d'une telle matière, la Convention ne s'applique pas :

a) dans l'État contractant ayant fait la déclaration ;

b) dans les autres États contractants lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne les tribunaux, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers, de l'État ayant fait la déclaration.

Article 21 – Interprétation uniforme

Aux fins de l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

Article 21 bis *– Examen du fonctionnement de la Convention*

Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé prend périodiquement des dispositions en vue de :

a) l'examen du fonctionnement pratique de la présente Convention, y compris de toute déclaration ; et

b) l'examen de l'opportunité d'apporter des modifications à celle-ci.

Article 19 – Declarations limiting recognition and enforcement

A State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by a court in another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, were connected only with the requested State.

Article 20 – Declarations with respect to specific matters

1 Where a State has a strong interest in not applying the Convention to a specific matter, that State may declare that it will not apply the Convention to that matter. The State making such a declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.

2 With regard to that matter, the Convention shall not apply –

a) in the Contracting State that made the declaration;

b) in other Contracting States, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the State that made the declaration.

Article 21 – Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 21 bis *– Review of operation of the Convention*

The Secretary General of The Hague Conference on Private International Law shall at regular intervals make arrangements for –

a) review of the operation of this Convention, including any declarations; and

b) consideration of whether any amendments to this Convention are desirable.

Documents de travail Nos 85 à 87

Working Documents Nos 85 to 87

Distribués le mercredi 29 juin 2005
Distributed on Wednesday 29 June 2005

No 85 – Proposition du Groupe de travail relatif aux articles 23 et 26 – Proposal of the Working Group on Articles 23 and 26

Article 23 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

1 Cette Convention doit être interprétée de façon à ce qu'elle soit, autant que possible, compatible avec d'autres traités en vigueur pour les États contractants, conclus avant ou après cette Convention.

2 Cette Convention n'affecte pas l'application d'un traité en vigueur pour un État contractant, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas partie au traité.

3 Cette Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité conclu avant l'entrée en vigueur de cette Convention pour cet État contractant, si l'application de cette Convention est incompatible avec les obligations de cet État contractant vis-à-vis tout autre État non contractant. Ce paragraphe s'applique aussi aux traités qui révisent ou se substituent à un traité conclu avant l'entrée en vigueur de la Convention pour cet État contractant, sauf dans la mesure où la révision ou la substitution résulte en des incompatibilités nouvelles à l'égard de cette Convention.

4 Cette Convention n'affecte pas l'application d'un traité en vigueur dans un État contractant, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, afin d'obtenir la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant qui est également partie à ce traité. Toutefois, ce jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de cette Convention.

5 Cette Convention n'affecte pas l'application dans un État contractant d'un traité qui, à l'égard d'une matière particulière, prévoit des règles relatives à la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si ce traité a été conclu après cette Convention et que toutes les parties à ce traité soient des États contractants. Ce paragraphe s'applique uniquement si l'État contractant a notifié ce traité au Dépositaire, et uniquement à l'égard d'accords d'élection de for exclusif conclus avant cette notification. Lorsqu'un État contractant notifie un traité en vertu de ce paragraphe, les autres États contractants ne sont pas tenus d'appliquer cette Convention à cette matière particulière dans la mesure de l'incompatibilité, lorsque un accord d'élection de for exclusif désigne les tribunaux, ou un ou plusieurs tribunaux spécifiques, de l'État contractant qui a fait cette notification.

6 Cette Convention n'affecte pas l'application des règles d'une organisation régionale d'intégration économique partie à cette Convention, que ces règles aient été adoptées avant ou après cette Convention :

a) lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de l'organisation régionale d'intégration économique;

b) en ce qui a trait à la reconnaissance ou l'exécution entre les États membres de l'organisation régionale d'intégration économique.

Article 26 – Organisations régionales d'intégration économique

1 Une organisation régionale d'intégration économique constituée par des États souverains et ayant compétence sur certaines matières régies par la présente Convention peut également signer, accepter et approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, l'organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette organisation a compétence sur des matières régies par la présente Convention.

2 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'organisation régionale d'intégration économique notifie au dépositaire par écrit les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres ont délégué leur compétence à cette organisation. L'organisation régionale d'intégration économique doit notifier sans retard au dépositaire, par écrit, toute modification intervenue dans la délégation de compétence précisée dans la notification faite en vertu du présent paragraphe.

3 Pour les fins de l'entrée en vigueur de cette Convention, tout instrument déposé par une organisation régionale d'intégration économique n'est pas compté à moins que l'organisation régionale d'intégration économique déclare, en vertu de l'article 26 *bis* que ses États membres ne seront pas partie à cette Convention.

4 Toute référence à « État contractant » ou « État » dans la présente Convention s'applique également à une organisation régionale d'intégration économique qui y est partie, lorsque approprié.

Article 26 bis *– Adhésion par une organisation régionale d'intégration économique sans ses États membres*

1 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, une organisation régionale d'intégration économique peut déclarer qu'elle a compétence pour toutes les dispositions de cette Convention et que ses États membres ne seront pas parties à cette Convention mais y seront liés en raison du fait de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion de l'organisation.

2 Dans la mesure où une déclaration est faite par une organisation régionale d'intégration économique en conformité avec le paragraphe 1, toute référence à « État contractant » ou « État » dans cette Convention s'applique également aux États membres de l'organisation, lorsque approprié.

Note :
La proposition d'utiliser les termes « Parties contractantes » à la place de « États contractants » n'a pas été adoptée par le Groupe de travail. Toutefois, le groupe suggère de régler la question de la façon suivante :

Doc.trav./Work.Docs Nos 85-87

Insérer à l'article 22 :

4 Cet article ne s'applique pas à une organisation régionale d'intégration économique.

Insérer à l'article 25 :

4 Cet article ne s'applique pas à une organisation régionale d'intégration économique.

Modifier l'article 2(2) comme suit :

...

f) le transport de passagers et marchandises;

f bis) la pollution marine, limitation de la responsabilité de propriétaires de navires, les avaries générales, les contrats pour la construction et la vente de navires conclus par le constructeur du navire, ainsi que le remorquage d'urgence et sauvetage;

...

i) les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles;

...

* * *

Article 23 – Relationship with other international instruments

1 This Convention shall be interpreted so far as possible to be compatible with other treaties in force in Contracting States, whether entered into before or after this Convention.

2 This Convention shall not affect the application of a treaty in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, in cases where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a party to the treaty.

3 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of any treaty that was concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, if applying this Convention would be inconsistent with the obligations of that Contracting State to any non-Contracting State. This paragraph also applies to treaties that revise or replace a treaty concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, except to the extent that the revision or replacement creates new inconsistencies with this Convention.

4 This Convention shall not affect the application of a treaty in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State that is also a party to that treaty. However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.

5 This Convention does not affect the application in a Contracting State of a treaty which, in relation to a specific matter, governs jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if concluded after this Convention and even if all States concerned are Parties to this Convention. This paragraph shall apply only if the Contracting State has notified the treaty to the Depositary, and only applies in respect of exclusive choice of court agreements concluded after the notification. Where a State notifies a treaty under this paragraph, other Contracting States shall not be obliged to apply this Convention to that specific matter to the extent of any inconsistency, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the Contracting State that made the notification.

6 This Convention shall not affect the application of the rules of a Regional Economic Integration Organisation that is a party to this Convention, whether adopted before or after this Convention:

a) where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the Regional Economic Integration Organisation;

b) as concerns the recognition or enforcement of judgments as between Member States of the Regional Economic Integration Organisation.

Article 26 – Regional Economic Integration Organisations

1 A Regional Economic Integration Organisation which is constituted by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.

2 The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.

3 For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted unless the Regional Economic Integration Organisation declares in accordance with Article 26 *bis* that its Member States will not be parties to this Convention.

4 Any reference to a "Contracting State" or" State" in this Convention applies equally to a Regional Economic Integration Organisation that is a party to it, where appropriate.

Article 26 bis *– Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States*

1 At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that it exercises competence over all the provisions of this Convention and that its Member States will not be Parties to this Convention but shall be bound by virtue of the signature, acceptance, approval or accession of the Organisation.

2 In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation in accordance with paragraph 1, any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention applies equally to the Member States of the Organisation, where appropriate.

Note:
The suggestion to refer to "Contracting Parties" rather than "Contracting States" was not adopted by this working group. However the group addressed the issue as follows:

Insert in Article 22 the following:

4 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Insert in Article 25 the following:

4 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Amend Article 2(2) as follows:

...

f) the carriage of passengers and goods;

f bis) marine pollution, limitation of shipowners' liability, general average, contracts for the construction and sale of ships concluded by the builder of the ship, and emergency towage and salvage;

...

i) rights in rem in immovable property, and tenancies of immovable property;

...

No 86 – Proposition de la Communauté européenne – Proposal of the European Community

Article 20 – Reservations with respect to specific matters and money judgments

1 unchanged

2 unchanged

3 ... (money judgments)

Article 28 – Reservations

Without prejudice to Article 20, no reservation shall be permitted.

No 87 – Proposition des délégations du Japon, de la Norvège et des États-Unis d'Amérique – Proposal of the delegations of Japan, Norway and the United States of America

Article 2(2) f bis)

...

f bis) marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, contracts for the construction and sale of ships concluded by the builder of the ship, and emergency towage and salvage;

...

Document de travail No 88

Distribué le mercredi 29 juin 2005

No 88 – Proposition du Comité de rédaction

PROJET DE CONVENTION SUR LES ACCORDS EXCLUSIFS D'ÉLECTION DE FOR

Les États signataires de la présente Convention,

Désireux de promouvoir le commerce et les investissements internationaux en renforçant la coopération judiciaire,

Working Document No 88

Distributed on Wednesday 29 June 2005

No 88 – Proposal of the Drafting Committee

DRAFT CONVENTION ON EXCLUSIVE CHOICE OF COURT AGREEMENTS

The States signatory to the present Convention,

Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial co-operation,

Convaincus que cette coopération peut être renforcée par des règles uniformes sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale,

Convaincus que cette coopération renforcée nécessite en particulier un régime juridique international apportant la sécurité et assurant l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for entre les parties à des opérations commerciales et régissant la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans le cadre de procédures fondées sur de tels accords,

Ont résolu de conclure la présente *Convention sur les accords exclusifs d'élection de for* et sont convenus des dispositions suivantes :

Believing that such co-operation can be enhanced by uniform rules on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters,

Believing that such enhanced co-operation requires in particular a secure international legal regime that ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements by parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

Have resolved to conclude the following Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and have agreed upon the following provisions –

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Article premier – Champ d'application

1 La présente Convention s'applique, dans des situations internationales, aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale.

2 Aux fins du chapitre II, une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État.

3 Aux fins du chapitre III, une situation est internationale lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est requise.

Article 2 – Exclusions du champ d'application

1 La Convention ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for :

a) auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) est partie ;

b) relatifs aux contrats de travail, y compris les conventions collectives.

2 La Convention ne s'applique pas aux matières suivantes :

a) l'état et la capacité des personnes physiques ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les autres matières du droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires ;

d) les testaments et les successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues ;

f) le transport de passagers et de marchandises ;

f bis) la pollution marine, la limitation de responsabilité pour des demandes en matière maritime, les avaries communes, les contrats pour la construction et la vente de navires conclus par le constructeur du navire, ainsi que le remorquage et le sauvetage d'urgence ;

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1 – Scope

1 The present Convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.

2 For the purposes of Chapter II, a case is international unless the parties are resident in the same Contracting State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State.

3 For the purposes of Chapter III, a case is international where recognition or enforcement of a foreign judgment is sought.

Article 2 – Exclusions from scope

1 The Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements –

a) to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party;

b) relating to contracts of employment, including collective agreements.

2 The Convention shall not apply to the following matters –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition and analogous matters;

f) the carriage of passengers and goods;

f bis) marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, contracts for the construction and sale of ships concluded by the builder of the ship, and emergency towage and salvage;

g) les entraves à la concurrence ;

h) la responsabilité pour les dommages nucléaires ;

x) les demandes pour dommages corporels et moraux y afférents introduites par des personnes physiques ou en leur nom ;

y) les demandes qui ne naissent pas d'une relation contractuelle et qui sont fondées sur la responsabilité délictuelle pour des dommages aux biens tangibles ;

i) les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles ;

j) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, et la validité des décisions de ses organes ;

k) la validité des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et les droits voisins ;

k bis) la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et les droits voisins, à l'exception des litiges portant sur une contrefaçon fondés sur une violation du contrat entre les parties relatif à de tels droits, ou qui auraient pu être fondés sur une violation de ce contrat ;

l) la validité des inscriptions sur les registres publics.

3 Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention lorsqu'une matière exclue en vertu de ce paragraphe est soulevée seulement à titre préalable et non comme un objet du litige. En particulier, le seul fait qu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée à titre de défense n'exclut pas le litige du champ d'application de la Convention, si cette matière n'est pas un objet du litige.

4 La Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes.

5 Un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, y est partie.

6 La présente Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États ou les organisations internationales, pour eux-mêmes et pour leurs biens.

Article 3 – Accords exclusifs d'élection de for

Aux fins de la présente Convention,

a) un «accord exclusif d'élection de for» signifie un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, qui est conforme aux exigences prévues au paragraphe *c)*, et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers dans un État contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal ;

b) un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers dans un État contractant est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire ;

g) anti-trust (competition) matters;

h) liability for nuclear damage;

x) claims for personal injury brought by or on behalf of natural persons;

y) tort or delict claims for damage to tangible property that do not arise from a contractual relationship;

i) rights *in rem* in immovable property, and tenancies of immovable property;

j) the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs;

k) the validity of intellectual property rights other than copyright or related rights;

k bis) infringement of intellectual property rights other than copyright or related rights, except where infringement proceedings are brought for breach of a contract between the parties relating to such rights, or could have been brought for breach of that contract;

l) the validity of entries in public registers.

3 Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of the Convention where a matter excluded under that paragraph arises merely as a preliminary question and not as an object of the proceedings. In particular, the mere fact that a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence does not exclude proceedings from this Convention, if that matter is not an object of the proceedings.

4 The Convention shall not apply to arbitration and related proceedings.

5 Proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party thereto.

6 Nothing in this Convention shall affect privileges and immunities of States, or of international organisations, in respect of themselves and of their property.

Article 3 – Exclusive choice of court agreements

For the purposes of this Convention,

a) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph *c)* and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts;

b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise;

c) un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté :

i) par écrit ; ou

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

d) un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable.

Article 4 – Autres définitions

1 Au sens de la présente Convention, le terme « jugement » signifie toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance, de même que 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. Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des jugements.

2 Aux fins de la présente Convention, une entité ou personne autre qu'une personne physique est réputée avoir sa résidence dans l'État :

a) de son siège statutaire ;

b) selon le droit duquel elle a été constituée ;

c) de son administration centrale ; ou

d) de son principal établissement.

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 5 – Compétence du tribunal élu

1 Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État.

2 Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe premier ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige.

3 Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives :

a) à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande ;

b) à la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant. Toutefois, lorsque le tribunal élu dispose d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire, le choix des parties est dûment pris en considération.

c) an exclusive choice of court agreement must be concluded or documented –

i) in writing; or

ii) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

d) an exclusive choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.

Article 4 – Other definitions

1 In this Convention, "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that the determination relates to a decision on the merits which may be recognised or enforced under this Convention. An interim measure of protection is not a judgment.

2 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 5 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 The preceding paragraphs shall not affect rules –

a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim;

b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State. However, where the chosen court has discretion as to whether to transfer a case, due consideration should be given to the choice of the parties.

Article 7 – Obligations du tribunal non élu

Tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu sursoit à statuer ou se dessaisit lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique, sauf si :

a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ;

d) pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre ; ou

e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige.

Article 8 – Mesures provisoires et conservatoires

Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas régies par la présente Convention. Celle-ci n'exige ni n'empêche l'octroi, le rejet ou la levée des mesures provisoires et conservatoires par le tribunal d'un État contractant. Elle n'affecte pas la possibilité pour une partie de demander de telles mesures, ni la faculté du tribunal d'accorder, de rejeter ou de lever de telles mesures.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 9 – Reconnaissance et exécution

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

2 Sans préjudice de ce qui est nécessaire à l'application des dispositions du présent chapitre, il n'est procédé à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'État d'origine. Le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut.

3 Un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine.

4 La reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée 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. Un tel refus n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement.

5 Cet article s'applique également à un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant suite à un renvoi de l'affaire du tribunal élu dans cet État contractant comme prévu par l'article 5, paragraphe 3. Toutefois, lorsque le tribunal élu disposait d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire vers un autre tribunal, la reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée à l'égard d'une partie qui s'était opposée au renvoi en temps opportun dans l'État d'origine.

Article 7 – Obligations of a court not chosen

A court in a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;

b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice or would be manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised;

d) for exceptional reasons beyond the control of the parties, the agreement cannot reasonably be performed; or

e) the chosen court has decided not to hear the case.

Article 8 – Interim measures of protection

Interim measures of protection are not governed by this Convention. This Convention neither requires nor precludes the grant, refusal or termination of interim measures of protection by a Court of a Contracting State and does not affect whether or not a party may request or a court should grant, refuse or terminate such measures.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 9 – Recognition and enforcement

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention.

2 Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment given by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4 Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

5 This Article shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3. However where the chosen court had discretion as to whether to transfer the case to another court, recognition or enforcement of the judgment may be refused against a party who objected to the transfer in a timely manner in the State of origin.

Article 9 bis – *Refus de reconnaissance ou d'exécution*

La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée si :

a) l'accord était nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu, à moins que celui-ci n'ait constaté que l'accord est valable ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État requis ;

c) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande

i) n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense, à moins que le défendeur n'ait comparu et présenté sa défense sans contester la notification devant le tribunal d'origine, à condition que le droit de l'État d'origine permette de contester la notification ; ou

ii) a été notifié au défendeur dans l'État requis de manière incompatible avec les principes fondamentaux de l'État requis relatifs à la notification de documents ;

d) le jugement résulte d'une fraude relative à la procédure ;

e) la reconnaissance ou l'exécution est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, notamment dans les cas où la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État ;

f) le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans l'État requis dans un litige entre les mêmes parties ; ou

g) le jugement est incompatible avec un jugement rendu antérieurement dans un autre État entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque le jugement rendu antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis.

Article 10 – Questions préalables

1 Lorsqu'une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2, ou en vertu de l'article 20 a été soulevée à titre préalable, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

2 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où ce jugement est fondé sur une décision relative à une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2.

3 Toutefois, dans le cas d'une décision sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle, autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut être refusée ou différée en vertu du paragraphe précédent que si :

a) cette décision est incompatible avec un jugement ou une décision d'une autorité compétente relatif à cette matière, rendu dans l'État du droit duquel découle ce droit de propriété intellectuelle ; ou

b) une procédure sur la validité de ce droit de propriété intellectuelle est pendante dans cet État.

Article 9 bis – *Refusal of recognition and enforcement*

Recognition or enforcement may be refused if –

a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court, unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the requested State;

c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim,

i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested, or

ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents;

d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State;

f) the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested State in a dispute between the same parties; or

g) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties and involving the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State.

Article 10 – Preliminary questions

1 Where a matter excluded under Article 2, paragraph 2, or under Article 20, arose as a preliminary question, the ruling on that question shall not be recognised and enforced under this Convention.

2 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded under Article 2, paragraph 2.

3 However, in the case of a ruling on the validity of an intellectual property right, other than copyright or related rights, recognition or enforcement of a judgment may be refused or postponed under the preceding paragraph only where –

a) that ruling is inconsistent with a judgment or a decision of a competent authority on that matter given in the State under the law of which the intellectual property right arose, or

b) proceedings concerning the validity of the intellectual property right are pending in that State.

4 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où ce jugement est fondé sur une décision relative à une matière exclue en vertu d'une déclaration faite par l'État requis au titre de l'article 20.

Article 15 – Dommages et intérêts

1 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, le jugement accorde des dommages et intérêts, y compris des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, qui ne compensent pas une partie pour la perte ou le préjudice réels subis.

2 Le tribunal requis prend en considération si, et dans quelle mesure, le montant accordé à titre de dommages et intérêts par le tribunal d'origine est destiné à couvrir les frais et dépens du procès.

Article 12 – Transactions judiciaires

Les transactions homologuées par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for ou passées devant ce tribunal au cours d'une instance, et qui sont exécutoires au même titre qu'un jugement dans l'État d'origine, sont exécutées en vertu de la présente Convention aux mêmes conditions qu'un jugement.

Article 13 – Pièces à produire

1 La partie qui requiert la reconnaissance ou qui demande l'exécution produit :

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

b) l'accord exclusif d'élection de for, une copie certifiée de celui-ci ou une autre preuve de son existence ;

c) s'il s'agit d'un jugement 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 ;

d) 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 ;

e) dans le cas prévu à l'article 12, un certificat d'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.

2 Si le contenu du jugement ne permet pas au tribunal requis de vérifier que les conditions du présent chapitre sont remplies, ce tribunal peut exiger tout document nécessaire.

3 Une demande de reconnaissance ou d'exécution peut être accompagnée d'un document, délivré par un tribunal (y compris par une personne autorisée du tribunal) de l'État d'origine, sous la forme recommandée et publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

4 Si les documents mentionnés dans le présent article 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 la loi de l'État requis en dispose autrement.

4 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded under a declaration made by the requested State according to Article 20.

Article 15 – Damages

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.

2 The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Article 12 – Judicial Settlements (transactions judiciaires)

Judicial settlements (*transactions judiciaires)* which a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement has approved, or which have been concluded before that court in the course of proceedings, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced under this Convention in the same manner as a judgment.

Article 13 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence;

c) if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

d) any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

e) in the case referred to in Article 12, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

2 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a document, issued by a court (including an officer of the court) in the State of origin, in the form recommended and published by The Hague Conference on Private International Law.

4 If the documents referred to in this Article are not in an official language of the requested State, they shall be accompanied by a certified translation into an official language, unless the law of the requested State provides otherwise.

Article 14 – Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, et l'exécution du jugement sont régies par le droit de l'État requis sauf si la présente Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité.

Article 16 – Divisibilité

La reconnaissance ou l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement est accordée, si la reconnaissance ou l'exécution de cette partie est demandée ou si seule une partie du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

CHAPITRE IV – CLAUSES GÉNÉRALES

Article 16 bis *– Dispositions transitoires*

1 La présente Convention s'applique aux accords exclusifs d'élection de for conclus après son entrée en vigueur pour l'État du tribunal élu.

2 La Convention ne s'applique pas aux litiges engagés avant son entrée en vigueur pour l'État du tribunal saisi.

Article Z – Contrats d'assurance et de réassurance

1 Un litige en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au motif que le contrat d'assurance ou de réassurance porte sur une matière à laquelle la Convention ne s'applique pas.

2 La reconnaissance et l'exécution d'un jugement relatif à la responsabilité en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance ne peuvent pas être limitées ou refusées au motif que la responsabilité en vertu de ce contrat comprend celle d'indemniser l'assuré ou le réassuré à l'égard :

a) d'une matière à laquelle la Convention ne s'applique pas ; ou

b) d'une décision accordant des dommages et intérêts auxquels l'article 15 pourrait s'appliquer.

Article 17 – Dispense de la légalisation

Les documents transmis ou délivrés en vertu de la présente Convention sont dispensés de toute légalisation ou de toute formalité analogue, y compris une apostille.

Article 18 – Déclarations limitant la compétence

Un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige.

Article 19 – Déclarations limitant la reconnaissance et l'exécution

Un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque les parties ont leur résidence dans l'État requis et que les relations entre les parties, ainsi que tous les autres éléments pertinents du litige, autres que le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à l'État requis.

Article 14 – Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

Article 16 – Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 16 bis *– Transitional provisions*

1 This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded after its entry into force in the State of the chosen court.

2 This Convention shall not apply to proceedings instituted before its entry into force in the State of the court seised.

Article Z – Contracts of insurance and reinsurance

1 Proceedings under a contract of insurance or reinsurance are not excluded from the scope of this Convention on the ground that the contract of insurance or reinsurance relates to a matter to which this Convention does not apply.

2 Recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under the terms of a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability under that contract includes liability to indemnify the insured or reinsured in respect of –

a) a matter to which this Convention does not apply; or

b) an award of damages to which Article 15 might apply.

Article 17 – No legalisation

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation or any analogous formality, including an Apostille.

Article 18 – Declarations limiting jurisdiction

A State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.

Article 19 – Declarations limiting recognition and enforcement

A State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by a court in another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, were connected only with the requested State.

Article 20 – Déclarations relatives à des matières particulières

1 Lorsqu'un État a un intérêt important à ne pas appliquer la Convention à une matière particulière, cet État peut déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention à cette matière. L'État qui fait une telle déclaration s'assure que la portée de celle-ci n'est pas plus étendue que nécessaire et que la matière particulière exclue est définie de façon claire et précise.

2 À l'égard d'une telle matière, la Convention ne s'applique pas :

a) dans l'État contractant ayant fait la déclaration ;

b) dans les autres États contractants lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne les tribunaux, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers, de l'État ayant fait la déclaration.

Article Q – Déclarations réciproques sur la reconnaissance et l'exécution de jugements fondés sur des accords non exclusifs d'élection de for

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

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

a) le tribunal d'origine était désigné dans un accord non exclusif d'élection de for ;

b) il n'existe ni un jugement d'un autre tribunal devant lequel des procédures pourraient être engagées conformément à l'accord non exclusif d'élection de for, ni une procédure pendante entre les mêmes parties devant un tel autre tribunal ayant le même objet et la même cause ; et

c) le tribunal d'origine était le premier tribunal saisi.

Article 21 – Interprétation uniforme

Aux fins de l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

Article 21 bis *– Examen du fonctionnement de la Convention*

Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé prend périodiquement des dispositions en vue de :

a) l'examen du fonctionnement pratique de la présente Convention, y compris de toute déclaration ; et

b) l'examen de l'opportunité d'apporter des modifications à celle-ci.

Article 20 – Declarations with respect to specific matters

1 Where a State has a strong interest in not applying the Convention to a specific matter, that State may declare that it will not apply the Convention to that matter. The State making such a declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.

2. With regard to that matter, the Convention shall not apply –

a) in the Contracting State that made the declaration;

b) in other Contracting States, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the State that made the declaration.

Article Q – Reciprocal declarations on recognition and enforcement of judgments based on non-exclusive choice of court agreements

1 A Contracting State may declare that its courts will recognise and enforce judgments given by courts of other Contracting States designated in a choice of court agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of Article 3, paragraph *c)*, and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, a court or courts in one or more Contracting States (a non-exclusive choice of court agreement).

2 Where recognition or enforcement of a judgment given in a Contracting State that has made such a declaration is sought in another Contracting State that has made such a declaration, the judgment shall be recognised and enforced under this Convention, if –

a) the court of origin was designated in a non-exclusive choice of court agreement,

b) there exists neither a judgment given by any other court before which proceedings could be brought in accordance with the non-exclusive choice of court agreement, nor a proceeding pending between the same parties in any other such court on the same cause of action, and

c) the court of origin was the court first seised.

Article 21 – Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 21 bis *– Review of operation of the Convention*

The Secretary General of The Hague Conference on Private International Law shall at regular intervals make arrangements for –

a) review of the operation of this Convention, including any declarations; and

b) consideration of whether any amendments to this Convention are desirable.

Article 22 – Système juridique non unifié

1 Au regard d'un État contractant dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ayant trait aux questions régies par la présente Convention s'appliquent dans des unités territoriales différentes :

a) toute référence à la loi ou à la procédure d'un État vise, le cas échéant, la loi ou la procédure en vigueur dans l'unité territoriale considérée ;

b) toute référence à la résidence dans cet État vise, le cas échéant, la résidence dans l'unité territoriale considérée ;

c) toute référence au tribunal ou aux tribunaux dans cet État vise, le cas échéant, le tribunal ou les tribunaux dans l'unité territoriale considérée ; et

d) toute référence au lien avec un État vise, le cas échéant, le lien avec l'unité territoriale concernée.

2 Nonobstant le paragraphe précédent, un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention aux situations qui, y compris le lieu du tribunal élu, impliquent uniquement ces différentes unités territoriales.

3 Un tribunal dans une unité territoriale d'un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter un jugement d'un autre État contractant pour le seul motif que le jugement a été reconnu ou exécuté dans une autre unité territoriale du même État contractant selon la présente Convention.

4 Cet article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 23 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

1 La présente Convention doit être interprétée de façon à ce qu'elle soit, autant que possible, compatible avec d'autres traités en vigueur pour les États contractants, conclus avant ou après cette Convention.

2 La présente Convention n'affecte pas l'application d'un traité en vigueur pour un État contractant, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas partie au traité.

3 La présente Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité conclu avant l'entrée en vigueur de cette Convention pour cet État contractant, si l'application de cette Convention est incompatible avec les obligations de cet État contractant vis-à-vis de tout autre État non contractant. Ce paragraphe s'applique aussi aux traités qui révisent ou se substituent à un traité conclu avant l'entrée en vigueur de cette Convention pour cet État contractant, sauf dans la mesure où la révision ou la substitution crée de nouvelles incompatibilités avec cette Convention.

Article 22 – Non-unified legal system

1 In relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to any matter dealt with in this Convention –

a) any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law or procedure in force in the relevant territorial unit;

b) any reference to residence in a State shall be construed as referring, where appropriate, to residence in the relevant territorial unit;

c) any reference to the court or courts of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the court or courts in the relevant territorial unit;

d) any reference to a connection with a State shall be construed as referring, where appropriate, to a connection with the relevant territorial unit.

2 Notwithstanding the preceding paragraph, a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to apply this Convention to situations which, including the location of the chosen court, involve solely such different territorial units.

3 A court in a territorial unit of a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention.

4 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 23 – Relationship with other international instruments

1 This Convention shall be interpreted so far as possible to be compatible with other treaties in force in Contracting States, whether entered into before or after this Convention.

2 This Convention shall not affect the application of a treaty in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, in cases where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a party to the treaty.

3 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of any treaty that was concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, if applying this Convention would be inconsistent with the obligations of that Contracting State to any non-Contracting State. This paragraph also applies to treaties that revise or replace a treaty concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, except to the extent that the revision or replacement creates new inconsistencies with this Convention.

4 La présente Convention n'affecte pas l'application d'un traité en vigueur dans un État contractant, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, afin d'obtenir la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant qui est également partie à ce traité. Toutefois, ce jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de cette Convention.

5 La présente Convention n'affecte pas l'application dans un État contractant d'un traité qui, à l'égard d'une matière particulière, prévoit des règles relatives à la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si ce traité a été conclu après cette Convention et que toutes les parties à ce traité soient des États contractants. Ce paragraphe s'applique uniquement si l'État contractant a fait une déclaration à l'égard de ce traité en vertu du présent paragraphe. Dans le cas d'une telle déclaration, les autres États contractants ne sont pas tenus d'appliquer cette Convention à cette matière particulière dans la mesure de l'incompatibilité, lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne les tribunaux, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers, de l'État contractant qui a fait cette déclaration.

6 La présente Convention n'affecte pas l'application des règles d'une Organisation régionale d'intégration économique partie à cette Convention, que ces règles aient été adoptées avant ou après cette Convention :

a) lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de l'Organisation régionale d'intégration économique ;

b) en ce qui a trait à la reconnaissance ou l'exécution de jugements entre les États membres de l'Organisation régionale d'intégration économique.

Article 24 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

1 La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États.

2 La présente Convention est sujette à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des États signataires.

3 Tout autre État pourra adhérer à la présente Convention.

4 Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

Article 25 – Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés

1 Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Ces déclarations sont notifiées au dépositaire et indiquent expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

4 This Convention shall not affect the application of a treaty in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State that is also a party to that treaty. However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.

5 This Convention does not affect the application in a Contracting State of a treaty which, in relation to a specific matter, governs jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if concluded after this Convention and even if all States concerned are Parties to this Convention. This paragraph shall apply only if the Contracting State has made a declaration in respect of the treaty under this paragraph. In the case of such a declaration, other Contracting States shall not be obliged to apply this Convention to that specific matter to the extent of any inconsistency, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the Contracting State that made the declaration.

6 This Convention shall not affect the application of the rules of a Regional Economic Integration Organisation that is a party to this Convention, whether adopted before or after this Convention :

a) where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the Regional Economic Integration Organisation;

b) as concerns the recognition or enforcement of judgments as between Member States of the Regional Economic Integration Organisation.

Article 24 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession

1 This Convention is open for signature by all States.

2 This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

3 This Convention is open for accession by all other States.

4 Instruments of ratification, acceptance, approval and accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, Depositary of the Convention.

Article 25 – Declarations with respect to non-unified legal systems

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

2 Any such declaration shall be notified to the Depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État.

4 Cet article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique.

Article 26 – Organisations régionales d'intégration économique

1 Une Organisation régionale d'intégration économique constituée seulement par des États souverains et ayant compétence sur certaines ou toutes les matières régies par la présente Convention peut également signer, ratifier, accepter ou approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, l'Organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette Organisation a compétence sur des matières régies par la présente Convention.

2 Au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'Organisation régionale d'intégration économique notifie au dépositaire, par écrit, les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres ont délégué leur compétence à cette Organisation. L'Organisation régionale d'intégration économique notifie sans retard au dépositaire, par écrit, toute modification intervenue dans la délégation de compétence précisée dans la notification la plus récente faite en vertu du présent paragraphe.

3 Pour les fins de l'entrée en vigueur de cette Convention, tout instrument déposé par une Organisation régionale d'intégration économique n'est pas compté, à moins que l'Organisation régionale d'intégration économique déclare, en vertu de l'article 26 *bis*, que ses États membres ne seront pas Partie à cette Convention.

4 Toute référence à « État contractant » ou « État » dans la présente Convention s'applique également à une Organisation régionale d'intégration économique qui y est Partie, lorsque approprié.

Article 26 bis *– Adhésion par une Organisation régionale d'intégration économique sans ses États membres*

1 Au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, une Organisation régionale d'intégration économique peut déclarer qu'elle a compétence pour toutes les matières régies par la présente Convention et que ses États membres ne seront pas Partie à cette Convention mais y seront liés en raison du fait de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion de l'Organisation.

2 Lorsqu'une déclaration est faite par une Organisation régionale d'intégration économique en conformité avec le paragraphe 1, toute référence à « État contractant » ou « État » dans cette Convention s'applique également aux États membres de l'Organisation, lorsque approprié.

Article 27 – Entrée en vigueur

1 La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par l'article 24.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

4 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 26 – Regional Economic Integration Organisations

1 A Regional Economic Integration Organisation which is constituted solely by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, ratify, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.

2 The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.

3 For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted unless the Regional Economic Integration Organisation declares in accordance with Article 26 *bis* that its Member States will not be Parties to this Convention.

4 Any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention applies equally to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it, where appropriate.

Article 26 bis *– Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States*

1 At the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that it exercises competence over all the matters governed by this Convention and that its Member States will not be Parties to this Convention but shall be bound by virtue of the signature, ratification, acceptance, approval or accession of the Organisation.

2 In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation in accordance with paragraph 1, any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention applies equally to the Member States of the Organisation, where appropriate.

Article 27 – Entry into force

1 This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 24.

2 Par la suite, la présente Convention entrera en vigueur :

a) pour chaque État ou Organisation régionale d'intégration économique au sens de l'article 26 ratifiant, acceptant, approuvant ou y adhérant postérieurement, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ;

b) pour les unités territoriales auxquelles la présente Convention a été étendue conformément à l'article 25, paragraphe premier, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification de la déclaration visée dans ledit article.

Article 29 – Déclarations

1 Les déclarations visées aux articles 18, 19, 20, Q et 23 peuvent être faites lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ou à tout moment ultérieur et pourront être modifiées ou retirées à tout moment.

2 Les déclarations, modifications et retraits sont notifiés au dépositaire.

3 Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion prendra effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné.

4 Toute déclaration faite ultérieurement, ainsi qu'une modification ou le retrait d'une déclaration, prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

5 Une déclaration faite en vertu des articles 18, 19, 20 et 23 ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for conclus avant qu'elle ne prenne effet.

Article 30 – Dénonciation

1 La présente Convention pourra être dénoncée par une notification écrite au dépositaire. La dénonciation pourra se limiter à certaines unités territoriales d'un système juridique non unifié auxquelles s'applique la présente Convention.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 31 – Notifications par le dépositaire

Le dépositaire notifiera aux Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux autres États et aux Organisations régionales d'intégration économique qui ont signé, ratifié, accepté, approuvé ou adhéré conformément aux articles 24, 26 et 26 *bis* les renseignements suivants :

a) les signatures et ratifications, acceptations, approbations et adhésions prévues aux articles 24, 26 et 26 *bis* ;

2 Thereafter this Convention shall enter into force –

a) for each State or Regional Economic Integration Organisation referred to in Article 26 subsequently ratifying, accepting, approving or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b) for a territorial unit to which this Convention has been extended in accordance with Article 25, paragraph 1, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification of the declaration referred to in that Article.

Article 29 – Declarations

1 Declarations referred to in Articles 18, 19, 20, Q and 23 may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

2 Declarations, modifications and withdrawals shall be notified to the Depositary.

3 A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.

4 Any declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the Depositary.

5 A declaration under Articles 18, 19, 20 and 23 shall not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect.

Article 30 – Denunciation

1 This Convention may be denounced by notification in writing to the Depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which this Convention applies.

2 The denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the Depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the Depositary.

Article 31 – Notifications by the Depositary

The Depositary shall notify the Members of The Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Articles 24, 26, and 26 *bis* of the following –

a) the signatures and ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 24, 26 and 26 *bis*;

b) la date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à l'article 27;

c) les notifications, déclarations et retraits des déclarations prévues aux articles 18, 19, 20, Q, 23, 25, 26 et 26 *bis*;

d) les dénonciations prévues à l'article 30.

b) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 27;

c) notifications, declarations, and modifications and withdrawals of declarations under Articles 18, 19, 20, Q, 23, 25, 26 and 26 *bis*;

d) the denunciations referred to in Article 30.

FORMULAIRE RECOMMANDÉ

CONFORMÉMENT À LA CONVENTION SUR

LES ACCORDS EXCLUSIFS D'ÉLECTION DE FOR

(« LA CONVENTION »)

(Exemple de formulaire confirmant la délivrance et le contenu d'un jugement rendu par le tribunal d'origine dans le but de sa reconnaissance et de son exécution en vertu de la Convention)

1 (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

ADRESSE .....

TÉL. .....

TÉLÉCOPIE .....

COURRIEL .....

2 AFFAIRE / NUMÉRO DE DOSSIER .....

3 ..... (DEMANDEUR)

c.

..... (DÉFENDEUR)

4 (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) a rendu un jugement dans l'affaire susvisée, le (DATE), à (LOCALITÉ, ÉTAT).

5 Ce tribunal a été désigné dans un accord exclusif d'élection de for visé à l'article 3 de la Convention :

OUI ☐ NON ☐

IMPOSSIBLE À CONFIRMER ☐

5 *bis* Dans l'affirmative, l'accord a été conclu ou documenté de la manière suivante :

6 Ce tribunal a accordé le paiement du montant suivant *(le cas échéant, veuillez indiquer toute catégorie de dommages-intérêts compris)* :

7 Ce tribunal a accordé les intérêts comme suit *(veuillez indiquer le (ou les) taux d'intérêt, la (ou les) partie(s) des indemnités auxquelles s'appliquent les intérêts, la date à partir de laquelle les intérêts sont comptés, ainsi que toute information supplémentaire relative aux intérêts qui pourrait aider le tribunal auquel la demande de reconnaissance est soumise)* :

8 Ce tribunal a inclus dans le jugement les frais et dépens suivants liés au procès *(veuillez spécifier le montant de ces indemnités, y compris, le cas échéant, la part de ces indemnités pécuniaires destinées à couvrir les frais et dépens liés aux procédures)* :

RECOMMENDED FORM

UNDER THE CONVENTION ON

EXCLUSIVE CHOICE OF COURT AGREEMENTS

("THE CONVENTION")

(Sample form confirming the issuance and content of a judgment from the court of origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention)

1 (THE COURT OF ORIGIN) .....

ADDRESS .....

TEL. .....

FAX .....

E-MAIL .....

2 CASE / DOCKET NUMBER .....

3 ..... (PLAINTIFF)

v.

..... (DEFENDANT)

4 (THE COURT OF ORIGIN) rendered a judgment in the above captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE).

5 This Court was designated in an exclusive choice of court agreement within the meaning of Article 3 of the Convention:

YES ☐ NO ☐

UNABLE TO CONFIRM ☐

5 *bis* If yes, the exclusive choice of court agreement was concluded or documented in the following manner:

6 This Court awarded the following payment of money *(Please indicate, where applicable, any relevant categories of damages included)*:

7 This Court awarded interest as follows (*Please specify the rate(s) of interest, the portion(s) of the award to which interest applies, the date from which interest is computed, and any further information regarding interest that would assist the recognising court*):

8 This Court included within the judgment the following court costs and expenses related to the proceedings *(Please specify the amounts of any such awards, including where applicable, any amount(s) within a monetary award intended to cover costs and expenses relating to the proceedings)*:

9 Ce tribunal a accordé le dédommagement non pécuniaire suivant *(veuillez décrire la nature du dédommagement)* :

9 *bis* Ce jugement (ou une partie du jugement) est exécutoire dans l'État d'origine :

OUI ☐ NON ☐

IMPOSSIBLE À CONFIRMER ☐

10 Ce jugement (ou une partie du jugement) fait actuellement l'objet d'un recours dans l'État d'origine

OUI ☐ NON ☐

IMPOSSIBLE À CONFIRMER ☐

(Dans l'affirmative, veuillez spécifier la nature et l'état de la procédure de recours) :

11 Toute autre information pertinente :

12 Sont annexés au présent formulaire les documents énoncés dans la liste suivante *(si disponibles)* :

☐ une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

☐ l'accord exclusif d'élection de for, une copie certifiée de celui-ci, ou une autre preuve de son existence ;

☐ s'il s'agit d'un jugement 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 ;

☐ 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 ;

(le cas échéant, veuillez fournir une liste de ces documents) :

☐ dans le cas prévu à l'article 12 de la Convention, un certificat d'un tribunal de l'État d'origine attestant que la transaction judiciaire est exécutoire dans l'État d'origine, en tout ou en partie, aux mêmes conditions qu'un jugement.

☐ autres documents : .....

13 Fait à ....., le ..... 20 ..

14 Signature et/ou cachet du tribunal ou d'une personne autorisée du Tribunal.

PERSONNE DE CONTACT : .....

TÉL. : .....

TÉLÉCOPIE : .....

COURRIEL : .....

9 This Court awarded the following non-monetary remedy *(Please describe the nature of such relief)*:

9 *bis* This judgment (or a part thereof) is currently the subject of review in the State of origin:

YES ☐ NO ☐

UNABLE TO CONFIRM ☐

10 This judgment was (or a part thereof) is currently the subject of review in the State of origin:

YES ☐ NO ☐

UNABLE TO CONFIRM ☐

(If "yes" please specify the nature and status of such review):

11 Any other relevant information:

12 Attached to this form are the documents marked in the following list (if available):

☐ a complete and certified copy of the judgment;

☐ the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence;

☐ if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

☐ any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

(List if applicable):

☐ in the case referred to in Article 12 of the Convention, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

☐ other documents: .....

13 Dated this ..... day of ....., 20.. at .....

14 Signature and/or stamp by the court or officer of the court

CONTACT PERSON: .....

TEL.: .....

FAX: .....

E-MAIL: .....

Document de travail No 89

Working Document No 89

Distribué le mercredi 29 juin 2005
Distributed on Wednesday 29 June 2005

No 89 – Proposal of the delegation of Switzerland supported by the delegations of Australia, Bulgaria, China, Croatia, Japan, Mexico, Norway, the Russian Federation, Ukraine and the European Community

Article 2A

...

2 To be eligible to apply for membership of the Conference, a Regional Economic Integration Organisation must be one constituted solely by sovereign States, and to which its Member States have transferred competence over a range of matters within the purview of the Conference, including the authority to make decisions binding on its Members States in respect of those matters.

9 *"Regional Economic Integration Organisation" means an international organisation that is constituted solely by sovereign States, and to which its Members States have transferred competence over a range of matters, including the authority to make decisions binding on its Members states in respect of those matters.*[1]

Article 7 bis

The Hague Conference and all its bodies shall, *to the furthest extent possible*, operate on the basis of consensus.

[1] See, for instance, Article 1 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control of 21 May 2003

Procès-verbaux de la Deuxième commission

Minutes of the Second Commission

Procès-verbal No 1
Minutes No 1

Séance du mardi 14 juin 2005 (matin)

Meeting of Tuesday 14 June 2005 (morning)

La séance est ouverte à 11 h 30 sous la présidence de M. A.V.M. Struycken (Pays-Bas), Président de la Vingtième session.

La Commission II est présidée par M. Andreas Bucher (Suisse).

Le Président remercie chaleureusement les participants de sa nomination. Il indique qu'il en est très touché et fera de son mieux pour que cela fonctionne. Il ajoute que les travaux seront importants et certainement intéressants, et qu'au vu des nombreux aboutissants, il est essentiel que ce projet soit mené à bien. C'est pourquoi il compte sur la bonne volonté de tous.

He stated that when preparing that meeting, the thought arose that the participants would appreciate a presentation on the Convention. Therefore the co-Reporters were asked to prepare one, which they would make at that moment. Mr Hartley would make the oral presentation, although Mr Dogauchi was also involved in the preparation.

Présentation de l'avant-projet de Convention par les co-Rapporteurs / Presentation of the preliminary draft Convention by the co-Reporters

Mr Hartley (co-Reporter) stated that there would be several more presentations, but that the one of that day was a rather elementary introduction for those who had not been there the past ten years when the others had been working on the project. While he realised that some knew it completely, he hoped that the presentation would be of use to some people. It was based on the texts of April 2004 (after the Special Commission) and the last meeting of the Drafting Committee in April 2005. Working Document No 1 contained both those texts. The Convention had three basic obligations that the Member States would undertake. The first was that the chosen court *had to* hear the case. The second was that a court other than the chosen one *had to* decline to hear the case. This was because the Convention would deal with exclusive choice of court agreements. The third was that the judgment of the chosen court had to be recognised and enforced. These were the three key provisions of the Convention. Everything else supported them.

There was one issue that had to be discussed in more detail: what was a choice of court agreement for the purposes of the Convention? There were three basic points:

1. The Convention would only apply in international cases.

2. The choice of court agreement had to be exclusive. However, it was deemed exclusive unless it expressly provided otherwise.

3. The choice of court agreement had to relate to a civil or commercial matter.

These were three important requirements, which needed some explanation.

Firstly, Mr Hartley referred to the question of what was an international case. He stated that the definition depended on whether jurisdiction or recognition was concerned. For the purposes of the rules on jurisdiction, a case would be international if there was any relevant foreign element other than the location of the chosen court. He used the example of two Englishmen choosing a court in the United States of America. If there was no other element foreign to England, that would not be an international case. For the purposes of recognition and enforcement, a case would be international if the judgment were given by a foreign court.

He then turned to Article 3, which defined exclusive choice of court agreements. The Convention would apply only to choice of court agreements in favour of the courts of Contracting States. If a State did not ratify the Convention, a choice of its courts would not be covered by it. It was therefore important to ratify the Convention. The choice of court agreement could apply to disputes that had already arisen, or to future disputes. It could refer to the courts of a particular State, for instance "the courts of England" or "the courts of Mexico", or it could refer to a specific court, for instance "the District Court for the Southern District of New York". It could also refer to two or more courts in the same State, for instance "the Rotterdam or The Hague District Court". It could even refer to three courts if they were in the same Contracting State.

The next point was the form of the agreement. It had to be entered into or evidenced either in writing or in a form which would render information accessible for subsequent reference, for instance e-mail. An oral agreement without any additional element, was not enough for the agreement to come within the scope of the Convention.

Article 5 contained the rules on jurisdiction. That provision required the chosen court to hear the case. The only exception was if the choice of court agreement was null and void under the law of the chosen court. The chosen court could not refuse to hear the case because it thought that the court of another State was more appropriate. That referred to the *forum non conveniens* rule. Secondly, it could not refuse to hear the case because another court was seised first. However, Article 5 did not affect the rules limiting the jurisdiction of a court on the basis of subject matter or the value of the claim. If a court lacked subject matter jurisdiction, it would not be able to hear the case. For instance, if the parties chose the federal court in New York and the case was not governed by federal law, that court could not hear the case. Likewise, if there were special courts for patent cases and the parties chose another court, the chosen court would not be able to hear the case. The Convention did not change this. The Convention also did not limit the rule on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State, except possibly where the parties designated a specific court. That issue had not been decided yet.

Article 7 provided that no other court could hear the case except in certain circumstances. The first was where the choice of court agreement was null and void under the law of the chosen court. The second was where the party lacked capacity under the law of the court seised. Giving effect to the agreement was not compulsory if this would result in a very serious injustice or would be manifestly contrary to fundamental principles of public policy of the court seised. These

Procès-verbal/Minutes No 1

words had been carefully chosen. There had been much debate on them and maybe they would come up again during the discussion of that meeting. He stated that one of the problems was that the Convention should not be so flexible that it would make no difference whether a State signed it or not. On the other hand, it should not be too rigid to allow States to sign it. The correct balance between flexibility and rigidity was necessary and the words just referred to were part of the attempt to acquire such balance. Furthermore, the obligation not to hear the case fell away if the choice of court agreement could not reasonably be performed. Finally, if a chosen court had decided not to hear the case, for instance because the agreement was null and void under its law, another court might hear the case. In these cases the Convention permitted other courts to hear the case, but did not require them to do so. In other circumstances they were not permitted to hear the case.

Article 8 dealt with interim measures of protection. These were outside the scope of the Convention. Therefore a court, whether it was the chosen court or another court, could grant or not grant those measures as it saw fit. Moreover, those measures, if granted, would not be recognised or enforced under the Convention.

Article 9 stated that a judgment given by a chosen court in a Contracting State had to be recognised and enforced. He noted that there was a difference between recognition and enforcement. That was important in some countries, but not so important in other countries. Therefore the Convention used both terms. "Recognition" meant accepting the determination of rights and obligations made by the court of origin. It was preliminary to enforcement. It could also be that a foreign judgment might be pleaded as a defence and in that case recognition of the foreign judgment was necessary and sufficient. "Enforcement" meant ensuring that the judgment debtor obeyed the order of the foreign court, for instance that he paid the money. There were exceptions to the obligation of recognition and enforcement. The first exception was where the agreement was null and void under the law of the chosen court, unless that court had already held it valid. The second exception was where a party lacked capacity under the law of the requested State. The third was where the writ had not been properly served. That exception had two aspects. The first was that it protected the rights of the defendant: he must have been actually notified in sufficient time to arrange for his defence. The Convention did not state which law had to be regarded; as long as the defendant knew in sufficient time, the requirement was satisfied. There was another problem. Some States felt strongly that a foreign writ should not be served in their territory without their own authorities being involved. Therefore, in order to protect the interests of the State where service had taken place, the service should not violate the public policy of the State where it took place. That would only apply if recognition were sought in the State where the writ was served. A third State could not use the provision. The fourth exception was where the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure. The fifth exception was where the recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State. That included, but was not limited to, the situation where the proceedings in the foreign court had been contrary to the fundamental principles of procedural fairness of the requested State. He referred to the Constitution of the United States of America and to the European Convention on Human Rights, and noted that various other constitutions contained such guarantees. The last exception concerned inconsistent judgments: what happened if a judgment under a choice of court agreement conflicted with another judgment? That matter was so complicated that there would be another presentation on it later in that week.

The next issue was what was meant by "State". There were States that had various sub-units (Art. 22(1) of the preliminary draft Convention). For instance, with respect to Canada, "State" could refer either to the larger entity – Canada – or it could refer to the smaller unit – Alberta. It all depended on what was appropriate. In some cases it could depend on the terms of the choice of court agreement. If a choice of court agreement referred to Canada, "State" would mean "Canada", and the agreement would comply with Article 3. If, on the other hand, it referred to the courts of Alberta, "State" would mean "Alberta" and the agreement would also comply with Article 3. There was another dimension apart from that of the sub-State. There was also the supra-State, the so-called Regional Economic Integration Organisation. Some might not know what that was; the European Community was an example, while there might also be other examples. The European Community was made up of a number of sovereign States and had itself important powers and would probably become a Member of the Hague Conference on Private International Law. The European Community could also be a "State" (Art. 26(5) of the preliminary draft Convention). If a State had various units, a State could ratify the Convention for only one or two units (Art. 25 of the preliminary draft Convention). Thus Canada could ratify for Alberta only.

The next question concerned the scope of the Convention (Art. 2 of the preliminary draft Convention). Certain issues were expressly excluded. Consumer contracts and employment contracts were excluded as they raised special problems. Various personal and family matters, such as matrimonial property, succession and divorce were excluded. Insolvency was excluded. So was the carriage of passengers or goods by sea. Other maritime matters were possibly also excluded. Antitrust and competition were excluded. Nuclear damage would be excluded. The participants would have to reflect on what these exceptions meant. Land was excluded; this was a broad term, but rights *in rem* in immovable property were excluded. The incorporation and dissolution of companies were excluded. Certain intellectual property rights were excluded, but the participants would come back to that topic. The validity of entries in public registers was excluded. Arbitration was excluded.

However, if proceedings were brought on a matter within the scope of the Convention and a defence were raised relating to an excluded issue, the court could decide that issue (Art. 2(3) of the preliminary draft Convention). If the court did so, although the decision on the main issue would be recognised, the ruling on the excluded matter would not be recognised in its own right. For instance, if a court had to consider whether a company had been dissolved, it might decide that it had not been. The money judgment would be recognised and enforced under the Convention, but the separate issue on the company would not be binding on other courts. This was an important consensus that had been reached.

Mr Hartley concluded by referring the participants to other issues. He described intellectual property as the old friend that would be considered later in that meeting. Likewise, the issue of conflicting judgments would have to be considered. Punitive damages and excessive damages were a "hot potato" – he did not know how he would say that in French. The issue of flexibility and the conflicts with other conventions would have to be discussed. These issues would not be discussed then, but at Powerpoint presentations later in the week.

The Chair thanked the co-Reporter warmly and noted that he had shown the draft as a clear piece of work. The last screen had given the impression that there was still work to be done. He then asked whether the participants had any questions on the presentation itself. He observed that that was not the case

and thanked the co-Reporters again. He stated that the screen would then be removed and the meeting continued.

Mr Hartley (co-Reporter) thanked Mr Dogauchi (co-Reporter) for his work.

The Chair stated that he was sitting in the chair of Mr Philip (former Chair of the Special Commission). He was a guide and it was in that spirit that the work had to be finished. He reminded the participants of Mr Philip's words: "The better is the enemy of the good." In other words, they should not strive for perfection. He acknowledged that he now also said that to himself. The Convention had to be simple and the goal was to produce something clear and understandable for the international community of commerce. He stated that the participants had designated the Chair. Other designations then had to be made. The first designation was that of the **vice-presidents**. He mentioned the proposed names: **Mrs Sabo (Canada), Mr Goddard (New Zealand), Mr Kovar (United States of America), Mr Sun (China)** and **Mr Matveev (Russian Federation)**. He took it that the participants agreed and they applauded.

The next item was to confirm the **co-Reporters, Mr Hartley** and **Mr Dogauchi**, who had done a lot of preparatory work and had been present at all the meetings held on the project. There was applause from the participants.

He then stated that all those indicated and himself would form the Bureau. Some other persons would also attend the meetings of the Bureau. Those would be Mr Struycken (President of the Twentieth Session), the Chairman of the Drafting Committee, Mr Tenreiro (European Commission) and two members of the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law. Those were the Secretary General and the most important person, Ms Schulz (First Secretary). He thanked her for the work that she had already done and told her that there would be more work to come.

The Chair continued to say that there were other important bodies and groups. The most important was the Drafting Committee, which had not yet been fully set up. That would be done later during that day or on the following day, since further consultation was necessary. The other groups, the working groups, were not yet known, except for one. The way to operate the meeting would be to send issues to smaller groups in order for progress to be made. He was going to set up one at that very moment, namely on the form, or the "*certificat*". The Special Commission had not had time to finish that discussion, for instance whether it would be annexed or recommended. The participants should not lose time in the Plenary Session to prepare and review the form. He invited the participants to contact him if they wanted to take part in that working group.

He then turned the attention of the participants to the draft agenda they had received, including the note on why it looked the way it did. The main focus should as quickly as possible be the core issues, which had been set out so well by Mr Hartley. Those were Articles 3, 5, 7 and 9. They were called the "key provisions" in the draft Report. He stated that the agenda would be moving. They might shift issues where more time was needed for one and less for others. It would be flexible. He had one point to add: he had learnt on that day that there was nothing on the agenda for Saturday afternoon yet. Maybe there would be work left or maybe a working group meeting would be scheduled. He asked the participants not yet to dispose of the afternoon. As soon as he had a clearer view, he would inform them. The meetings would take place every day from 9.30 a.m. to 1.00 p.m. After lunch they would start again at 2.30 p.m. and continue until 6.00 p.m.

The Commission would have to take a position on the draft of the Special Commission. In addition, alternatives had to be prepared. That had been done. The draft of the Special Commission and that of the Drafting Committee had been compiled into one document. That would be the basis of the work. If the present Commission agreed, a provision would be adopted. If they disagreed, they had to say so during the debate and present their own working documents. It was important to do this ahead of time, *i.e.*, *before* the discussion. He referred to the two ladies sitting on his right, who would be receiving documents and arrange for the printing, typing, and distribution. He urged the participants to do this in time and to try to file the documents the day before the subject came up. Another recommendation he had was that the delegations should try to work together, so that several delegations produced one working document.

He then referred back to Working Document No 1 and stated that those proposals were then tabled. The articles were those of the Special Commission and the Drafting Committee. Some proposals were in the footnotes. If delegations were attracted to those, they had to file them, because they were not yet filed; they were just ideas. He also proposed that statements be made in working documents. Governments rarely made statements. The observers were encouraged to put their statements in working documents so that their oral presentations could be short. He told the participants that they had received Preliminary Documents Nos 31 and 29 Addendum on that day. These were the working methods of the Hague Conference on Private International Law.

The present Convention had to be adopted on the basis of consensus. There would be no voting. That required the will to find compromises. It also required working groups and informal discussions. The Hague Conference on Private International Law had started to experience this way of proceeding. The participants had to be flexible to keep all delegations on board and to find consensus.

Those were the Chair's general remarks. He noted that there was time left and asked if any delegation wanted to make a general statement on the working of the Commission. He observed that there was no request, but then saw that China had asked for the floor. He told the participants that they had understood that the usual way of asking the floor was to put up the delegation's sign. That entailed some discrimination because some signs were bigger than others, but they had to live with it. He then apologised for not having seen the sign of the delegation of China.

Questions préliminaires / Preliminary matters

Mr Sun (China) expressed, on the behalf of the delegation of China, his congratulations to the Chair for his election. He also assured him of the full support of that delegation. Then he added some preliminary observations. Firstly, he appreciated the working method of consensus rather than voting. That has lead in the last years, especially in the current project, to more consultation, understanding and achievements. It was a more constructive way and would make the Convention widely accepted.

Regarding the Choice of Court Convention, his delegation had taken part in the discussions. He wanted to make sure that all issues would be discussed fully and in detail. There had to be further discussions in meetings. There were special concerns. He supported the idea of informal groups. Finally, he believed that the Chair's guidance and the efforts of the participants would benefit the success of the Hague Conference on Private International Law and the Convention.

Procès-verbal/Minutes No 1

The Chair thanked him for his words and for the contribution that the delegation of China had made.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) congratulated the Chair and stated that he was confident that the participants would achieve a final result that would be good. On behalf of the European Community he wanted to clarify something to the participants who had not been present during the last five years. The negotiations held a deep interest for the European Community and the Convention would change the way in which its law was applied. The European Community would express the joint positions of its Member States. The participants would note that the delegates of the European Community Member States would often already be there in the morning or stay after the meetings to co-ordinate among themselves. That was to make sure that the views expressed were those of the positions of all the Member States.

He added a wish to the suggestions. He would like to suggest that the negotiations would not only have the aim of a good result – the Convention was well-prepared but complicated – but from the first day from the first round the meeting should try to close the discussions article by article. That would be in a preliminary way of course, because a compromise would have to be reached on all the provisions together. However, progress should be made in a small, step-by-step process. The first round should not only be an exchange of views, because then there would not be time in the second round and the participants would do a bad job. That was a strong wish from their side, and they would be committed from their side. The participants should try to work in a positive and constructive way from the beginning towards a good result. That would result in a success and a real Convention.

The Chair thanked him and shared his view. Questions had to be resolved and not remain open.

Mr Kovar (United States of America) joined the other delegations in congratulating the Chair. He was looking forward to a successful three weeks. He reminded the participants that it was the delegation of the United States of America that had suggested the project in the beginning, in 1992. He was extremely pleased with where they were on the present day. There was a well-prepared text and tremendous work had been done since the last Special Commission. It was important to congratulate the co-Reporters and the Drafting Committee. If the present meeting succeeded, it would be because they had worked to explore common ground where there was consensus.

The delegation of the United States of America agreed with the delegation of China and the European Commission on the methodology. On some of the target issues, consensus seemed difficult. On other target issues, consensus seemed impossible. He believed that in the spirit of progress and in the way of working, the participants would find ways to accommodate and to achieve a Convention that would be useful.

The Chair thanked the delegations for their positive and encouraging remarks. He felt strong and he might push for progress, taking his authority from those interventions that morning.

Mme Sabo (Canada) indique que la délégation de son pays appuie la nomination de M. Bucher en tant que Président. Elle ajoute que la délégation du Canada apportera son entière coopération à cette Commission.

She stated that the delegation of Canada, like the other delegations, supported the method of working and was in favour of flexibility. She was confident that under the guidance of the Chair, the participants would achieve a useful Convention.

Le Président remercie la délégation du Canada pour cette intervention de soutien. Il indique que les discussions de l'après-midi porteront sur l'article 3. Il précise que des propositions peuvent dès à présent être soumises au secrétariat. Il indique que pour cette première journée de travail ainsi que demain matin, une certaine souplesse sera accordée quant à la production des documents de travail et la manière de procéder. Il rappelle que des problèmes devront être résolus lors des discussions.

La séance est levée à 12 h 50.

Procès-verbal No 2
Minutes No 2

Séance du mardi 14 juin 2005 (après-midi)

Meeting of Tuesday 14 June 2005 (afternoon)

La séance est ouverte à 14 h 40 sous la présidence de M. Bucher (Suisse), les co-Rapporteurs étant MM. Hartley (Royaume-Uni) et Dogauchi (Japon).

The Chair introduced the session, stating that the discussion would start with Article 3. This Article was previously explained by Mr Hartley, as was the relationship of this Article with other provisions of the draft Convention. The Chair stated that the key provisions of the draft Convention were Articles 5, 7 and 9. All the key provisions related to Article 3, either explicitly or implicitly, as they referred to an exclusive choice of court agreement. Starting with Article 3, the Chair invited the Commission to consider Working Document No 1, which was available in English and French. He stated that both versions were equally authentic and equally important. He went on to say that Commission II had to be careful to ensure that the French version matched the English text.

The Chair explained that the discussion would follow the consideration of certain paragraphs at a time. He opened the discussion, inviting the floor to discuss Article 3 *a)*.

No delegates responded to this invitation and the Chair stated that, as explained previously, if there were no interventions the text, as it was, would be adopted.

Mr Wagner (Germany) said that he had a minor point to make. He explained that the preliminary draft Convention did not say anything about whether the choice of court agreement is binding in respect of third parties. He said that there was a question as to whether national law regulates this issue. He

had the feeling that this was the case and that this could be explained in the Explanatory Report. He was of the view that a short remark in this respect was all that is needed.

The Chair explained that the Explanatory Report referred to by Mr Wagner was the Explanatory Report of the preliminary draft Convention produced by the Special Commission. He added that the Explanatory Report did, however, go beyond this, adding further explanations and proposals in order to assist the delegations. There would be a new Explanatory Report to accompany the Convention, and this report would have a different objective than the existing Explanatory Report. Illustrations in the Explanatory Report would reflect things discussed in this meeting. He commented that minutes of this meeting were being taken and would be used for understanding the Convention. He added that delegations should not criticise the current Explanatory Report, but comment on what they wanted to appear in the new Explanatory Report.

Ms Schulz (First Secretary) stated that the effect of choice of court clauses on third parties was discussed in the April meeting of the Drafting Committee and was explained in Preliminary Document No 28. At that meeting the Drafting Committee had screened the wording of the preliminary draft Convention to see if it was broad enough to cover all parties. She stated that all were concerned with this issue from the point of view of the Convention. The court before which parties appear will have to decide if the Convention applies to the parties before it. She stated that this was a matter for national law.

Mr Kovar (United States of America) stated that he agreed with the statements made in respect of those who are third parties by virtue of assignment or subrogation. He was of the view that the issue of whether a party has stepped into the shoes of the original contracting parties is a question for national law, and that these cases should be fully covered by the Convention and be enforceable.

However, Mr Kovar stated that the case is different where the third party is not an assignee or has not acquired rights by subrogation, but is a party to the litigation. Again, the question is one for national law, but a judgment against such a third party should not be automatically recognisable and enforceable under the Convention. This result could be reached through Article 9. He was not prepared to say that the Explanatory Report should unequivocally say that judgments should be enforceable against third parties.

Mr Kovar added that he did not want to have to comment on everything in the preliminary draft Convention or Explanatory Report and that everything in the Explanatory Report for the preliminary draft Convention, which was not commented on, should not necessarily be accepted and included in the Explanatory Report.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) confirmed that he was satisfied with what was said about the Explanatory Report. In relation to Article 3, in general, he supported the policy behind the Article. He thought that the draft text could be improved, but that this was not specifically for the Plenary or a working group. He suggested that perhaps the Drafting Committee could be asked to look at this. He went on to say that sometimes the wording in the draft did not fit with the definitions. He gave as an example Article 3 *c)* which stated "an exclusive choice of court agreement must be entered into (...)", when what was really meant is "if it is not entered into (...)". He suggested revisiting the Article in the Drafting Committee.

As for third parties he felt that this issue could not be solved within the Convention, and it should be left for national law. He stated that there was a difference between real third parties and those who became the successor of a contracting party, but that in both respects the issue was one for national law.

The Chair stated that he preferred that proposals concerning the wording of Articles be presented to Commission II as the distinction between a wording change and a policy change was not always clear. He felt that it was always better to resolve issues in this meeting. He invited delegates to submit language proposals to the full meeting. He also stated that the Drafting Committee would have to be careful not to change the policy when making drafting changes.

Mr Bennett (Australia) wished to add his congratulations on Mr Bucher's election as Chair. He agreed with the views expressed by Mr Tenreiro (European Community) that there were two totally separate problems. The first was when a new party came in and replaced a contracting party (succession). In this case the law of the place where the succession occurs shall apply. The second was where there was a third party in the true sense of the meaning. In this case, Mr Bennett felt that the answer was not so easy. When negotiating the "old" Convention the issue of multiple defendants was discussed. He gave the following example: A contract between A and B includes a choice of court clause. A sues B in the place selected. A wants to add C to the proceedings (suing C in tort for inducing breach of contract). Mr Bennett asked if somewhere it were explained whether other courts were bound by the judgment on the case between A and C. He stated that it must be clarified whether the Convention applied or not and that this had to be done when considering Article 3.

Mrs Sabo (Canada) agreed with the principle that successors to a choice of court agreement were given the same treatment as the original party. She stated that it needed to be discussed whether and to what extent the Convention should apply to a third party. She explained that where a choice of court agreement was concluded between A and B, and B is sued by C in a jurisdiction that was not that chosen by A and B, and B wanted to bring A into the proceedings, then this action (between A and B) would be subject to the Convention provided that the court was in a Convention State. She asked if this could be clarified.

The Chair summarised that there appeared to be difficulties with several items:

1. Where two parties are bound by a choice of court agreement and a third party intervenes in a proceeding, his understanding was that this circumstance would not be covered by the Convention.
2. Where a choice of court agreement is transferred to another party, Mr Bucher stated that the conditions for the transfer were not regulated in the Convention, but this was left to national law.
3. As for the initial validity of the agreement in respect of form, that issue was governed by the Convention (Art. 3). He stated that this had always been the understanding.

He went on to say that the example given by Mrs Sabo (Canada) was tricky. He expressed the view that where one party wanted to bring in a third party which was bound by a choice of court agreement the choice of court agreement should prevail. He asked this as a question, seeking clarification from the delegates. He then invited Mrs Sabo or the co-Reporters to discuss this.

Mr Hartley (co-Reporter) referred to the example mentioned in the Explanatory Report. In a sale of goods contract, an English

Procès-verbal/Minutes No 2

seller (A) sells goods to a Canadian buyer (B) and there is a choice of court agreement in favour of the English courts. B then sells the goods on to C (another Canadian company). C sues B in Canada (there being no choice of court agreement between B and C). B wishes to join A (the original seller) to the proceedings. This is not possible, since A can rely on the English choice of court agreement. However, if C wanted to sue A directly in Canada he could, as there is no agreement between these parties. Mr Hartley was of the view that this example demonstrated the operation of the Convention.

The Chair thanked Mr Hartley for his explanation and stated that he considered the matter clear. Article 3 *a)* was considered to be adopted.

The Chair then invited the delegates to move on and consider Article 3 *b)*. He stated that he had the impression that this paragraph was settled.

Mme Sabo (Canada) explique que la rédaction actuelle du paragraphe *b)* a suscité des inquiétudes auprès de nombreuses organisations professionnelles au Canada et que, s'agissant du caractère exclusif d'un accord d'élection de for, celles-ci auraient préféré l'emploi du terme « présumé » à celui de « réputé » qui figure dans le texte actuel.

She said that the word "deemed" was not the right word. She explained that she understood that the policy of using the word "deemed" was to widen the scope of the Convention, but felt that using the word "presumed" may be better in line with the expectations of the parties. She asked if there was any support to make this change.

Mr Goddard (New Zealand) thought that this would produce a significant substantive change as there would be circumstances where the presumption could be rebutted other than when it was explicitly stated that the clause was not exclusive. He expressed the view that this would undermine predictability, certainty and clarity as it could result in litigation on this issue. He preferred the solution that provided the only way exclusivity could be rebutted was if it were expressly stated that the clause was not exclusive. He said that this could only be done if the word "deemed" was used.

M. Tenreiro (Communauté européenne – Commission) avoue qu'il ne parvient pas à comprendre l'objectif qui sous-tend la proposition de reformulation du paragraphe *b)* suggérée par la délégation du Canada. Il souligne que cette disposition constitue, ainsi que cela a déjà été dit, une disposition charnière au sein de la Convention car c'est sur elle que repose la sécurité juridique sur laquelle comptent les parties. Il explique ensuite que cette sécurité serait menacée si l'on devait se contenter d'une présomption simple, ce qui serait le cas si la formulation proposée par la délégation du Canada devait être retenue.

Mme Sabo (Canada) indique qu'elle souhaiterait exprimer sa gratitude aux délégués qui, par leurs interventions précédentes, ont su emporter sa conviction. Elle ajoute que si la délégation du Canada a abordé la question de la formulation retenue au sein du paragraphe *b)*, c'est parce que celle-ci a pu paraître inhabituelle à certaines organisations professionnelles canadiennes. Elle reconnaît toutefois que le choix d'une règle simple et claire est une solution qui présente indéniablement des avantages.

Le Président explique que le paragraphe *b)* a délibérément été conçu comme une disposition qui prend le contre-pied des solutions retenues dans ce domaine par de nombreux pays. Il ajoute que l'emploi du terme « présumé » aurait pour conséquence de transformer la présomption en présomption réfragable, ce qui rendrait nécessaire la définition de conditions permettant son renversement. Il constate que la Convention n'apporte aucun élément de réponse à ce problème. Pour conclure, il constate que le paragraphe *b)* peut donc être considéré comme adopté et il soumet le paragraphe *c)* relatif aux conditions de forme de l'accord d'élection de for à la discussion.

M. Markus (Suisse) explique qu'il souhaiterait aborder deux points. Il remarque qu'un premier problème réside dans la circonscription des formes requises au paragraphe *c)* pour la validité d'un accord. Il ajoute qu'il serait souhaitable d'indiquer clairement si les exigences posées par ce paragraphe constituent à la fois des exigences minimales et maximales car il lui semble que certaines délégations ont émis l'opinion selon laquelle des exigences supplémentaires pourraient être formulées par les États contractants. Il constate qu'une telle lecture serait regrettable car selon lui elle irait à l'encontre de la faveur que la Convention devra témoigner pour la validité des accords d'élection de for. M. Markus explique ensuite que le second point qu'il souhaite aborder concerne la formulation du paragraphe *c)*. Il constate que le terme « confirmation » qui y est employé n'a pas tout à fait la même signification que le terme « evidenced » figurant dans la version anglaise de la Convention. Il rappelle que la formulation de ce paragraphe est reprise de la Convention de Lugano ainsi que du Règlement communautaire Bruxelles I, instruments pour lesquels cette divergence avait déjà donné lieu à débat. Il constate qu'il serait peut-être opportun de tout simplement choisir de biffer ces termes.

Le Président indique que l'intervention de la délégation de la Suisse porte sur deux points qu'il souhaiterait voir aborder successivement. Il explique que s'agissant du premier problème soulevé par la délégation de la Suisse, le Rapport explicatif indique clairement que les conditions de validité visées au paragraphe *c)* sont à la fois nécessaires et suffisantes. Il ajoute qu'il serait souhaitable que la Commission prenne clairement position sur cette question. Il explique que si cette lecture devait être confirmée, il faudrait aborder la question de savoir si la formulation retenue paraît ou non satisfaisante. Il précise qu'il préfère recueillir les remarques relatives à ce premier point avant de soumettre à la discussion le second problème soulevé par la délégation de la Suisse.

M. Tenreiro (Communauté européenne – Commission) remarque que le paragraphe *c)* est une disposition qui détermine le champ d'application de la Convention. Il constate que la Convention ne fait, en effet, pas obstacle à ce que les différentes législations nationales se montrent moins exigeantes s'agissant des conditions de validité des accords d'élection de for. Il ajoute que, dans ce cas, lesdits accords ne seront tout simplement pas régis par les dispositions de la Convention. Il remarque qu'un problème pourrait toutefois se présenter si la législation d'un État signataire devait poser des exigences telles qu'aucun accord d'élection de for ne pourrait jamais être validé. Il explique ensuite que pour plus de clarté, il pourrait être souhaitable de faire figurer au paragraphe *a)* les exigences mentionnées au paragraphe *c)* de manière à faire apparaître que celles-ci contribuent à la détermination du champ d'application de la Convention. Il reconnaît néanmoins que la formulation s'en trouverait vraisemblablement alourdie.

Le Président estime que la formulation s'en trouverait effectivement alourdie.

Mr Kovar (United States of America) stated that it was not easy to ensure that everyone was talking about the same thing. He said that Article 3 *c)* was the minimum requirement as to form. He went on to say that he did not understand, and would not want to exclude the reference to evidence in

Article 3 *c)* in case there was no signed piece of paper to memorialise an oral agreement.

The Chair stated that this comment referred to the second part of Mr Markus' intervention which would be dealt with later. He said that he was waiting for Mr Kovar to say that Article 3 *c)* was also a maximum requirement.

Mr Kovar (United States of America) commented that sometimes the question of form is one of evidence, but in fact, one must decide if there really is an agreement. Sometimes you may have the form for an agreement, but in fact there may be no agreement behind that form, for example, there may be no consent. He stated that he was not sure that it was enough to decide if the paragraph was a minimum or maximum requirement as this question does not encompass all the issues.

The Chair stated that substantive validity is not covered by this provision. The issue was whether under national law a further form requirement can be added. He added that he felt that Commission II should confirm the policy of the paragraph being a maximum requirement.

Ms Sapp (International Trademark Association) briefly explained the organisation which she represented. She asked for confirmation to be given that Article 3, paragraph *c)*, subparagraph *ii)* says that if an agreement cannot be evidenced by something that both parties can keep, then it is not within the scope of the Convention. She asked if this was the correct interpretation of the Article.

The Chair was of the view that this was the case.

Ms Sapp (International Trademark Association) gave an example of when this might be the case. She explained that it would be possible for an agreement to appear on a computer screen but which one could not print out. She wanted to know if in that case the Convention would apply.

The Chair asked the delegates if they could provide an answer to this question.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that he wanted to deal first with the issue of whether Article 3 *c)* is a minimum or maximum requirement. He said that for the question of validity as to form the paragraph must be both a minimum and maximum requirement. Otherwise it would be like firing a torpedo through the Convention. He went on to explain, however, that it was only a minimum and maximum for the purposes of the Convention. States can do what they like outside the Convention. He was of the view that it did not matter whether the form requirements appeared in paragraph *a)* or *c)* because of the phrase at the start of Article 3, "For the purposes of this Convention".

In answer to Ms Sapp's (International Trademark Association) question he said that he would not answer whether the paragraph required a hard copy or that the agreement was accessible on a disk. He stated that what was needed was something that could be referred to later. As long as there was something that could be referred to then the agreement would fall within the scope of the Convention. He concluded by adding that this was a tentative and not a definitive response.

The Chair asked whether the requirements of this paragraph were both necessary and sufficient.

Ms Schulz (First Secretary) wished to add to the comments of the United Kingdom delegation. She stated that the results of the Informal Working Group seemed to be that if the choice of court agreement complied with these requirements then that was sufficient and national law could not prevent an agreement from falling within the scope of the Convention. She mentioned that it had been questioned in the past whether these requirements should be the minimum requirements in Member States and whether there should be a prohibition to have less formal requirements under national law. This had, however, been rejected. She also added that the term "minimum" could be interpreted in different ways.

Mr Goddard (New Zealand) agreed with Mr Beaumont (United Kingdom), that the form requirement was a minimum requirement for the application of the Convention, but not so far as national law was concerned. It was implicit within other substantive provisions of the Convention that it was also a maximum requirement. He stated that he believed that this had always been the understanding and that this approach pervaded the substantive provisions of the Convention.

He stated that whether a document that fulfilled those form requirements fulfils the requirements for the existence of a true agreement was a matter of substantive validity.

He went on to explain that the means of communication mentioned in this paragraph were based on the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. He stated that this phrase identified the requirements for electronic communications, but it did not mean that every party would have a copy of the agreement for all time. He gave the example of a letter which a party may not take a copy of. He was of the view that it was the same with the electronic version, it was possible that only one party could access the electronic record. He said that this view may raise concerns, but that it would be the same standard for paper and electronic communications. He stated that the Convention was not setting a higher standard for electronic communications.

The Chair asked Mr Goddard (New Zealand) if he was able to answer Ms Sapp's (International Trademark Association) question.

Mr Goddard (New Zealand) said that if either party had an electronic copy of the communication then that was sufficient. He was of the view that it was conceivable that one party may not have been able to print the agreement.

Mr Kovar (United States of America) agreed completely with Mr Goddard's (New Zealand) response to Ms Sapp's (International Trademark Association) question.

With respect to the minimum/maximum issue he said that perhaps it was a question of category. He asked what the form requirement meant. Did it encompass more than writing/other means of communications? What if there was a choice of the courts of country A in writing, but country A required a choice to be notarized and it was not? He asked if the Convention would override that requirement. He said that it was one thing to say that countries may add foolish writing requirements to get around the application of the Convention, but it was a different thing to ask if other types of form requirements that were not related to writing still applied. He reiterated the point by stating that this paragraph was the maximum form requirement for writing, but it was not clear how other form requirements should be dealt with.

Mrs Ferreira (China) stated that traditionally one would say "entered into or evidenced in writing", and that Article 3 *c) ii)* is considered to be equivalent to writing. She expressed that she was worried by what was meant by the phrase "information accessible so as to be usable for subsequent reference". If a case went to court and the court had to decide if there was an agreement, it was necessary to produce evidence. It

Procès-verbal/Minutes No 2

was not possible to take a computer. She stated that it was necessary to have information accessible in a written document. She was of the view that agreement could be reached in a way other than in writing, provided in the end a hard copy could be produced. She understood this paragraph as being a modern version of the old rule. She asked how "accessible information" should be understood.

Mr Beaumont (United Kingdom) wished to make some comments in relation to the United States delegate's concerns. He urged that delegation to look at paragraph 76 of the Explanatory Report. He stated that the form requirements were requirements about authentication. They were to ensure that States could not use such requirements to take agreements outside the scope of the Convention. He thought that everyone was in agreement on this. He stated that the substantive requirements of agreements were separate from this; it was possible to challenge a formally valid agreement on substantive grounds. Article 3 *c)* was not attempting to introduce substantive requirements through the back door. The paragraph was simply about not allowing additional formal validity requirements, and it provided both minimum and maximum requirements. He expressed the hope that consensus would be reached on this.

Mr Beaumont explained that if at least one party had evidence of an agreement, then that could be produced in court. The Convention could not regulate how evidence was presented in court.

He also sought to clarify that this was not a writing requirement; the draft text used the word "or".

The Chair stated that two further delegates wished to speak, and then the Commission should try and reach some conclusions. Working Document No 3 would then be considered, as would the form requirements.

Mr Wagner (Germany), in response to the question of the United States of America, stated that he agreed with the United Kingdom delegation. He was of the view that Article 3 *c)* covered all form requirements. As for the issue of notarization, that was a matter of form. In Germany there was no rule that choice of court agreements must be made by a notary. He suggested that in some cases Article 3 *d)* could be of help. If the main contract was not valid then there was no question of whether the agreement was formally valid.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) felt that the issue was more complex than had been discussed. He said that he agreed that any State could have less stringent rules on formal validity, and that that was very clear. These less strict rules could remain, but when an agreement did not comply with the Convention's rules, then the Convention would not apply.

In answer to the question whether the requirements were a maximum, he stated that a State could not prevent the Convention from applying by imposing other rules. He then questioned the consequence of this for other provisions. If a State could not impose other rules then this would effectively be pursuing a policy of full harmonisation as to formal requirements. If these were the maximum requirements that a State could demand, anything additional to this would be against the Convention – this was not stated to be the case anywhere in the Convention.

Mr Tenreiro then turned to Article 5, the key provision on this aspect. This Article stated that the chosen court was obliged to take the case, unless the agreement was null and void under the law of that State. It did not say that "null and void" included any additional requirements of form. If this were the case then this should be added to the text. He was of the view that this was an important issue and that if the Commission wanted to change the policy then the text should be changed to reflect this. He stated that the other choice would be to change the rule so that parties did not have to refer to the national law of the court chosen.

The Chair suggested that the wording could be changed, but that the policy should be kept.

Ms Ferreira Correia (Portugal) expressed her understanding of Ms Sapp's (International Trademark Association) point and the explanation already given by Mr Goddard (New Zealand). She said that she understood Mr Goddard to say that whenever an electronic programme allows you to consent, but that the agreement cannot be printed out in any way, we would still consider the information to be accessible. She thought that perhaps this would be acceptable provided at least one party could access the information, making an analogy with writing. However, she did express doubts with this view. When a document was in writing a party could always ask for a copy of it, a copy was always potentially accessible. This was not the case when the information was in electronic form. Where a programme did not allow a party to maintain the document in any way she doubted that the accessibility requirement would be met.

The Chair said that it had been extensively discussed whether the Article 3 *c)* form requirements were necessary and sufficient. He said that it was clear from the discussion that this was the case. He explained that States were permitted to have less stringent requirements, however, and that agreements only meeting those less stringent requirements would not have the benefit of the Convention. He said that the drafting of other Articles may have to be revisited, *e.g.*, Article 5 and Article 1, paragraph 1. He confirmed that the Convention only applied to agreements which fall under the particular rules of the Convention.

Where parties have complied with Article 3 *c)* the choice of court agreement was accepted and valid. There could not be requirements under national law for additional form requirements. In such a case there would be a violation of the Convention. If an agreement complied with Article 3 *c)* then a court must take jurisdiction. He was of the view that this policy was absolutely clear.

The Chair said that there were some difficulties in making distinctions between formal and substantive validity. The question of substantive validity was left for national law, and there was no opposition to this. Form requirements were left to Article 3 *c)*. He said that it could be a requirement for valid consent that there be a particular form. In this case he would propose that any such requirement be considered one of form and thus not be permitted if it went beyond the requirements set forth by Article 3 *c)*. He stated that he thought this view reflected what had been discussed.

The Chair then reflected on the question raised by the International Trademark Association. When reading Article 3 *c) ii)* one should always read the full text. He said that the word "accessible" was connected to the phrase "any other means of communication". Some people in their interventions had talked about the information "remaining" accessible and being able to be provided with a copy. He did not think that this was correct. This clause provided a functional equivalent to paper. Paper can be burned and disappear. The requirement was that there was a means of communication capable of being produced in the form of text, but whether this could be produced in court was a matter of evidence, which was a different issue.

The Chair stated that it was necessary to distinguish between form requirements and whether it could be proven that an agreement was concluded. Under the Convention there were no rules on procedure; this distinction had to be drawn.

The Chair then invited the delegates to consider Working Document No 3.

M. Markus (Suisse) explique que le Document de travail No 3 proposé par la délégation de la Suisse apporte simplement une précision d'ordre terminologique dans le but de lever toute incertitude quant à l'inclusion dans le champ d'application de la Convention des accords asymétriques mentionnés au paragraphe 71 du Rapport explicatif. Il remarque que ces clauses sont fréquentes en pratique et qu'il serait regrettable qu'elles ne soient pas couvertes par les dispositions de la Convention. Il explique ensuite que la deuxième proposition contenue dans le Document de travail No 3 suggère une formulation moins contraignante du paragraphe *c)* de l'article 3 qui traduirait mieux l'objectif sur lequel un consensus semble s'être dégagé. Il ajoute que cette formulation serait d'ailleurs alignée sur celle retenue dans la Convention de Lugano ainsi que dans le Règlement communautaire « Bruxelles I » et dont il constate que l'interprétation qui en a été donnée a fait l'objet d'un accueil favorable de la part des praticiens. Enfin, il souligne que la rédaction du paragraphe *c)* pose également un problème dans la mesure où le texte anglais semble avoir une signification différente de celle qui résulte du texte français. Il remarque, en effet, que le terme « confirmation » employé dans la version française paraît traduire un concept de droit matériel, tandis que le terme « evidenced » qui figure dans la version anglaise renvoie davantage à un concept de droit procédural. Il déclare, pour conclure, que cette divergence est héritée de la formulation retenue dans la Convention de Lugano et dans le Règlement « Bruxelles I » et qu'il n'est peut-être pas nécessaire de la reprendre ici.

Le Président propose que soient d'abord abordées les modifications proposées au paragraphe *c)* puis celles relatives au paragraphe *a)*.

Mr Sun (China) felt that there was some confusion over Article 3 *c)* and that it needed looking at further. He was of the view that it would be dangerous if it was sufficient, in respect of form requirements, that two parties have an agreement on paper which is then destroyed but can be evidenced by a third party.

He went on to say that the phrase "any other means of communication" created some confusion as he thought that the clause only applied to electronic forms of agreements. He thought that this was the intention of the clause. He stated that the definition should be limited to electronic agreements.

He said that he agreed with the views expressed by the European Commission and that an understanding on this point must be clear.

The Chair sought to clarify that the Delegate of China wanted the word "electronic" to appear in Article 3 *c) ii)*.

Mr Sun (China) confirmed this, stating that the clause should refer to electronic forms of communication, not to other forms.

Mme Sabo (Canada) indique que la délégation du Canada exprime ses remerciements à la délégation de la Suisse pour l'élaboration du Document de travail No 3 car la formulation du chapeau du paragraphe *c)* est une question qui a également suscité quelques interrogations au sein de la délégation de son pays.

She explained that the English language version related to a different policy choice to that of the French version. The English version required that the agreement must be evidenced in writing, it required that there must be proof of the existence of the agreement. The French text, on the other hand, allowed parties to conclude an oral agreement which could then subsequently be reduced to writing. She stated that these were two different policy options.

She proposed that if the French text be changed to say the same thing as the English text, "doit être confirmé par écrit" should be changed to "doit être attesté par écrit".

Mr Kovar (United States of America) stated that he could not authoritatively comment on the French version, but if Mrs Sabo (Canada) was correct he would agree to a change of the French version.

As for Working Document No 3, he did not think that it helped resolve the issues. He would leave in the reference to "evidenced" and amend the French text.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) commented on the wording of the Article. He said that he had always understood it as meaning the same thing in each language, because that was the wording used in the Brussels Regulation and the Lugano Convention. He said that what was important was the policy. He wanted to respect oral agreements, agreements did not have to be made in writing, but that there must be something to prove the existence of the agreement (not just a witness), *e.g.*, an exchange of letters. He stated that this gives security to the parties and avoids litigation on whether or not there was an agreement.

He suggested amending the French text to "prouvé par écrit" rather than "attesté". What was needed was something that showed that there was an agreement.

He said that this issue had been discussed within the European Union. He suggested referring to "writing" only in this Article, and having a separate Article providing that it is acceptable to have any communication which produces a durable record. He thought that perhaps this could be a solution.

The Chair thought that the proposal of Switzerland went too far. He said that the discussion showed an uncertainty of the rule in the preliminary draft Convention. He stated that it was necessary that both language versions mean the same thing. He was not sure that this was currently the case.

The Chair said that there was a risk of confusion in using the word "evidence". He explained that the word was not meant to have a procedural context, but that currently this was not clear.

The Chair said that it was necessary to move on and have further interventions.

He expressed the view that oral agreements were covered by the Convention provided that there was something more. Canada had suggested a change of wording in the French text, using the word "attesté" to reflect the English "evidenced". The Chair said that the delegates must decide what situations they wanted to cover, *e.g.*, did they want to cover usages if they were attested, and if so, by whom (one party or both)?

Mr Kovar (United States of America) thanked the Chair for his summary. He clarified that the United States of America's understanding was that oral agreements had always been included, provided they were evidenced in writing. It was the same for terms coming from business practice. There still has

to be something in writing, although this does not have to be on paper; it could be in electronic form. He went on to say that this provision came from the UNCITRAL model law and that he had always been of the view that it was wise for this Convention to be based on this model law. He said that the proposal of China would take the clause outside the model law. He did not think that the Article should be redrafted in this way as the results and benefits of the change would be uncertain.

Mme Sabo (Canada) explique qu'au risque de prolonger le débat, elle se voit néanmoins contrainte de constater que certaines questions demeurent posées.

She expressed agreement with the views of the delegation of the United States of America. The clause came from the UNCITRAL model law which is limited to an electronic context. When the clause appeared in this broader context, she was of the view that this limitation was perhaps less clear. She, therefore, suggested that the Commission may want to amend the clause.

She also said that the clause was aimed at including functional equivalents to writing. She asked if oral agreements that are videoed or recorded were equivalent to writing. She was of the view that Article 3 *c) ii)* should cover these circumstances.

The Chair stated that he considered it settled that oral agreements and agreements based on business practices were covered by the rule, provided that they were evidenced in writing.

He said that the wording to reflect this must then be decided upon in each language version. He asked who must do the confirming and invited more interventions on this. He suggested sticking to the wording that we already have but being sure exactly what it means.

Mr Musger (Austria) said that he had no firm opinion on the question, but referred to paragraph 79 of the Explanatory Report which set out a clear definition of what the Article means. He said that this definition was very restrictive, and said that the question was whether this was what was wanted.

Mr Beaumont (United Kingdom) asked if the co-Reporters had intended this to be an exhaustive definition.

Mr Hartley (co-Reporter) said that this was an example and not an exhaustive definition. The requirement can be satisfied in other ways as well, provided that there is evidence in writing.

M. Markus (Suisse) remarque qu'au regard du débat suscité, il lui semble que le problème de la formulation du paragraphe *c)* est une question qui méritait d'être abordée. Il constate que deux conceptions s'opposent: la première est plus large et de nature plutôt procédurale et semble traduite par le terme «evidenced». Il indique qu'au terme de cette conception, la confirmation pourrait émaner de n'importe qui même d'un tiers, voire d'une machine. Il explique ensuite qu'à cette conception s'oppose une conception plus restrictive au soutien de laquelle on a pu invoquer le Rapport explicatif qui dans son paragraphe 79 paraît se prononcer en faveur d'une interprétation stricte. Il ajoute que l'existence d'une divergence lui semble indéniable et que celle-ci pourrait être résolue par un alignement du texte français sur le texte anglais ainsi que le proposent les délégations du Canada et de la Communauté européenne (Commission), à condition toutefois qu'un tel changement corresponde bien, sur le fond, à l'objectif recherché par la Commission. Il déclare enfin que si cette solution devait être retenue, l'emploi d'expressions telles que «attesté» ou «prouvé» par écrit pourrait, à son avis, permettre d'atteindre cet objectif.

Le Président remarque que la délégation du Canada est sans doute celle qui est le mieux à même de porter une appréciation sur la concordance des versions française et anglaise du texte.

Mme Sabo (Canada) indique que la délégation du Canada serait plutôt en faveur de l'emploi de l'expression «attesté par écrit».

She expressed the view that there was some agreement on the policy issue. The agreement may be evidenced in writing, and it was not necessary that all the terms were in writing, or that the information came from one of the parties. She said that if the delegates were satisfied that "prouvé" reflected that, then she could accept that wording. She suggested that the Explanatory Report be clearer on this point.

The Chair said that one should seek to make the Convention clearer before seeking to make the Explanatory Report clearer.

The Chair stated that Mrs Sabo's intervention went further than the discussion had gone. He said that one party confirming orally in court the existence of an agreement was not something referred to by the Explanatory Report. The Explanatory Report foresaw one party confirming to the other party the agreement. He questioned whether we should go so far as to say that the evidence did not have to come from one of the parties.

Mr Beaumont (United Kingdom) referred to paragraphs 79 and 80 of the Explanatory Report, stating that it was perhaps dealing with an uncontentious example which was taken from the Brussels Regulation. He was of the view that the intention of this Convention was to go further than paragraphs 79 and 80. Since there was not a rolling together of substantive and formal validity, he was of the view that any kind of record of an oral agreement would be sufficient for formal validity. It was not necessary to talk about consent because of the clear separation of the issues of formal and substantive validity. He felt that the only requirement of formal validity was that there is a record, and that we should have a liberal understanding of what that record should be. He was of the view that any person could keep that record, whether a party to the contract or a third party.

Mr Bennett (Australia) said that when one talked about the agreement being evidenced in writing one must be referring to the party on the other side. In the common law the Statute of Frauds requires "writing signed by the party to be charged". It is not acceptable to have one party writing down the oral agreement if that is the party seeking to enforce the agreement. It must be stated which party provides the writing. He asked how far the delegates wanted to go on this. Should the Convention be kept as simple as possible or should there be a long explanation of what was required? He expressed the view that it was necessary to say that the agreement is evidenced by the other party from that seeking to rely on it.

The Chair thought it sufficient to say that the agreement is evidenced by one party.

Mr Bennett (Australia) disagreed. It was not acceptable for it to be sufficient that one party makes an internal record that is

not shown to the other party. He felt that a phrase equivalent to that in the Statute of Frauds was needed.

The Chair asked whether it was necessary that the record be communicated to the other side.

Mr Bennett (Australia) replied that it must be communicated and not disputed. It was always the party that denies the agreement that must be tied to the evidence.

Mr Musger (Austria) thought that the views of the Delegate of Australia were even stricter than paragraph 79. He said that paragraph 79 was a transcript from a decision of the European Court of Justice, and that it was clear that the requirement was an exhaustive and rather strict concept. He asked what the difference was between a witness putting this statement on the existence of a choice of court agreement in writing and a witness going to court and orally putting evidence of the agreement before it. He asked whether there was any room for formal requirements any more if one accepted this broad meaning of "evidenced in writing".

Mr Tenreiro (European Community – Commission) thought that the previous intervention clarified the issue. It was not any kind of writing that was acceptable, but it had to be something that came from the parties. If an agreement is not concluded in writing you have to be able to produce something in writing that shows that there is agreement, this cannot come from a witness. It could still be argued that there is no valid agreement, but this was another issue with which this issue should not be confused.

Mr Goddard (New Zealand) agreed with Mr Beaumont's views, while also agreeing with those of the European Commission. He thought that the evidence could not extend to evidence created at the time of a dispute by a witness. The agreement must be entered into in writing or put in writing shortly after the agreement is entered into. He recognised that this was imprecise but felt that it was what was meant.

Mr Goddard illustrated this point with an example. A steel supplier deals on standard terms. An order is placed over the telephone, on standard terms. This agreement itself would not satisfy the requirements of Article 3 *c)*. However, if a contract note were sent saying that the steel is supplied on the standard terms then that is sufficient, irrespective of whether it is the purchaser or the supplier who is disputing the terms. He added that it would also be sufficient if the contract note were sent by e-mail.

Mr Goddard went on to say that it would also be sufficient for the purposes of this Article if the transaction was done through a third party, *e.g.*, eBay. eBay may be the party that creates the record of an agreement between two other parties, and that would be sufficient. He expressed the view that it would not be appropriate to insist on a record being made by one or either party in today's commercial environment. He gave the further example of a recording of a telephone order, the tape being a sufficient record, being evidence by electronic means.

He went on to discuss the difference between "evidenced by" and "confirmed by". He wanted a broader concept so as not to limit the scope of the Convention. His concern was that the word evidence is confusing because of its procedural connotations. He suggested the possibility of using the word "recorded", although he was not entirely comfortable with that word either.

The Chair confirmed that whether the record/evidence needed to be communicated to the other party was still a matter of discussion. Some delegates were of the view that it was required, others not.

Mr Kovar (United States of America) stated that he agreed with everything Mr Goddard said, except his final proposal, which he believed to be too narrow. In practice, for example, parties may refer orally to Lloyds Form 79, which can be adduced in writing. Whether the agreement can be proved was a different issue. He said that the discussion should not be on what the rules for constituting consent were, but just what were the formal requirements as to writing. In the example of Mr Goddard, the question was whether there is a contract. It would still be necessary to decide on issues such as consent, but the requirement of writing was satisfied and that was all the Convention is here concerned with.

He expressed the view that this issue must be concluded. He was concerned that the discussion was going around in circles.

The Chair asked if the word "documented" could be used. He said that it was difficult to find a word.

Mr Musger (Austria) asked whether if one party agreed on the standard terms on the telephone and the other side wrote this down, would this be sufficient following the policy put forward by Mr Goddard? He said that Mr Goddard would accept this if the conversation were taped, and Mr Kovar would accept it if the parties had orally agreed on written standard terms. He expressed the view that each step goes farther and farther. Referring to the proposal of the Delegate of New Zealand, he said that it was clear that it was sufficient for the agreement to be recorded shortly after it was made, but that there was no need that the other party know of the recording. He said that this would be a departure from paragraph 79. He thought that better drafting could be found to express the phrase "shortly after".

The Chair asked whether there should be a communication between the two parties. He said that in the French version it appeared that it was required. He was not sure that it was needed according to the English text.

Mrs Sabo (Canada) said that the discussion was getting bogged down in rules of evidence and questions of proof. This was not necessary. It would be the court which evaluates the proof before it and the existence of the agreement. All that was needed was some kind of indication in writing or a functional equivalent that there was an agreement.

The Chair expressed the view that there was a problem with the French text.

Le Président constate que le terme « attesté » est connoté dans la mesure où en droit il renvoie au terme « attestation » qui paraît postuler l'intervention d'une tierce personne. Il ajoute que tel ne semble pas pourtant être le but recherché. Il explique ensuite que dans la mesure où le concept retenu dans la version anglaise paraît être le concept recherché, les efforts devraient se concentrer sur la recherche d'un concept français équivalent. Il remarque enfin qu'aucun des termes évoqués ne semble pour l'heure parfaitement satisfaisant car le terme « prouvé » renvoie inévitablement au domaine de la preuve et que le terme « documenté » lui paraît manquer un peu de clarté.

M. Tenreiro (Communauté européenne – Commission) indique qu'il considère au contraire que le terme « documenté » pourrait peut-être constituer le terme idoine car il exprime

l'idée selon laquelle l'accord des parties doit figurer sur un document. Il ajoute que seuls les supports qui démontrent l'existence d'un réel accord devraient accéder à la qualité de documents, ce qui selon lui ne serait pas le cas d'un support invoqué par une partie et qui aurait été élaboré par ses propres soins.

The Chair said that it was necessary that both parties are part of the record. He said that the English expression seemed to be satisfactory, but that the French version went too far and was different from the English text.

Mme Schulz (Premier secrétaire) indique que les interprètes ont confirmé que l'équivalent français du terme anglais « evidenced » est bien le terme « documenté ».

M. Castell (France) constate que des doutes subsistent sur le fond. Il remarque que l'ensemble du débat qui vient de se dérouler sur l'admissibilité des différents types de documents – tels que l'écrit émanant des deux parties ou de l'une seule d'entre elles ou encore le témoignage, traduit des préoccupations d'ordre probatoire. Il ajoute qu'à son avis, la résolution de ces questions échoit entièrement à la loi du tribunal saisi.

Le Président déclare que, en effet, la validité au fond de l'accord d'élection de for et la preuve de celui-ci sont deux questions qui échappent au domaine couvert par la Convention. Il explique ensuite qu'il convient néanmoins de distinguer le problème de la validité en la forme d'un accord de celui de la preuve de sa validité au fond et que l'exigence d'un document est une condition qui attrait uniquement au premier de ces deux problèmes.

M. Tenreiro (Communauté européenne – Commission) remarque que le souci exprimé par la délégation de la France est en réalité insurmontable car la question de la preuve de la validité au fond et celle du respect de certaines exigences de formes ne sont totalement dissociables. Il remarque que cette ambivalence n'est d'ailleurs pas le propre des règles relatives à la validité formelle. Il ajoute que les dispositions qui sanctionnent la falsification d'une signature peuvent, en effet, elles aussi conduire à affecter la validité d'un accord d'élection de for.

M. Castell (France) considère que l'ensemble du problème trouve sa source dans une insuffisante détermination de la nature exacte de la règle édictée. Il explique que la question de savoir si cette règle est une règle de nature probatoire ou une règle qui pose une condition de validité n'est pas tranchée. Enfin, il déclare que dans la mesure où le principe adopté est le consensualisme, les conditions posées au paragraphe *c)* relèvent inévitablement du domaine de l'administration de la preuve.

Le Président constate que, théoriquement, ce constat est juste, mais que le paragraphe *c)* doit néanmoins être compris comme une disposition qui n'opère nullement sur le terrain de la preuve. Il explique que les exigences posées par cette disposition ont certes une incidence sur la preuve, mais que leur objectif consiste à subordonner la validité de l'accord d'élection de for au respect de certaines conditions de validité formelle.

Mr Kovar (United States of America) begged the delegates to conclude the discussions on the first three paragraphs of Article 3 and to agree that they were settled. He said that the discussions could not continue like this; restraint must be exercised and issues closed.

The Chair said that proposals on Article 3 to be accepted tomorrow would be for those delegations that had not yet warmed up.

The meeting was closed by the Chair at 6.30 p.m.

Procès-verbal No 3
Minutes No 3

Séance du mercredi 15 juin 2005 (matin)

Meeting of Wednesday 15 June 2005 (morning)

The meeting was opened at 9.45 a.m. under the chairmanship of Mr Bucher (Switzerland) with Mr Hartley (United Kingdom) and Mr Dogauchi (Japan) as co-Reporters.

The Chair announced the arrival of Mr Grandino Rodas (Brazil), one of the Vice-Chairs of the Twentieth Session, as well as Mr Monaco (Brazil), and also welcomed an old friend of the Hague Conference, Mr Rubin (Israel).

The Chair thanked the Secretary General on behalf of the Commission for the reception on Tuesday evening.

The Chair noted that he had only received one candidature for the Working Group on Forms and he requested further nominations.

Article 3 Accords exclusifs d'élection de for – Exclusive choice of court agreements (suite / cont.)

The Chair advised the meeting that one point remained to be discussed in Article 3 *a)* namely the meaning of an "exclusive choice of court agreement" which was the subject of a proposal in Working Document No 3 (Switzerland). Consideration would then be given to Working Document No 4 (China), and then discussions could take place in relation to Article 3 *d)*.

The Chair invited Mr Markus (Switzerland) to introduce Working Document No 3.

Article 3 a)

M. Markus (Suisse) reconnaît que le Document de travail No 3 proposé par la délégation de son pays a été distribué après la clôture des débats sur l'article 3 *a)* et explique qu'il se rapporte au problème posé par les accords asymétriques d'élection de for, c'est-à-dire les accords selon lesquels seule l'une des parties est liée par la clause tandis que l'autre partie ne l'est pas et peut saisir un tribunal de son choix en application des règles de compétence directe. Soulignant que ce type d'accords déséquilibrés est fréquemment utilisé en pratique, notamment par le truchement des conditions générales d'affaires, il fait observer que le texte actuel de l'avant-projet de

Convention sur les accords exclusifs d'élection de for (Doc. trav. No 1) est relativement ambigu en ce qu'il pourrait être interprété comme applicable aux seuls accords symétriques ou non. À cet égard, M. Markus relève que le projet de rapport sur l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for (Doc. prél. No 26) contient deux paragraphes très nuancés sur la question (para. 71-72) et indique que la proposition de la délégation de la Suisse a pour objet de clarifier la situation dans le texte même de la Convention par l'insertion des termes «*for some or all of the parties to the agreement*», à l'article 3 *a)*.

Le Président remercie le Délégué de la Suisse pour son introduction. Il ajoute que l'expression dont le Document de travail suggère l'insertion à l'article 3 *a)* pourrait se traduire en français par « pour une ou toutes les parties à l'accord » et propose d'ouvrir le débat à ce sujet.

Mr Kovar (United States of America) stated that he had been unclear as to the precise purpose of the proposal and he thanked Mr Markus (Switzerland) for his explanation. Mr Kovar noted that his understanding was that in the case of an asymmetric or one-sided choice of court agreement, where Party A could sue in one State and Party B in several possible States, the Convention could only apply if Party A brought proceedings. He thought that this result was not obvious from the language of the provision and he questioned if this result was compatible with the approach so far adopted to choice of court clauses, and indeed if it was fair to apply the Convention at all to such clauses. He suggested that it might be better to approach such essentially non-exclusive choice of court clauses within the context of Article 9 and that his delegation was considering submitting a working document to this effect. Then, as long as there was no competing litigation, the judgment could be recognised under the Convention.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that in general terms he agreed with the Delegate of the United States of America, adding that it was not helpful to try to be too perfectionist in constructing the Convention. He recommended that the Article be retained in the form which was agreed upon yesterday and that this complex issue not be reopened.

The Chair stated that time was never wasted in hearing a new proposal.

Mr Hartley (co-Reporter) noted that Mr Markus (Switzerland) had referred to paragraph 72 of the Report on the preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements (Prel. Doc. No 26) which suggested two possible interpretations for classifying a choice of court agreement as exclusive or not. He asked for the view of the meeting as to which interpretation was to be preferred and whether reference should be made in the Explanatory Report to asymmetric agreements at all. He added that such guidance was needed even if Working Document No 3 was not accepted.

Mr Goddard (New Zealand) stated that he agreed with Mr Kovar (United States of America) and Mr Tenreiro (European Community – Commission). Responding to Mr Hartley (co-Reporter) he stated that the existing text of Article 3, unamended, could not be taken to apply to asymmetric agreements and the interpretation advanced in paragraph 72 of the Report.

He stated that the example given in paragraph 72 of the Report was very helpful and related to a model, which often occurred in practice. Taking the example he said that if the borrower were to sue, for example, in London, that would not prevent the lender from suing elsewhere. He stated that for the Convention in that scenario Article 5 made sense but Article 7 did not work, there being no intention to exclude the lender suing elsewhere. If the lender were to bring proceedings elsewhere the Convention would not apply, but the agreement between the lender and the borrower would still be treated as an exclusive agreement for some purposes. Returning to the example he stated that if the lender were to bring proceedings in London as per the agreement the latter would be classified as exclusive, but he then noted that the lender might commence proceedings elsewhere if the assets happened to be moved. There would therefore be a conflict with the requirement that there be no parallel litigation.

Mr Goddard concluded by stating that Chapter II of the Convention could not deal with asymmetric jurisdiction agreements, but he agreed with Mr Markus (Switzerland) that it would be a shame if these agreements, which were common in practice, could not benefit from the recognition provisions of the Convention. He was therefore interested by the comments of the United States' expert to consider the issue within the context of Article 9.

The Chair concluded the debate noting that there was no support for the proposal to amend Article 3 *a)*. He noted moreover that the view of the Commission was that asymmetric agreements were not covered by the Convention and that the Convention was not designed for clauses of this sort. He stated that the co-Reporters would nevertheless refer to the issue. He finally noted that the issue remained on table for the purposes of Article 9. He then asked Mr Markus (Switzerland) if he would be prepared to withdraw the proposal.

Mr Markus (Switzerland) stated that he would and voiced his agreement with the comments of Mr Goddard (New Zealand). He stated that the hypothesis in paragraph 72 of the Report was a dangerous one and that the Explanatory Report on the Convention would have to be clear as to whether these clauses should be covered or not. He held that it would be a pity if they were not to be covered, as they were very common in practice.

The Chair stated that the matter was now clear and reminded the meeting that the United States delegation was considering the inclusion of non-exclusive agreements within the scope of Chapter III.

He then invited the Commission to turn to Working Document No 4 (China). He noted that the proposal contained two elements, which would be considered separately after their presentation.

Article 3 c)

Mr Sun (China) stated that his delegation was not seeking to change the policy of Article 3 *c)* but after yesterday's discussions it had certain difficulties with the wording adopted. The first element of the proposal sought to replace the word "evidenced" with "documented", which would be better from a Chinese linguistic perspective.

The second element of the proposal sought to introduce a shorter and clearer formulation for situations where the agreement was not in writing. He noted that the drafting for the proposal of the delegation of China was derived from Article 1 *n)* of the *Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary,* which was very successful in trying to define advanced forms of technology.

The Chair noted that it had been agreed yesterday that the French version of Article 3 *c)* would be changed from "confirmé" to "documenté" in order to be closer to the English

Procès-verbal/Minutes No 3

text. The proposal of the delegation of China now sought to go a step further because of problems in the Chinese language with the use of the word "evidenced". The latter term had procedural connotations in Chinese and this was not the intention of the text.

Mme Sabo (Canada) remercie la délégation de la Chine pour la proposition consistant à remplacer le terme «evidenced» par celui de «documented» dans la version anglaise de l'article 3 *c)*. Ajoutant qu'elle aura d'autres commentaires à faire, elle met d'ores et déjà en exergue sa préférence pour la deuxième alternative présentée dans le Document de travail No 4.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) thanked the Delegate of China for his presentation, stating that after the previous discussions on the topic it was helpful to try and find clearer wording. He stated that he was open to finding a consensus on the issue. He noted that the first proposal of the Chinese delegation came from an existing instrument but pointed out that this was a very different instrument. The second proposal of the Chinese delegation was closer to the existing text and was possibly preferable.

Mr Kosorukov (Russian Federation) congratulated the Chair on his appointment. He then stated that his delegation would like to support alternative two, as it allowed a clearer understanding of the purpose of the Article. He noted that the term "evidenced" was ambiguous.

The Chair asked delegates to consider solely the first limb of the proposal of the delegation of China.

Mr Kovar (United States of America) stated that he was not clear as to the distinction intended in the first element of Working Document No 4 (China). If the words were intended to be the same then his delegation would have no objections; it was a simple matter of drafting and could be referred to the Drafting Committee. However, if the intention were to change the general understanding of the provision then his delegation would have reservations. He asked if more guidance could be provided by the Chinese delegation.

The Chair stated that if it were a drafting issue the debate could stop but his understanding was that the Chinese delegation was thinking in English and in Chinese. "Evidenced" had a narrower meaning than "documented". "Evidenced" was connected to procedural issues and would be too narrow for the Chinese delegation as for everyone else. The understanding of the meeting had been that the meaning was broader.

Mr Sun (China) thanked the Chair for clarifying the concerns of his delegation. He explained that in Chinese civil procedure rules the concept of evidence had a wide scope and included, for example, witness statements and expert evaluations. Consequently if the term "evidenced" were used in Article 3 *c)*, it would bring these forms of evidence within the scope of the Convention, which would cause significant practical problems. He further stated that the term "documented" could be translated easily into Chinese and expressed the true meaning of the provision in both English and French. There was moreover no desire to change the scope of the provision.

Mrs Ferreira (China) noted that in Latin languages the same problem of equivalence arose with the French term "confirmé" and its Portuguese, Spanish and other counterparts in Romance languages which did not have the same meaning as "evidenced".

The Chair stated that in the absence of any objection the first element of the proposal of the Chinese delegation would be adopted and referred to the Drafting Committee. He then invited the Commission to consider the second limb of the proposal of the Chinese delegation, which sought to amend Article 3 *c) ii)* with language from the Convention on Securities held with an Intermediary.

Mrs Sabo (Canada) stated she was grateful the proposal had been made but as the wording came from the Convention on Securities held with an Intermediary, an instrument with a very limited scope dealing with intangibles, it did not work in the present context. She stated that the reference to tangibility would give rise to difficulties of interpretation as well as of application. She concluded the existing text in Working Document No 1 was not ideal but she preferred to retain it and asked that the Report make it clear as to the source of the provision and the intention behind it.

Mr Kovar (United States of America) stated that he agreed with the Delegate of Canada. He stated that the context of the Convention on Securities held with an Intermediary was unique and it would not be a good idea simply to shift wording on the form of agreements from that Convention to this. He noted that the language employed in Working Document No 1 came from the Article 6(1) of the 1996 UNCITRAL Model Law, which was intended to be of general application, incorporating contracts and choice of court agreements.

He added that UNCITRAL was currently engaged in completing a new convention on electronic contracting and Article 9(2) of this new instrument repeated the same language from the Model Law and Working Document No 1. The new UNCITRAL instrument would also have general application and would be suited to a business-to-business context such as existed in the context of the present negotiations in The Hague. He thanked the Chinese delegation for their proposal but recommended that the text be left as it stood.

Mr Goddard (New Zealand) expressed his support for the comments of the United States and Canadian delegations. He reiterated the comments as to the draft UNCITRAL Convention and noted in that context that reference to tangibles had been excluded. He suggested that the main concern with the existing Article 3(2), which lay with its interrelationship with rules on evidence, had been solved by the last change.

He argued that a formula constructed around the concept of tangible form was both limiting and ambiguous. He gave the example of a contract made by text message; this could meet the UNCITRAL standard but if it could not be printed it might not be classified as existing in tangible form. He questioned whether the memory of the receiving phone might have to be produced. Mr Goddard further gave an example of a contract made by phone. He noted that this was very common in certain sectors with the phone calls being recorded automatically. He stated that such a tape-recorded contract would satisfy the existing drafting of Article 3 but not the proposal of the Chinese delegation. He added that it was unclear what the tangibility requirement would apply to: the means of communication, the record or the information itself. In order that different types of modern communication come within the scope of the Convention he submitted that the existing text be retained. He stated that tangibility carried with it an illusion of clarity or certainty, which was not realised in practice.

Mr Bernasconi (First Secretary) noted that the language employed in Article 1 *n)* of the Hague Convention on Securities held with an Intermediary was not in fact original for it came from the Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment. He added that the term "writing" in the Hague Convention had a very limited scope, so there was a narrow functional equivalence test for a narrow rule. He asked the Commission whether such a rule would be desirable in

the present context. He further clarified that 99% of security account agreements were concluded in writing, possibly by e-mail – which could be printed – but not over the phone or by text message.

The Chair stated that he had not heard any support for this element of the proposal of the Chinese delegation. He noted that the drafting had come from a text, which had a specific and different function. He stated that the Commission should not try to be creative on this issue and noted that the general view was to retain the current drafting in Working Document No 1.

Ms Ferreira Correia (Portugal) agreed that the Convention on Securities held with an Intermediary had a very specific scope but noted that the Unidroit instrument from which the wording in Article 1 *n)* came had itself a very different scope. She stated that both Conventions were defending specific objectives and sought to foster certainty but this did not appear to be what was intended here. She stated that the effect of the wording found in the Model Law could be broader if used in the present Convention and asked if someone familiar with the UNCITRAL Model Law could provide some clarification. She also requested that there be additional information given as to the nature of the formal requirements, which were going to be introduced.

The Chair requested that the debate not return to issues, which had been discussed yesterday. He added that the Commission had to decide on the text it wanted and there could not be discussion on the Report or any UNCITRAL documents.

Returning to the substance of the debate, he stated that the agreement had to be accessible; it was a separate matter whether the information was still available. He noted that if a paper contract were to be burnt, this did not remove the existence and validity of the form of the choice of court agreement. In such circumstances there would be only a problem of evidence but this was not an issue for the present Convention. He asked if the Chinese delegation was able to withdraw its proposal.

Mr Sun (China) thanked the Delegate of Portugal for her comments, which clarified many of his own concerns. He also thanked the other speakers for their interventions. He stated that he was not totally convinced of their arguments but was content to let the debate progress.

The Chair thanked the Delegate of China for his understanding and his constructive contribution to the debate. He expressed his hope that the Chinese delegation would find the official Report convincing on this issue.

He invited the meeting to turn to Article 3 *d)*.

Article 3 d)

Mr Bennett (Australia) noted that there was a paradox in the second sentence of Article 3 *d)*, but he recommended that it should nevertheless be accepted for otherwise the whole purpose of the agreement could be frustrated.

M. Castell (France) observe que l'article 3 *d)* tend à garantir l'autonomie de la clause d'élection de for par rapport au contrat principal. Il souligne, néanmoins, qu'une partie pourrait contester, non pas la validité du contrat principal, mais l'existence même du contrat en invoquant par exemple une hypothèse de résiliation ou l'échéance d'un terme. Il estime donc souhaitable que le Rapport explicatif mentionne également ce type de problèmes.

Le Président confirme que ce sera le cas, soulignant que les termes «au seul motif que» reflètent l'objet de l'intervention française. Il conclut que l'article 3 *d)* est approuvé par la Commission.

Il observe qu'à l'issue des débats, une seule modification portant sur l'article 3 a été adoptée : les termes «*evidenced*» en anglais et «confirmé» en français seront respectivement remplacés par «*documented*» et «documenté».

Le texte sera transmis au Comité de rédaction afin qu'il réfléchisse à la formulation de l'article 3 *b)*, sur le point de savoir si l'expression «est réputé exclusif» («is deemed to be exclusive») devrait être remplacée par «est exclusif» («is exclusive»).

Il ajoute que le Comité de rédaction devra également s'intéresser à la formulation de l'article 3 *c)* afin de déterminer si l'expression «est conclu ou documenté» ne devrait pas être substituée aux termes actuels «doit être conclu ou documenté».

Enfin le Président fait observer que l'article 3 est actuellement inséré dans le chapitre 1 (Champ d'application et définitions) du projet de Convention, alors même qu'il contient une règle juridique produisant des effets sur la validité en la forme de la clause d'élection de for. Le Comité de rédaction devra donc envisager de modifier l'intitulé du chapitre 1 ou de déplacer l'article 3 dans un autre chapitre de la Convention, mieux adapté à sa nature.

The Chair then announced the membership of the Drafting Committee. This would be chaired by Mr Musger (Austria), who had directed the Committee so ably during the Special Commission stages of the negotiation as well as in the run up to the Diplomatic Session. The membership would comprise:

Mr Hartley and Mr Dogauchi (co-Reporters) as well as, in alphabetical order: Mr Beaumont (United Kingdom), Mrs Borrás (Spain), Mr Goddard (New Zealand), Mr Hoscheit (Luxembourg), Mr Kovar (United States of America), Mr Matveev (Russian Federation), Mrs Sabo (Canada), Mr Sun (China), Mr Tenreiro (European Community – Commission) and Mr Trooboff (United States of America).

The Chair noted that this was acceptable to the Commission.

Article 5 Compétence du tribunal élu / Jurisdiction of the chosen court

The Chair then invited the Commission to turn to Article 5. He recalled the intervention of Mr Hartley (co-Reporter) that this provision identified the first part of the effects of the existence of a choice of court agreement: the court or courts of the Contracting State which were to be afforded jurisdiction; the fact that the court with jurisdiction would not be able to decline jurisdiction and certain exceptions.

He noted that yesterday reference had been made to this provision to the extent that where reference was made to exclusive choice of court agreements it was understood that this would be an agreement within Article 3. He questioned whether this should be spelled out clearly, or whether the existing wording with its implicit connection was satisfactory.

He noted that there were two relevant Working Documents (Work. Doc. No 2 from the delegation of the Russian Federation and Work. Doc. No 5 from the delegation of the European Community).

Article 5(1)

Mr Tenreiro (European Community – Commission) noted that there had been a long discussion yesterday as to the meaning of Article 3 *c)*. The understanding as to the policy

was that this was a maximum standard and that when these conditions were complied with the Convention would apply and a State could not impose other formal requirements and take such agreements out of the scope of the Convention. To make this clear the European Community had suggested a change to Article 5(1) to add the clause, unless the agreement is null and void "as to its substance". This would prevent the chosen court from considering the agreement void because of an additional formal requirement.

Mr Kovar (United States of America) stated that as a result of the discussions yesterday and this morning he would agree with the conclusions on this point. He stated that additional formal requirements would not be appropriate under the Convention but he recognised that there would be difficult cases between issues of form and substance as to the validity of agreements. The court seised would have to determine whether there was an agreement in the first place. He asked that the Report make these things clear. Turning to the proposal of the delegation of the European Community, he stated that this addition to Article 5 did not facilitate the resolution of difficult cases, but rather added an unhelpful level of complexity.

Mme Sabo (Canada) approuve le commentaire de M. Kovar (États-Unis d'Amérique).

Mr Wagner (Germany) stated that this issue could not simply be referred to the Report. A decision was needed as to what was wanted. The proposal of the delegation of the European Community showed there was uncertainty. He acknowledged that it was often difficult to draw the line between issues of form and substance, but stated that this did not mean that it should not be attempted. He recommended the proposal to the meeting and stated that Article 5 should be restricted in this way.

Mr Markus (Switzerland) stated that he understood and shared the concern behind the proposal. However, like the Delegate of the United States of America, he had hesitations with the draft as submitted. The problem was that in mentioning substance in Article 5(1) a new notion was being introduced, which was not defined in the instrument. It presupposed that it should be the opposite to form as understood within Article 3, but even within the latter provision there was no specific mention to the terms "form" or "formal validity".

He asked if the problem could be resolved otherwise or left to the Report. He noted that an alternative solution could be to introduce a reference in Article 5(1) to Article 3 without explicitly mentioning the terms "form" or "substance". He was not sure if this would be strictly necessary but it would, in his view, be better than introducing new notions.

Mme Borrás (Espagne) soutient la position défendue par M. Tenreiro (Communauté européenne – Commission). Elle explique que le débat sur les rapports du fond et de la forme n'est pas nouveau ; il s'agit d'un problème de qualification bien connu. Vu la décision prise pour l'article 3, il convient de clarifier que seul le fond sera décisif à l'article 5. Elle estime, en conséquence, qu'il est nécessaire d'introduire une précision de cet ordre dans le texte de l'article 5.

The Chair asked the Commission not to repeat yesterday's discussions when clear results had been achieved then.

He noted that the proposal did not change the policy behind the provision; the Convention would deal with requirements as to form as adopted and all other matters would be dealt with by internal law. The proposal of the delegation of the European Community was an attempt to express this. He noted that an additional idea, one which had also been expressed by the European Community yesterday, was to refer to Article 3. Whichever approach was to be taken, the objective remained the same; on the one side there were issues as to form and on the other requirements dependent on national law, which in the present context was the law of the State of the chosen court.

The Chair further noted that Article 3 started with: "For the purposes of this Convention". It did not therefore have general application. The understanding was that whenever the term "exclusive choice of court agreement" was used, it would mean in accordance with Article 3. He stated that this could be made clearer by referring to Article 3 in Article 5 but added that this cross-reference would then have to be repeated in other provisions: certainly Article 9 and maybe Article 7. He noted that some would regard this cross-referencing as redundant.

The Chair recognised that there was confusion for some as to the scope of issues relating to "substance" in this context, and he affirmed that the matter was more complicated than some others might think.

He stated that indeed an agreement on a choice of court could be null and void because of reasons of form or reasons of substance but he explained that these substantive reasons were linked to the parties' consent. He added that one should not overlook that there was an additional aspect, which could lead to the choice of court agreement being null and void, namely when the parties conclude a choice of court agreement in an area that cannot be subjected to this type of choice.

Le Président explique que l'aptitude d'une matière à être sujette à une clause d'élection de for – qui correspond au problème de l'arbitrabilité en cas de clause compromissoire – n'est pas couverte par l'expression française « quant au fond » telle qu'elle apparaît au Document de travail No 5.

He noted, however, that in the English version this issue was perhaps not as clear.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that when one looked at Article 3 it could be seen that it dealt not only with issues of form but also issues of substance. He noted that paragraph *a)* described the constitution of the choice of court agreement. Article 5(1) did not intend to supplement Article 3, rather it sought to apply to the agreement certain requirements existing under the law of the State of the chosen court. He noted that the Delegate of the United States of America had referred to the validity of the rules of the State of the chosen court, which might apply to the agreement as specified under Article 3. Therefore there was no need to introduce the amendment as it might cause confusion and be interpreted as supplanting Article 3 as to issues of substance. He cautioned that different issues of substance might be attributed to choice of court agreements than those indicated by Article 3.

The Chair agreed that Article 3 *a)* contained some elements on substance relating to the validity of choice of court agreements and in this respect there could be conflict between the new proposal and Article 3.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that there was agreement on the policy issue, namely that invalidity should not be based on a violation of a formal requirement under internal law additional to that expressed in Article 3 *c)*. He accepted that the distinction between issues of form and substance gave rise to difficulties, but he recommended that if there was agreement on the policy it would be better to express this in the text than in the Report.

The Chair stated that the policy choice, which had been made, would be recorded in the minutes being prepared by the Recording Secretaries.

He suggested that the specific reference to "substance" would not add clarity and in the absence of significant support asked if it could be agreed to retain the existing text. This was accepted by the Commission.

Article 5(2)

The Chair asked that Working Document No 2 be presented by the delegation of the Russian Federation.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that the proposal sought to introduce two changes, one to paragraph 2 and one to paragraph 3. He noted that the presentation by the co-Reporters yesterday had clarified how paragraph 2 sought to exclude the doctrine of *forum non conveniens* and *lis pendens*. However, he stated that there was another potential situation where the chosen court might wish to decline jurisdiction, namely where legislation provided that the dispute fell within the exclusive jurisdiction of the courts of another State. Working Document No 2 proposed to allow in such circumstances the chosen court to defer jurisdiction in favour of the courts of another State if the latter State had exclusive jurisdiction for the case. He explained that Article 20 dealt with a different issue namely the exclusive jurisdiction of domestic courts rather than foreign courts.

He stated that he did not want to include the proposal within paragraph 1, as it would always prevent jurisdiction from being taken. Paragraph 1 referred to agreements null and void under the law of the chosen State and did not therefore cover situations where an international agreement applied to stop jurisdiction. He added that he wanted to give this option to the chosen court so it could comply with these rules as applied by its internal law or by the law of an applicable treaty.

Mr Bennett (Australia) asked if the proposal related to exclusive jurisdiction under the law of a foreign State, not designated by the agreement, or, exclusive jurisdiction under a treaty, or, exclusive jurisdiction under the law of the chosen State.

Mr Kosorukov (Russian Federation) clarified that it could be exclusive jurisdiction under the law of a foreign State, not designated by the agreement, or, exclusive jurisdiction under a treaty.

Ms Ferreira Correia (Portugal) questioned, if the law of the State of the chosen court were concerned, whether this would imply the application of the doctrine of bilateralisation, namely whether the criteria of the forum court as to exclusivity would in fact be used to determine whether the foreign court had exclusive jurisdiction.

Mr Hankin (International Bar Association) questioned if the proposal would mean that if, for example, the United States rules on patent litigation required disputes to be heard before specific federal courts, this would override the Convention. He stated that if this were the implication, he did not think it would be a good amendment.

The Chair reminded the Commission that paragraph 2 referred to a State, consequently this could include a non-Contracting State.

Mr Markus (Switzerland) stated that he was not sure if he fully understood the proposal. He noted that it appeared to be attractive. He considered that it sought to find coordination with Article 7, in the sense that there could be a situation where a court, which had been seised but was not the chosen court, had accepted jurisdiction under the reasons in Article 7. He explained that one of the reasons was that in its internal law there could be foreseen an exclusive basis of jurisdiction in respect of that court for public policy reasons. In such a case it could arise that the chosen court was seised at the same time or indeed before the Article 7 court. Consequently there could be a problem of parallel litigation. He suggested that this matter could be overcome by co-ordinating the mandatory jurisdiction rules of both States; this could avoid the situation where the Article 5 court would have to accept jurisdiction. He stated that there were nevertheless problems because it was difficult to imagine the Article 5 court applying the exclusive jurisdiction rules of the different States. He recommended therefore that this issue be considered within the context of Article 7. He further noted that the court with exclusive jurisdiction could be in a non-Contracting State. He added if this situation was also covered it would make the proposal even more attractive for it would be the only way for an Article 5 court to consider the situation of the court seised if it was not in a Contracting State.

Mr Nielsen (Denmark) stated that the proposal of the delegation of the Russian Federation was a far-reaching one and that the interpretation from the Observer for the IBA was correct. He explained that a Contracting State could thereby unilaterally take out a matter covered by the Convention. He could not therefore support the proposal. He recommended that issues of this type be dealt with in Article 2.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that he was not in favour of the proposal. He noted that it would make no sense if the Article 5 court were to decline jurisdiction on the basis that it considered, following its own rules, a foreign court to have exclusive jurisdiction, for the latter court may not in fact have exclusive jurisdiction according to its own rules. Turning to the issue of exclusive jurisdiction arising pursuant to an international treaty, he stated that this was a horizontal question, which would be dealt with by the provision on relationships between treaties (Art. 23). He recognised that the real problem was where under the rules of the seised court there was exclusive jurisdiction. If the proposal were to be adopted, it would have to be an absolute rule and could not take into account whether the court with exclusive jurisdiction had in fact been seised. He drew attention to the fact that this was why the current text excluded certain issues from the scope of the Convention (for example, immovables) or allowed States to exclude certain issues from the scope of the Convention on an *ad hoc* basis pursuant to Article 20. He concluded by stating that the proposal would destroy the basis of the Convention for it would be necessary to introduce a parallel clause into Article 7.

Mr Möller (Finland) voiced his support for the comments made by the Delegate of Denmark and the Observer for the European Community. He then drew attention to the practical difficulties that would arise from the proposal. He asked how a judge would know if exclusive jurisdiction existed elsewhere. He stated that even if the issue had to be raised by a party, there could still be problems because under the law of certain States it was not always clear if exclusive jurisdiction existed. He further questioned if a court would have to consider the issue of exclusive jurisdiction if the defendant did not enter an appearance. He concluded that he could not accept the proposal.

Mr Kosorukov (Russian Federation) explained that he did not fully understand the concerns of the Observer for the IBA. However, if his issue was that certain internal rules might prevent jurisdiction being exercised in the chosen State, this was not problematic because the Convention already included a rule on the internal allocation of jurisdiction which allowed jurisdiction to be reallocated. He noted that this was a similar situation. Turning to the comments of Mr Markus (Switzerland), he thanked him for his support and clarified that courts often applied foreign law under their choice of law rules. It would not therefore be an entirely new departure for a court to consider foreign exclusive jurisdiction rules. He also explained that the proposal (Work. Doc. No 2) merely offered an

Procès-verbal/Minutes No 3

option to the courts. Responding to the European Community, he stated that the proposal was separate from Article 20 as it dealt with the exclusive jurisdiction of foreign courts rather than domestic courts, and added that with regard to treaty-based exclusive jurisdiction the issue should be dealt with separately from Article 23. Finally, responding to the Delegate of Finland, he explained that Russian experience in this area showed that the proposal was in fact viable in practice.

Mr Kornatsky (Russian Federation) stated that the aim of the proposal was to respect foreign legislation. He clarified that in any State rules on exclusive jurisdiction covered issues, which had a particularly close connection to the territory in question (for instance, immovable property). He said that if the Article 5 court were nevertheless to accept jurisdiction, there would almost inevitably have to be recognition and enforcement proceedings in the foreign State. He added that in such circumstances the judge in the State of recognition would be in a dilemma. Should he violate the Convention and refuse recognition on the basis that under its internal rules the dispute should have been heard in that State, or should he violate its internal law rules?

Mr Bennett (Australia) thanked the Delegates of the Russian Federation for their summary and voiced his support for the proposal.

Mr Pravednyk (Ukraine) stated that he strongly supported the proposal for the reasons given by the Russian delegation.

Mr Kovar (United States of America) indicated that he understood some of the sentiments behind the proposal given the application of the doctrine of *forum non conveniens* in the United States of America. He said he could envisage a convention, which would be simpler in form than the current draft (equivalent to the 1958 New York Convention). He stated that his delegation had supported the elaboration of a simpler instrument at an earlier stage of the negotiations and within the context of such a model the scenarios identified by the Russian delegation could have been considered. He stressed that the current text was now very different; being very prescriptive in its drafting and specifically prohibiting, for example, the use of the doctrine of *forum non conveniens*. He explained that the United States had been prepared to accept the exclusion of *forum non conveniens* because the Convention would reverse the common law presumption that choice of court agreements are in principle non-exclusive unless otherwise stated. He advocated that given the current structure of the Convention national rules on exclusive jurisdiction should not be able to rise up and defeat the choice of forum made by the parties. If a less prescriptive approach were to prevail, it might be possible to respond in some way to the concerns identified by the Russian delegation.

The Chair stated that the Commission was free to draft whatever type of Convention it wished given that at present only one Article had been accepted.

Mr Inoue (Japan) thanked the Russian delegation for their presentation but stated that he could not support the proposal because as the Delegate of Finland recognised it would have serious practical consequences, with the judge in the chosen court having a heavy burden to consider the applicable law of all foreign States. He gave the example of a contract between French and Japanese companies for the sale of video cameras containing a choice of court agreement in favour of the Paris District Court. However, under the terms of the Russian proposal, if the French judge were to discover the existence of a German rule giving exclusive jurisdiction to the Stuttgart District Court for all video cameras manufactured in this country, he would not then be able to hear the case. He added that the situation would be rendered even more complicated if Dutch law happened to provide that all exports from the port of Rotterdam fell within the exclusive jurisdiction of the Rotterdam District Court. He accepted that it was indeed common to apply foreign substantive law but insisted that in this context it would be a foreign procedural law that would have to be applied. Finally, he stated that if the exclusive jurisdiction arose pursuant to an international treaty the issue could be dealt with under Article 23.

Mr Sun (China) thanked the Russian delegation for their proposal and Mr Markus (Switzerland) for raising issues that had not been previously considered. He agreed that there had to be reflection on the interrelationship of Articles 5, 7 and maybe also Article 20. He said that he did not want to give the proposal his full support as it would imply a waste of time and resources for judges and parties alike, but he invited the Commission to consider the ideas underpinning the proposal in greater depth.

Mr Goddard (New Zealand) voiced his support for the comments of the Chinese delegation. He stated that the proposal of the delegation of the Russian Federation was too broad and threatened the integrity of the Convention. This was not because of what it said but because there was no sense in amending Article 5 and not Article 7. It was essential for there to be correlation between the two provisions. He nevertheless stated that he was sympathetic to the concerns raised by the delegations of Switzerland and China and recommended that a more refined solution be developed.

M. Hoscheit (Luxembourg) estime que la proposition manque de logique. Il relève d'abord un mélange des genres inopportun. Il explique que dans le texte de l'avant-projet (Doc. trav. No 1), le *forum non conveniens* est exclu. Il s'agit d'une règle basée sur des critères d'opportunité tenant au litige concret. La proposition contenue dans le Document de travail No 2 tend quant à elle à introduire une certaine dose de souplesse ancrée sur des notions proprement juridiques. Il observe, par ailleurs, que le Document de travail No 2 a pour effet d'obliger à utiliser les mêmes critères que ceux utilisés dans le *forum non conveniens* simplement afin de désigner les États dont les juridictions pourraient s'estimer exclusivement compétentes, ce qui apparaît de nouveau illogique eu égard à l'exclusion de principe du mécanisme du *forum non conveniens*.

Mr Kovar (United States of America) stated that the suggestion to link this issue to Article 20 was not a good one. He explained that Article 20 had emerged to allow Contracting States to take certain areas outside the scope of the Convention. It was a solution to a problem created by the highly prescriptive nature of the instrument. He stressed that Article 20 would not be necessary were it not for the choice of law rule in Article 7 *a)*. He noted that Article 20 associated the Convention with potentially controversial topics in certain jurisdictions, such as asbestos. He added that even greater controversy could arise if the Convention were to provide that courts could send away an exclusive choice of court agreement to a forum, which said it would not deal with asbestos. He suggested that the Convention should be made less prescriptive and simpler and recommended that this suggestion not be followed.

The Chair observed that the discussions had to continue, as there appeared to be disagreement between the delegations. He stressed that an interesting point had been made, namely the need to decide whether the Commission wanted to respect exclusive grounds of jurisdiction of Contracting or even non-Contracting States rather than choice of court agreements. He added that the question of whether the issue raised by the proposal of the delegation of the Russian Federation (Work. Doc. No 2) was linked to the mechanism of *forum non conveniens* might have to be debated further.

He pointed out that the essence of the proposal was that the chosen court would have to give priority to an exclusive ground of jurisdiction. This seemed to alter the whole picture of the draft Convention, whose purpose had thus far been to give effect to choice of court agreements. While the new rule proposed in Working Document No 2 aimed at protecting all exclusive grounds of jurisdiction in the world, the draft Convention had until now followed the idea that should some Contracting States have certain specific problems then these could be dealt with through Articles 7 and 20 but could not be imposed onto other States (unilateral approach). He insisted that the proposal of the delegation of the Russian Federation, according to which the chosen court would be invited (or even forced?) to give effect to exclusive grounds of jurisdiction, would go far beyond the current text and would impact on Article 7 *c)* as well as Article 20, which would no longer be required. He reiterated that this should be carefully considered.

The Chair noted that some delegates felt uncertain as to the system that would determine if there was an exclusive ground of jurisdiction. He reminded the Commission that Mr Kosorukov (Russian Federation) had indicated that the exclusive nature of a basis of jurisdiction could result from treaty law as well as from the law of the State chosen or that of the forum State. With regard to the first possibility, he recognised that the problem was real and would need to be addressed in Article 23 as it was indeed a difficulty linked to the relationship of this Convention with other international instruments. With regard to the two other possibilities, he asked on which basis the applicable law should be designated in order to decide which grounds of exclusive jurisdiction would need to be respected. One suggestion had been to use the theory of bilateralisation. He also remarked that some States accepted the idea that the forum State should give effect to foreign exclusive grounds of jurisdiction on the basis that the judgment would otherwise not be recognised and enforced in the country in question. He stressed that should the Commission decide to go down the road indicated by the Russian Federation, the exclusive grounds of jurisdiction that would need to be respected would have to be clearly identified.

He declared that this issue would be the main focus of the debate after lunch.

The meeting was closed at 1.05 p.m.

Procès-verbal No 4

Minutes No 4

Séance du mercredi 15 juin 2005 (après-midi)

Meeting of Wednesday 15 June 2005 (afternoon)

La séance est ouverte à 14 h 40 sous la présidence de M. Andreas Bucher (Suisse), les co-Rapporteurs étant MM. Dogauchi (Japon) et Hartley (Royaume-Uni).

Article 5(2) – Document de travail No 2

The Chair stated that at the end of the morning session, the participants were discussing paragraph 2 of Article 5. He referred to the proposal made by the delegation of the Russian Federation (Work. Doc. No 2) and asked whether there were any further developments and interventions. He identified the delegations of the European Community and of Canada.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) was not convinced that the proposal was helpful for the reasons that his delegation had mentioned before. He wished to join the other delegations in expressing the difficulties they would have with the idea of linking Articles 5, 7 and 20 on that question of avoiding parallel proceedings. The idea seemed logical. One could say that if there were parallel proceedings in another court, and if the Article 7 court had exclusive jurisdiction, it might seem a little difficult to understand why Article 5 obliged the court to take jurisdiction. There could be flexibility (although restricted) to allow that court to decline jurisdiction. However, that was not good for the reasons stated before, especially by the delegation of the United States of America. It would amount to the giving of a bad signal by the Convention. That signal would be that it was worth trying to seise courts other than the chosen court. Article 7 had to provide flexibility, but that should not have an influence on Article 5. One should keep the strict rule in Article 5 and not allow that court to decline jurisdiction. Even if he could understand the theory and the logic behind the ideas, it was a question of the message that they wanted to give. The main objective was to make the chosen court take jurisdiction and have a judgment that would circulate under the Convention.

Mrs Sabo (Canada) did not want to prolong the debate. She recognised the concerns, but agreed too that it was a problem in the context of Article 7. She noted that Article 18 covered some of the cases that were of concern to the Russian Federation. At least, if there was no link with the forum, that provision might help with the problem.

Mr Beaumont (United Kingdom) supported what was said by the Observer for the European Community. He referred to the inappropriateness of any suggestion for opening up the text of Article 5(2). He just wanted to add something to what the Observer for the European Community had said. If one looked at the grounds of Article 7, it was difficult to see real practical examples. The seised court would apply its own public policy and it was hard to see that the Article 5 court would say the same. There were practical reasons for not going that way.

Mr Goddard (New Zealand) thought that he had taken the request of the Chair to be not too perfectionist too seriously in some senses and not seriously enough in others. Therefore he wanted to come back on what he had said that morning. The proposal made by the delegation of the Russian Federation was problematic for the text. Perhaps it had to be narrower. He no longer thought that this was a profitable path that they would want. The attempts at making it narrower were flawed. He saw some of the flaws and Mr Beaumont (United Kingdom) had pointed to others. There was no working document that was narrower. The proposal made by the delegation of the Russian Federation should not be accepted in the absence of a workable alternative. The text should be kept as it was in Working Document No 1.

The Chair turned back to the proponents of the proposal, the delegation of the Russian Federation, and the supporters, and asked whether they were prepared to reconsider or withdraw the proposal.

Mr Markus (Switzerland) confirmed, as was said, that there might be tempting ideas behind the proposal. He saw the problems. That opinion was enhanced by many others. He supported that it remained in an abstract sense. It was a good idea, but not possible to narrow down to what was useful and feasible.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that issues had been identified. There had been careful consideration of whether the proposed text was needed. The idea behind it was valid, although the actual formulation might require some adjustment. The delegation of the Russian Federation might develop a text, different in form, but addressing the problems identified. He proposed that the issue remained pending and that Article 7 be treated in the meantime.

Article 5(3) a) *et / and* b) *– Documents de travail / Working Documents Nos 2 et / and 5*

The Chair stated that there was a proposal not to retain Working Document No 2 now and to allow coming back to it at a later stage. That would accommodate the delegation of the Russian Federation. He suggested turning to Article 7 and everything that was connected to it, and then coming back to that issue. He asked whether that was acceptable. Since there were no questions, he stated that the meeting would proceed in that way. For the time being, the provision would be left as it was, the proposal was not carried, but it was possible to come back to that issue after the discussion on Article 7 and everything that was connected, *i.e.*, Article 20 and the declaration system. He had a question: would that be a system with multilateral effect? He then stated that that was so adopted. He said that the meeting would move on to paragraph 3. There was no proposal on letter *a)*. He would give the opportunity for interventions on letter *a)*, but would not be surprised if there were none. It was clearly accepted and settled and he turned to letter *b)*. He drew the attention of the participants to the fact that the provision was dealt with in the Report and in Preliminary Document No 23, and there were two proposals in Working Document No 2 (made by the delegation of the Russian Federation) and Working Document No 5 (made by the delegation of the European Community). He would first give the floor to the proponents and then allow a general discussion.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that in its proposal the delegation of the Russian Federation was guided by an intent to preserve the internal allocation of jurisdiction. When one was speaking of a court in a State, one was speaking of the entire court system. It was one mechanism. This was different to commercial arbitration. It required a different approach. The parties had to bear that in mind. The interference with the working of the system would be detrimental to the State and to the interests of the parties and would cause unnecessary confusion. Therefore the delegation of the Russian Federation had put forward a proposal to delete the text between brackets.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) explained that the European Community could also not have made the proposal and just spent some time in the debate on how important this issue was for them. They tried to be constructive. He explained that for the European Community it was important that if the parties had chosen a specific court, that court had to hear the case. That was one of the bases of the Convention which the European Community has supported and the participants had seen that during the previous discussions. Through the internal allocation of jurisdiction, parties who had chosen one court would in reality end up litigating in another court. They would be obliged to go to another court and that was fundamentally against the freedom of choice and the foreseeability by the parties. When the parties chose the federal courts of New York, they did not choose any other court. The proposal by the delegation of the Russian Federation provided an answer, but that answer was not always acceptable. Firstly, it did not provide certainty to the parties. Secondly, the Convention dealt with non-negotiated contracts as well, where parties had different bargaining powers. Maybe the court of New York would be acceptable to the party, but the same would not be necessarily valid for the courts of California.

The preference of the European Community was that the brackets be taken out and that the internal allocation was forbidden if the parties had chosen a specific court. It would be overruling national rules and international rules, but Article 23 provided that in certain cases the Convention would prevail over other conventions. The freedom of the parties was a higher principle. The internal law would not be applied when the Convention was applicable. If that were the consensus, Mr Tenreiro would be happy.

He also understood the positions of some delegations, such as those of the United States of America, but also New Zealand, China and Canada, and consequently the delegation of the European Community could not insist on a strict rule. The Observer was conscious of this. He wanted to spare time and was willing to compromise. The compromise was more than what was on the table in Working Document No 5. It was only a part of it. The compromise also concerned the effects on transfer of a case on Articles 7 and 9. They could be discussed either at that time, or later when proposals would be made on Article 7. The first element was a simple one. It might be worded stronger. At the beginning, he had thought of the words "significant weight" or "grave", but that was difficult to translate into French. They then used the more general wording "taken in due account". That wording could be discussed. The will of the parties had to be taken into account as far as possible. In that case the discretion of the court would be given limits. There was flexibility, but there was a strong message saying: "think twice because the parties wanted to plead before you".

The Chair wondered whether that was not yet the compromise. He pointed out to the Observer for the European Community that he had stated, the previous day, that problems had to be solved when they arose.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that that was the compromise of the delegation of the European Community on Article 5, but that they retained the right to come back to it on the proposals on Articles 7 and 9. He stated that it could be adopted, but there was a reservation. It was part of a package.

The Chair stated that there was then a new vision on the package. There would also be another compromise coming.

Mrs Sabo (Canada) thought that it was no secret that because of the system of Canada, they could not accept the text between brackets in the original text. She noted with interest the proposal made by the delegation of the European Community. The first preference of the delegation of Canada would be the adoption of the proposal made by the delegation of the Russian Federation, *i.e.*, the deletion of the words between brackets. The proposal made by the delegation of the European Community, as Mr Tenreiro had pointed out, was part of a package. It seemed innocuous there, but it had to be linked to Articles 7 and 9 and they needed to see all. Perhaps the way to proceed was to look at transfer in all its aspects and to make a decision on all of them.

The Chair understood the concern, but the solution on Article 5 would have consequences for Articles 7 *e)* and 9(1 *bis*),

as it was stated in footnote 2 on page 4 of Working Document No 1. Once the meeting was dealing with those discussions, the same point as now would arise. He asked the participants to try to proceed more. It seemed early to start to make packages. It was only the second day. The issue was sensitive, but not a major one. He asked where the positions and the flexibilities were and noted that there had been an effort made by the delegation of the European Community to offer a piece of a compromise.

Mr Inoue (Japan) echoed what the Chair had said. The meeting was now in the initial stage and they had not seen the entire position. He would like to confine the discussion to Article 5 and supported the proposal made by the delegation of the Russian Federation. He had the same concern as the delegations of the Russian Federation and of Canada. If the words between brackets were adopted, the situation could be prejudiced by the mere choice of the parties. He drew a scenario: A and B concluded an agreement for the Kobe District Court, and the city was then hit by an earthquake. The next day, a case was filed in the chosen court. That court could then transfer the case to a nearby district court. If the sentence between brackets were retained, that authority could not be exercised and nobody would be happy.

Regarding the current text proposed by the delegation of the European Community, he was reluctant. If the internal allocation were mandatory, there would be no room for considering the parties' consent. The proposal would oblige the courts to take that into account. That would be in conflict with Article 14.

The Chair found the illustration given a bit dramatic, but that was life, he added.

Mr Kovar (United States of America) stated that the delegation of the United States of America had long identified the issue as one of great importance for the United States of America. According to his delegation, the words between brackets had to be deleted. He recognised the spirit of compromise. If the proposal of the delegation of the European Community stood on its own, it could be accepted, but it had been offered with a reservation. Therefore, his remark was also offered with a reservation, depending on how the issue was handled in Articles 7 and 9. In the system of the United States of America, the same problem as in Japan did not exist: there was always discretion whether to transfer. The factor of the parties' choice was always given considerable weight in the analysis. He was happy to see that there was an offer of compromise. The participants had to come back to the issue when they could link it.

The Chair stated that it was one thing to say that one could come back to an issue and another to say what one would come back to. He was reluctant to make a list already on the second day of issues that had to be returned to. It would be time consuming. That would be wasting time and he still had a remark in his ears on wasting time. Now they were pushed to come back to issues.

Mr Musger (Austria) stated that there were two proposals going in the same direction: both the proposal made by the delegation of the Russian Federation and that made by the delegation of the European Community, would allow for an internal transfer even if a specific court was chosen. There was one difference: the proposal made by the delegation of the Russian Federation stopped there. The proposal by the delegation of the European Community added that for the usual cases where there was discretion, the choice of the parties had to be taken into account. That should be an important element in the exercise of discretion. The Delegate of Japan had pointed out a situation in which there would be no discretion. The mandatory rules of a country should then prevail. That was clearly intended. The alternative was to add that in the language of Article 5(3) *b)*. That would perhaps be "over-drafting", but if it was necessary, it could be done. The delegation of the United States of America was obviously thinking in the same direction.

The consequences in Articles 7 and 9 were part of the package, because it was one problem that had to be solved. It was difficult to agree on either proposal without knowing the consequences for Articles 7 and 9.

The Chair noted an offer on behalf of the European Community to give more flexibility to compromise. If that was the way, the text had to be amended and a comment in the Report would not be enough. The choice of the parties would be taken into account where possible. If the transfer were mandatory, the positions of the parties would not be taken into account. That was an interesting amendment to the proposal made by the delegation of the European Community.

Mr Sun (China) intervened briefly. He supported the deletion of the text between brackets. The rule on the internal allocation of jurisdiction was mandatory for some States. For this reason he thought that Articles 5 and 7 were different. He did not want to choose rules. One could not ask countries to change their rules. If it were possible to exercise discretion, that could be permitted, but one could not add language so that other countries would have to do it. That could not be accepted.

Mr Markus (Switzerland) stated that in the beginning, he would have been in favour of retaining the language between brackets. He could see that a compromise was being looked for. As concerned the question of whether there was a package or not, he tended to agree with the Delegate of Austria. It was not a package in the traditional sense, but a system that had to work in both senses. It was difficult to make a determination. The addition made by the Delegate of Austria seemed interesting. It would be useful to enhance the certainty for courts. There would be a considerable deception if the choice were not respected. That was a most important point. The expectations of parties should only be deceived if there were mandatory rules against such determination. He was able to follow the idea.

The whole question depended on what one understood under the internal allocation of jurisdiction. The understanding of the delegation of Switzerland was that it was a very broad notion: it meant not only the questions in *a)*, but also the functional competence on different levels in the system. That understanding facilitated the acceptance of a strict rule. The introduction of mandatory rules was a good idea and he agreed that there should be a compromise in that sense.

The Chair asked where the compromise was.

Mr Goddard (New Zealand) replied that it was just within the reach of the participants. He agreed with the delegation of the Russian Federation and many others that the words in the brackets had to be deleted. They could in theory cut across existing rules, but that was not necessary and that was not the goal. The words could be deleted without too much concern. One would have to see the whole structure later, but it seemed that it could go out at that time. To say that the choice of the parties was a factor that had to be taken into consideration was of course self-evident. The drafting in the text could be shorter. He proposed: "However, where the chosen court has a discretion as to whether to transfer a case to another court...". He thought that "duly" would be better English,

Procès-verbal/Minutes No 4

although he acknowledged that some would like intensifiers. If it was not mandatory, it might work. He thought that they agreed and that the meeting could carry on.

The Chair thanked Mr Goddard (New Zealand). He stated that it had sometimes happened in the life of the Hague Conference that self-evident provisions were inserted. Even though they were self-evident to most, they were useful to get agreement. The Delegate of New Zealand had answered to the delegation of China that was worried that the rule would not be in compliance with the domestic law of China. The provision would refer to the discretion under one's own law. It would not really add to domestic law, nor detract from it, but it might be useful to get consensus. He asked whether there was a positive reaction and observed that there was none. He noted that it was even better if there was no negative reaction. He thought that that was accepted. There was no written document and an amended proposal had to be made by the delegation of the European Community, along the lines of the words presented by the Delegate of New Zealand, and that sentence adopted. That implied that at a preliminary step the part of the provision between brackets had to be deleted from the draft. A new sentence, starting with "however" had to be inserted. The Drafting Committee would be invited to draft such a proposal in English and in French.

He understood that there had to be further reflection when the meeting came to Articles 7 *e)* and 9 (1 *bis*). To that extent, issues were open. The rule as it was at that moment was adopted. Thereby, he saw that the discussion on Article 5 had been completed.

Articles 7 et 20 – Présentation de M. Hartley (co-Rapporteur) / Articles 7 and 20 – Presentation by Mr Hartley (co-Reporter)

Proposition du Comité de rédaction (Doc. trav. No 1) / Proposal by the Drafting Committee (Work. Doc. No 1)

Documents de travail Nos 7, 8, 9 et 11 / Working Documents Nos 7, 8, 9 and 11

Following the agenda, the meeting would then move to Article 7. It had been mentioned that Article 7 was connected to Article 20. On that Article there was a substantial drafting proposal by the Drafting Committee. The emphasis was on the connection. On the agenda, no further mention was made of Article 20. It had to be treated at that moment, together with Article 7.

The co-Reporters had indicated that there would be a specific presentation. That presentation would also involve the Chairman of the Drafting Committee, since the Drafting Committee had made a specific proposal. There would be no break at that moment, but the screen would be put up. There would be a coffee break after the presentations.

Mr Hartley (co-Reporter) after asking the Chair whether he could start, stated that the presentation of the previous day would at that moment be continued. That issue was a much more specific problem. It was difficult and important. He had called it "flexibility", although he acknowledged that some might call it something else.

He went back to Article 7 and stated that it contained the rather strict rule in favour of a chosen court or the chosen courts of Contracting States. There were a few exceptions, such as where the choice of court clause was null and void. That was the background. Some States felt that the Convention had to be more flexible and there were various ways in which that could be done. He was just outlining the problem, as Mr Musger (Chairman of the Drafting Committee) would explain the solutions that the Drafting Committee had come up with.

There were two possible suggestions. The first had been mentioned by Mr Kovar (United States of America) earlier. That was to enlarge the exceptions to Articles 7 and 9, perhaps by allowing a court not to give effect to the choice of court agreement if it was null and void *under its law*, rather than under the law of the chosen court. Alternatively nothing could be said on which law was to be applied. That was one possible solution. The other suggestion would be to have a system of declarations under which Contracting States could say that they would not apply the Convention to specified matters in addition to those set out in Article 2(2). The idea was that States could add further matters to the list. In some ways, both solutions would lead to similar results. Thus, if a Contracting State did not want to apply the Convention to asbestos-related matters (at least one State felt like that), it could either pass a law saying that choice of court agreements were null and void if they relate to asbestos; or it could make a declaration that it would not apply the Convention to such matters. Both solutions would result in a Convention *à la carte*. One could look on the menu and choose this, this and this. States could choose the matters to which the Convention would apply.

Whichever solution was applied, however, certain general questions had to be answered. These were the big issues in the opinion of the co-Reporters. The first was transparency: would it be easy for parties to discover whether a given State would apply the Convention to their contract? If one made a contract, could one discover whether State X, Y or Z would apply the Convention? How would one know? Would it be easy? Was there a practical, easy way to know whether a State had opted out? The next issue was retroactivity. If the subject matter of the contract were excluded by a particular State, would that exclusion apply to contracts concluded before the exclusion came into force? If one wanted to make a contract concerning widgets (imaginary objects), one would want to know whether a court would apply the Convention to it. One could then find that it would. What would happen if, after the contract was concluded, the State changed its law? The third issue, reciprocity, was also extremely important. If a particular Contracting State excluded a particular matter from the scope of the Convention as far as it was concerned, would other Contracting States be required to apply the Convention to that subject matter when the chosen court was in the State excluding the matter? It was the problem of the unilateral exclusion. He gave a practical example. State X was very concerned with widgets. As far as it was concerned, such cases had to be heard in its own courts and it was not willing to apply the Convention. What about other States: did they still have to apply the Convention? If so, State X would have a free ride. It would never have to recognise a choice of court agreement in favour of another Contracting State, but choice of court agreements for its courts would have to be respected. It seemed to him that if there were no price, then everything could be pulled out. Then that would be the end of the Convention.

He stated that the Drafting Committee had prepared a text on declarations and Mr Musger, Chairman of the Drafting Committee, would explain what it meant.

The Chairman of the Drafting Committee stated that he would try to explain. He referred the participants to Working Document No 1 and stated that there were several options. There could be broader exceptions or references to exclusive jurisdiction or a system of declarations. According to the new Article 20, a Contracting State might make a declaration *not to apply the Convention to a specific matter*. Such a declaration would have similar effects to exclusions from the scope

in Article 2. It must refer to a specific matter. A possible limitation could be that the matter with regard to which a declaration is to be made had to fall within the exclusive jurisdiction of the State making the reservation. There was no consensus on that point. It was between brackets. There were arguments in favour of the preservation of the condition of exclusive jurisdiction, but maybe there were other reasons. Thus, the limited tool could be too limited.

What were the effects of such a declaration in the Contracting State making the declaration? The first was that there would be no obligation on a chosen court of that State to hear a case (Art. 5). Normally that would not be a problem; it would make the declaration because it thought that it had exclusive jurisdiction over the case. However, that could be a solution in part to the problem of the delegation of the Russian Federation. The real problems arose with Articles 7 and 9. The case could be heard despite an exclusive choice of court agreement in favour of the courts of another Contracting State (Art. 7) and there would be no obligation to enforce a judgment given by a chosen court of another Contracting State (Art. 9). These were the consequences of the declaration in the State that made the declaration. Did this lead to a Convention *à la carte*? Of course the possibility of declarations should not be too attractive for Contracting States. Therefore there was a rule of reciprocity in paragraph 2: "With regard to that matter, the Convention shall not apply in other Contracting States where an exclusive choice of court agreement designates a court of the State that made the declaration." What did that mean? What were the effects of a declaration in other Contracting States? The answer was rather simple. If a Contracting State had made a declaration, and a choice of court agreement designated a court of that State, in a matter covered by the declaration, then other Contracting States might hear a case despite the choice of court agreement (Art. 7) and they would not be obliged to enforce judgments given by the chosen court (Art. 9). If a Contracting State had opted out, its decisions would not be recognised and enforced under the Convention and a choice of court agreement in favour of this State's courts was no longer protected.

When could a declaration be made? Firstly, it could be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession (para. 3). Such a declaration would become effective simultaneously with the entry into force of the Convention for the State concerned (para. 5). So if a Contracting State made a declaration at the latest at the time of ratification, the Convention would enter into force with the limitation. A declaration could also be made at any time thereafter. Why was this? Many members of the Drafting Committee had thought that the future could not be predicted for others and States did not know which legislation would be created. However, such declaration made after ratification should not have retroactive effect. It should not apply to choice of court agreements concluded before the declaration became effective. It would become effective three months after notification to the depositary (para. 6). It would be a policy decision whether one wanted more flexibility and if so, where to go.

The Chair thanked Mr Hartley and Mr Musger for the presentations and announced the coffee break.

The Chair asked whether he could assume that the participants were ready to start and he jokingly asked them to stop multilateral and bilateral discussions across the tables. He then opened the debate on what had been presented a moment before, *i.e.*, Articles 7 and 20 plus the proposal of the Drafting Committee. It was a complex animal. Regarding the structure, he proposed concentrating on letter *c)* of Article 7 and discussing Article 20 and the proposed declarations. If a delegation thought that it would be useful, they may also address an issue in paragraph *a)*. That might be useful for some. Paragraphs *b)*, *d)* and *e)* would be discussed later. He suggested jumping into the bath water and seeing which way the delegates wanted to move. He asked who wanted the floor first and then stated that if there were no general comments, they should move through the working documents. The first was Working Document No 7 (proposal of the delegation of Switzerland) and then Working Document No 8 (proposal of the delegation of the Russian Federation), Working Document No 9 (proposal of the delegations of New Zealand, the United States of America and the delegation of the European Community) and Working Document No 11 (proposal of the Observer for the International Union of Latin Notaries). Those all addressed letter *c)*. He proposed starting with an introduction by the delegation and then moving on. Then delegates would be permitted to give their views on the proposals. He then passed the floor to Mr Markus (Switzerland) to introduce the proposal of the delegation of Switzerland.

Mr Markus (Switzerland) stated that the proposed text had been taken from footnote 4 on page 4 of Working Document No 1. According to the recommendation of the Chair, it had been tabled again. The participants would see that the threshold for the court seised but not chosen, to accept jurisdiction, was on a different level. In Working Document No 1 the threshold was higher than in Working Document No 7. Working Document No 1 referred to a very serious injustice and fundamental principles of public policy. In the understanding of the delegation of Switzerland, those two items or reasons for the acceptance of jurisdiction, would certainly be covered by the proposal made by the delegation of Switzerland. It also went much further. A mandatory rule in that State would already suffice. Why had the delegation of Switzerland to bring the threshold down so far? That was mainly because of the proposed Article 20 and his delegation believed that Article 20 as proposed and the reference there would be a sort of alternative to Article 7 *c)*, as was the proposal by that delegation. One should not combine Article 20 with such a low threshold in Article 7 *c)*. He thought that that was a different technique to solve the problem, but the outcome would be the same. He gave preference to that method, because the delegation of Switzerland had the psychological fear that it would be an invitation to declare exclusive jurisdiction on this and that. Article 7 *c)* as proposed had the conditions that it had to be mandatory rules of jurisdiction.

The Chair gave the floor to Mr Kosorukov (Russian Federation) to introduce Working Document No 8. He stated that he might also express his views on Article 20 and the declarations if he wished.

Mr Kosorukov (Russian Federation) replied that he did wish to do so. The proposal concerned paragraph *c)* of Article 7 and the notion of public policy. He was unsatisfied with the current draft containing the words "very serious injustice", "fundamental principles of public policy" and "manifest incompatibility". He found those phrases ambiguous and uncertain from the point of view of international and internal practice. Public policy was known; it was a term of art. There had been reflection on it in international treaties and statutes. One should employ a term that was widely used and easy to interpret. He recognised the will of some to eliminate the terms "serious injustice". He stated that the delegations of the Russian Federation and of Switzerland certainly had similar interpretations. The proposal in Working Document No 8 also offered a new paragraph *cc)* which allowed the court seised to go on if the dispute fell within its exclusive jurisdiction. However, he had to note that the full system, encompassing Articles 5, 7 and 9, had to be regarded. Only a harmonious system could provide a solution. On Article 20, there was a

Procès-verbal/Minutes No 4

working document drawn up by the delegation of the Russian Federation that should be circulated soon.

The Chair then referred the participants to Working Document No 9, drawn up by the delegations of New Zealand, the United States of America and the delegation of the European Community. He did not know who was the predominant speaker and noted that it was Mr Tenreiro (European Community – Commission).

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said he would first introduce the proposal and then comment on Article 20 and try to clarify the difference. First of all, he had to say that he did not consider it a real change of policy. It was an attempt to clarify the text. He thought that *d)* was restrictive and not necessary if *c)* were clearer. The Report gave examples of war, catastrophe and the inability of the court to work. The delegation of the European Community had thought that that was in letter *c)* and then tried to work on making the wording clearer. It thought of other reasons why the legal system could be disrupted. He then turned to the words "serious injustice". The delegation of the European Community thought that "manifest" was a good term. It meant "very serious". The proposal also took out the words "fundamental principles". He referred to the view of the delegation of the Russian Federation. He thought that "public policy" was sufficient and the phrase "fundamental principles" was redundant. It was a simpler proposal.

If it were allowed, he would like to say two words on Article 20. He would spare all the time he could use to say how excellent it would be if the Convention could be concluded without the declaration system. As a matter of principle, nobody was absolutely happy with it. That was a choice between second best solutions. If all agreed that flexibility was needed, there were two ways to provide it: through a pure *renvoi* to national law and case law in an obscure way, or in a transparent, direct way. Those were political choices. The first was the way in which Working Documents No 7 and 8 went. The second was Article 20, which was more transparent. That was the choice. He gave an example of how different the solutions were in reality and of how much the Convention would be applied in practice. He pointed the participants to Article 2(2) *i)*. The words between brackets, relating to tenancies, had not been agreed. He then presumed that the text between brackets was taken out of the provision. What would the consequences be for Articles 7 and 20? In reality, the courts of the European Community would not apply the Convention if tomorrow a German and New Zealand company concluded a contract for the renting of a building in Frankfurt. If the parties had concluded a choice of court agreement in favour of the courts in Canada or New Zealand, under Working Documents Nos 7 and 8, one would not care and the court in Frankfurt would take jurisdiction. But if the choice of court agreement between a New York and New Zealand company concerning a building in New York appointed the court in Frankfurt, that court would consider itself competent and the judgment would have to be recognised in New York and a New York court would not be permitted to take jurisdiction. If one turned to the declaration system, in reality one would have to think twice before making a declaration. Under that system, one would know what the excluded fields were. Under the system described first, one would not. Under the declaration system, if a declaration were made on tenancies, if the German courts were chosen, the New York court would not have to decline jurisdiction or to recognise or enforce the judgment. There would be a reciprocity effect. As a result, one would think twice before making a political statement. A last word was that he wanted to stress that there should not be a reference to mandatory rules and that there should be a strict rule. Maybe in reality the declarations would be more transparent and the Convention would be more widely applied in practice. Some would make the political choice not to make a declaration. Changes to Article 7 would mean that all can apply their own rules and that would amount to an *à la carte* Convention.

Mr Kovar (United States of America) stated that the discussion on the exceptions to enforcement of a choice of court agreement touched on one of the most fundamental aspects of the Convention, and key to whether the Convention could work in different legal systems. It related to both substance and legal approaches. One had to find a way under the Convention to permit all States and legal systems to join. He believed that all proposals had the same goals. The co-Reporters had pointed out that the New York Convention avoided the debate. It contained a simple rule that the court not chosen but seised had to enforce an arbitration clause unless it was null and void or incapable of being performed. The court used its own choice of law rules. To force the court seised to revert to the law of the chosen court was very strict. Since there was no way of knowing for sure that that foreign law could deal with all legitimate concerns of the court seised, delegations were being forced to consider an *à la carte* provision. It seemed that all exceptions had to be spelled out since one could not trust the courts to apply their own law. Exception *b)* related to capacity; *c)* had two notions of very serious injustice; *d)* was that the choice of court agreement could not be performed; *e)* was that the chosen court had decided not to hear the case. These were tightly drafted and did not provide a general exception for mandatory rules. Early on, one delegation had indicated that a mandatory rule did not for that legal system fall under public policy, so that delegation needed an additional specific exception related to asbestos. Mr Kovar thought that Mr Tenreiro had described *c)* well. That provision was intended to be transparent, create a high threshold, and be a disincentive to courts to apply special rules generally. Mr Kovar would not support the proposal made by the delegation of Switzerland. In the view of the delegation of the United States of America, the easiest would be to use the model of the New York Convention. If that could not be done, the one had to make sure that the Convention worked for all. He went on to state that the proposal made by the delegation of the Russian Federation ignored the fact that different legal systems applied the concept of public policy differently. In some countries, mandatory rules could easily be seen as public policy and the draft of the delegation of the Russian Federation would suffice. In others, a matter must be under the highest level of fundamental public policy before the court would step in. The delegations had been told that in Canada exclusive jurisdiction for asbestos was important for some of the provinces but, under that law, would not apply under a public policy rule. One has also heard about types of cases where there was a choice of court agreement, but if the agreement were enforced, it would be unconscionable to one of the parties. A court presented with such a case would not enforce the agreement. None of the courts of the delegations present would take the case or leave the agreement to have that effect. The hypothesis we have discussed before was an electronic agreement where a party had no opportunity to negotiate the text, and which would send that party to a distant forum with the result that he would effectively be unable to exercise his rights. Given the strict choice of law rule represented, if one did not deal with the situation in the text, it would lead to oppressive results. It was therefore dealt with under paragraph *c)*. Some would say that it was a matter for the application of public policy and others not – they would have other rules, for instance that it would be deemed entirely unjust and therefore unenforceable. Thus, each one of the provisions had its genesis in certain types of cases in various systems.

The delegation of the United States of America did not support the proposals made by the delegations of Switzerland and the Russian Federation as they were too narrow to fit different legal systems. The delegation of the United States of America thought that Article 20 was a better approach. The proposal made by that delegation (along with the delegations of New Zealand and the European Community) would approach the *à la carte* Convention in a way that was intended for many different legal systems.

Mr Goddard (New Zealand) agreed with almost everything that had been said and he would not repeat it. He just wanted to supplement it. Firstly, he supported it for two reasons. First, it was a central issue, because this Convention was not following the New York Convention way of dealing with the issue. They needed a mechanism for the rare, but serious cases. He could not emphasise enough how rare these cases would be. They would be exceptional, extraordinary or rare. But one could imagine such a case and it would be improper not to deal with it. One had to deal with it, but in a way that would not undermine the Convention. The first reason why he supported the proposal was that these were sensitive, difficult discussions. In the previous draft, the delegations of the United States of America and the European Community saw it as an appropriate basis to go on. That was the next step and it concerned practical solutions. They had made improvements. That was the first pragmatic reason. It was good to solve the problem in an acceptable way. Second, he did believe that it was an improvement. Of course it was not perfect, but he would be surprised if the draft could be perfect and the "normal lawyer" (if there were such a thing, because he did not think that there was and he thought that that was an oxymoron) would understand it. It was better for a number of reasons.

Regarding the language, it was a coherent approach. It addressed the access to justice concern. He liked the ultimate result because it was satisfactory. He thought that "manifest" was an improvement. It was clear, plain, striking and significant. It meant "exceptional". He liked "manifest". It was preliminary to the application of Article 7, without regarding the entire matter: was it plainly unjust? It would imply issues such as that the court could not do justice, or that the safety of the parties would be at stake. That was the situation for the Article 7 courts. It was not subtle. If something was good for him as a litigator, it was normally bad policy. "Manifest" was a better test. Furthermore, public policy was important and it was not clear to him how one could pick the fundamental parts out of it. The proposal tidied up, and a lot of the participants agreed on it.

Paragraph *d)* could be deleted as it was embraced by paragraph *c)* as it was then drafted. He thought that that covered it and stopped there.

The Chair thanked the delegations for their effort to produce a joint working document. He then referred the participants to Working Document No 11, which was a proposal by the International Union of Latin Notaries. He asked the Observer for that organisation to present the Working Document and to reflect on what had been said about "very serious" and "manifest".

Mr Talpis (UINL) responded that he had listened with great attention to all that had been said. For practitioners it was important that a forum could be selected and that predictability was ensured. He thought that the text was too broad. It had to be simple and he sought to narrow the inquiry. It would then provide: "circumstances which could not have been foreseen". This would be, for instance, if there were third party involvement, for instance a warranty. He referred to the *Donogue v. Stevenson* case in the United Kingdom. That had led to the disregard of well-drafted clauses. One could say "very serious injustice", but it would not be understood. Parties would not know what it meant and would have to wait for the interpretations by courts. It went too far and needed to be cut down a little more.

The Chair stated that the delegations that would intervene would react on the concerns of security and predictability. He then asked whether somebody who had not produced a Working Document wanted to take the floor. He thought that paragraph *c)* of Article 7 was independent of the declarations. The text of paragraph *c)* might be the same either way. They were discussing paragraph *c)* and many were referring to the declaration. If his view were confirmed in the discussion, he proposed first discussing paragraph *c)* and thereafter the declarations. He might be wrong, but he invited the participants to think about that. He noted that the delegations of Australia, China and the Observer for the International Trademark Association had asked for the floor.

Mr Bennett (Australia) wanted to mention two matters. The first was that for legislators it was not always easy and they could not reasonably predict all legal aspects. The other comment related to the proposal made by the delegation of Switzerland (Work. Doc. No 7). The grammar was hard to read and he proposed "the law of the State of the court seised prohibits..." He illustrated his point by referring to a burglar. A burglar was not unable to break into his house, but the law prohibited him from doing so. He thought that his words were clearer. It was a minor matter of form.

He agreed with the proposal of the delegation of the Russian Federation on the omission of the words "fundamental principles of". He referred to the problem of foreseeability, for instance because the courts closed down for example, if there had been a tsunami. He referred to the Delegate of Japan who had taught them the correct pronunciation, while the English form was also tenable. There could be civil unrest, or a place could be so dangerous that one did not want to go there, for instance, Iraq at the present time. It was impractical to litigate in a country under such conditions. He did not think that the words "reasonably foreseeable" should be added.

He jokingly stated that if the delegations of New Zealand, the United States of America and the European Community made a proposal together, one had to regard it very carefully. He disagreed on the use of the term "manifest". It did not mean "very serious". He gave an example: if there were a rule that one dollar had to be given to the pension fund of the judges if there were damage claims, that would be manifest, but it would not be very serious. On the other hand, if there were rules on evidence that had the effect that a party could not prove his case, that would be very serious, but it might not be manifest. He thought that that might not be the best example. "Manifest" seemed bad. The words "fundamental principles' should be deleted – he had dealt with that. He thought that *d)* should remain.

Mr Sun (China) stated that the Chair was not wrong and that he would never be wrong. Maybe the issue under discussion was the most difficult issue of the Convention. At first he wanted to agree with the proposal made by the delegations of New Zealand and the United States of America and the delegation of the European Community. On the declaration system he stated that that might indeed not be the best system and it might indeed have been the delegation of China that wanted it. He stated that Article 7 was not the same as Article 20. He then referred to public policy and mandatory rules. Public policy was a very important notion in many States in-

Procès-verbal/Minutes No 4

cluding China. It had been mentioned many times. It would be difficult for the Chinese court to apply public policy.

The second point was that Article 7 applied only in relation to jurisdiction. If one handled the issue in Article 7, one would have to bring all rules into Article 9 in a systematic way. It was not clear and simple. The second issue was about the real application of the future Convention. It was most important. How were parties to find out what the mandatory rules of all countries were? They could not resolve everything. It would be difficult to know for every country what the specific rules were in order to conclude a choice of court agreement. Different countries all had different mandatory rules. However, Article 20 would be something to push countries to limit, because of the rules on reciprocity. Those were the main reasons why he supported the declaration mechanism. He recognised that that might not be the best, but as some had said, they could try the second best if that could be accepted by all. There had been hard work on the solution.

Regarding the proposals, he was not in favour of Working Document No 7. He agreed with the proposals in Working Documents No 8 and 9 to delete "fundamental principles". On "manifest" he stated that the United States of America and Australia were two English-speaking delegations and at that point he was not quite convinced on whom to follow.

The Chair stated that they were manifestly different. It had been a very interesting intervention and it had drawn attention to the fact that one had to tackle the issue on both levels. Progress had been made on Article 7 *c)*, but not sufficient. They wanted a solution on both levels. It had not been said so clearly that afternoon.

Ms Sapp (INTA) applauded Working Document No 9. It addressed many of the concerns. The Convention would not be limited to agreements between consenting adults. She referred to click-wrap and shrink-wrap agreements and stated that the input of one party could be none whatsoever. She felt some danger with relation to non-negotiated agreements.

Regarding the "manifest" debate, she stated that there was a general standard in the United States of America for ignoring choice of court agreements. It must be clearly unjust or clearly unreasonable. She referred to the case *The Bremen v. Zapata off-shore co*. She thought that "manifest" and "clearly unjust" were synonyms and it would bring the Convention in line with standards that now existed in the United States of America and some other States.

She could see the merit in deleting *d)* by incorporating it in *c)*. She wanted to raise one issue with respect to the court holding that a contract was "unconscionable" and one of the parties to the agreement did not want it to be enforced. If the courts disappeared because a forest fire or an earthquake, the court would ignore the clause. That would not be the case now. The parties would be deprived of the benefit of the Convention. This struck the INTA delegation. Perhaps it could be different. In *d)* one could in the same way give the benefit of the Convention as if there were a transfer. The INTA delegation hoped so. She then asked whether she might ask a question.

The Chair replied that she could and jokingly added that she should not pose the question to him.

Ms Sapp (INTA) agreed that the declaration system was indefinitely preferable to other solutions. She asked how it would work. If a matter appeared in a case, although it was not the object, would it be out? How would an incidental question be treated? What if the declared matter arose as a defence? The INTA delegation hoped that that could be addressed in such a way as to be left in the Convention.

The Chair remarked that that was a statement and not a question.

Ms Sabo (Canada) stated that the situation was familiar to anybody who had attended the negotiations during the past thirteen years. Article 7 concerned the threshold for invoking a reason not to give effect to the choice of court agreement. Public policy was high. It was significantly different in some States than in the European Union civil law systems. It was not acceptable for the delegation of Canada. "Significant injustice" was acceptable for some delegations, but it was not transparent. She noted that Canada had a problem with asbestos. It had not been heard as loudly from other delegations, but there were other jurisdictions that also had problems. She agreed with the delegations of the United States of America, New Zealand, China and the European Community and others with respect to declarations. She recognised the concern that Article 20 might be used too broadly. The Chairman of the Drafting Committee had explained that there was a disincentive to declarations. The English expression was that one could not have one's cake and eat it too. She apologised to the translators for using a phrase that was hard to translate into French. She thought that the system would be transparent and commercial parties would know in advance. That was key. The declarations would come up in marginal areas. There would still be a core area, which would still be in the Convention, for example the sale of goods, financing and the sale or provision of services. That would be a large part of the subject matter of the Convention. That would most probably remain under the Convention. For those reasons and based on the work that had been done for so long, she submitted at that point that the proposal by the Drafting Committee was not ideal, but they could not strive for perfection and it was the best solution. She apologised for having been less brief than she had intended.

Mr Beaumont (United Kingdom) referred to the intervention by the Observer for the European Community, Mr Tenreiro. He stated that no difference had been intended when "very serious" was changed to "manifest". He wanted to state for the record that no difference was intended. Non-negotiated contracts did not in themselves fulfil the requirement. It would be very exceptional. The intention of the authors of Working Document No 9 was not the interpretation given by the Delegate of Australia. They did not want to reduce to "clear". They had meant both elements, both "serious" and "clear". There was no reduction in the standard of justice. That was very important. The other issues were becoming clearer. Maybe there was a consensus that there should be declarations rather than mandatory rules. Mandatory rules were a technical matter in Europe. That was not the case outside Europe. Secondly, he referred to the point of suffering the consequences of the benefit of an area.

In terms of the proposal by the delegation of the Russian Federation (Work. Doc. No 8), the word "otherwise" attempted to put the things together, but that was not acceptable for some, as the delegation of the United States of America had explained. That did not mean that a manifest injustice was not important for those countries, it just meant that it was not technically included in public policy. He preferred Article 20 to Article 7. Lawyers everywhere might have to find out what the mandatory rules were. One could visit the website of the Hague Conference to see the declarations.

Paragraph *d)* was not necessary.

The Chair stated that paragraph *d)* would be for the following day. He had to push on, because the time was running.

Mr Beaumont (United Kingdom) agreed to discuss paragraph *d)* on the following day.

The Chair asked the Delegate of the Russian Federation whether he wanted to introduce Working Document No 12 and asked him to do that on the following day. If he wanted to comment on Working Documents No 7 and 9, he might do so at that moment.

Mr Kosorukov (Russian Federation) replied that he had wanted to comment on Working Documents No 7 and 9 and that he would introduce Working Document No 12 on the following day. The delegation of the Russian Federation generally supported the Swiss proposal concerning mandatory rules of jurisdiction, and felt that they may be going in the same direction. With regard to the proposals in Working Document No 9, regarding the terminology of paragraph *c)*, he was concerned about preserving the integrity of the Convention. He stated that examples had been given on how public policy was different in different legal systems. That meant that it was a concept that had been studied. Even "normal lawyers", referred to by Mr Goddard, knew this concept. Violation of public policy was a very reasonable basis for refusing to give effect to the agreement. It should be used in the Convention without artificial limitations, such as attaching the qualification of "manifest", which was unknown to his legal system and, to his knowledge, to a number of other legal systems. With this in mind, "manifest injustice" was on one line with public policy. He referred again to integrity and stated that an area of ambiguity should not be created. It was difficult for courts and parties and they would not know what was meant. Therefore he believed that the terminology had to be put in line with what had already been tried.

Concerning the declaration system and the exceptions on the jurisdiction clause, he stated that reference had been made to the 1958 New York Convention. He was of the view that arbitration was fundamentally different to State jurisdiction systems. He stated that this was a new notion and a necessary notion. There was a difference with arbitration. The draft Article 20 had been referred to as mandatory rule exceptions. If that were properly accepted, that would benefit the Convention. If not, anything, virtually anything, could be declared and that would come into conflict with the integrity of the Convention. Regarding Article 20, the main concern could easily be resolved by way of declarations. However, declarations as they were at that moment, were certainly too wide.

The Chair stated that the Delegate of the Russian Federation would have the floor again on the following day.

Mr Markus (Switzerland) referred briefly to the comments on Article 7. He was grateful for the language. He found the comparison with the burglar interesting. Working Document No 7 was meant as an alternative to the declaration system according to Article 20. Maybe such a system could be examined more closely. In such a case, he would rather adhere to the terminology and ideas of Working Document No 9. It had been said by the delegation of Switzerland and pointed out by the delegation of the Russian Federation and alluded to by others. The Article 20 system could be an alternative to the reference to mandatory rules, but it was too broad and too inaccessible. He stated that the threshold for Article 20 should be high.

Mr Wagner (Germany) referred to the proposed wording for Article 7 *c)* in Working Document 9. He agreed with the previous speakers that the threshold had to be high and that it had to be the absolute exception. He reiterated that the deletion of the words "fundamental principles" and the change to "manifest" was no change of policy.

The Chair stated that the second part of paragraph *c)* of Article 7 and its relation to Article 20 and the declaration system had been discussed. On the following day the meeting would concentrate on Article 20 and come back to Working Document No 12. With respect to Article 7, the difference was that the delegation of Switzerland wanted it to apply only to matters of jurisdiction. The proposal of the delegation of Switzerland (Work. Doc. No 7) went far away from the draft. It did not repeat public policy. That delegation had indicated that it would not insist and was ready to accept that the notion was kept. Then he referred to the text of the proposal of the Russian Federation (Work. Doc. No 8) and that of the delegations of New Zealand, the United States of America and the European Community. He thought that they were close, except for the terms "manifest" and "very serious injustice". The Delegate of Australia had pointed out that they did not have the same connotation. At the Hague Conference, "manifest" had been used before. In all conventions it indicated an element of seriousness. He stated that the word did not have the meaning that the Delegate of Australia suggested. He jokingly suggested that the matter might be arranged between the Delegates of Australia and New Zealand, as their countries just had a sea between them.

The Chair said that he had the feeling that they were close to an acceptable text for letter *c)*. He suggested moving on to Article 20 and then coming back to paragraph *c)* to finalise it in the light of what had been decided on the declaration system.

He mentioned that Working Document No 11 was not retained because too restrictive, although inspiring.

La séance est levée à 18 h 10.

Procès-verbal No 5
Minutes No 5

Séance du jeudi 16 juin 2005 (matin)

Meeting of Thursday 16 June 2005 (morning)

The meeting was opened at 9.45 a.m. under the chairmanship of Mr Bucher (Switzerland) with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-reporters.

The Chair asked Mr Musger (Austria) to thank the Austrian Ambassador for the reception of the previous evening.

He commented that there had been a positive debate on Article 7 the previous day, particularly on Article 7 *c)*. He said that this matter would be put aside for the moment and that the discussion should now concentrate on Article 20 and the declaration system, in all of its aspects. He noted that there were two delegations, which had declared themselves to be strong supporters of the declaration system (China and Canada), and that there had also been an intervention from the delegation of the Russian Federation favouring such a system (subject to the safeguard in Working Document No 12). He noted that there had also been interventions from several other delegations touching on this issue, but who had not really taken a position either for or against such a system. The Chair then opened the floor to interventions on Article 20.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said that in order to help start the meeting he would make some comments. He said that he had already said what he considered to be the necessary and essential yesterday. He stated that he was willing to work on this path, it being the least worst option, and thought that it could lead to a successful convention.

The Chair thanked Mr Tenreiro for his comments and invited other delegations to contribute.

Mr Markus (Switzerland) said that there were two points that should be given careful thought. The first being that the threshold to be able to make a declaration should be sufficiently high to prevent States making excessive declarations. He was of the view that Article 20(1) may not be sufficient as drafted. His second point was that if a declaration is made it should be done in a clear and narrow way. He feared that declarations would not be sufficiently precise and clear. This is needed because, although a declaration will most likely be unilateral, it will have to be applied by other States because of reciprocity. Therefore, one should seek for declarations to be as clear and precise as possible.

The Chair stated that at the moment the text refers to "specific matters". He clarified that Mr Markus wanted any declaration to be crystal clear because of reciprocity.

Mr Kosorukov (Russian Federation) expressed his views on the declaration system. He felt that it was not the best possible way. However, he acknowledged that it was a solution to the issues it was designed to deal with, and he stated that it was a route he might be prepared to follow. He stated that the Delegate of Switzerland had identified some concerns: that there must be a sufficiently high threshold; that the system should not be all encompassing; and that any declaration should be clear and precise. He proposed limiting declarations to the exclusive jurisdiction of the courts making the declaration. He explained that declarations were not just about preserving national procedural rules, but about removing from the scope of the Convention matters that are sensitive for particular States. He explained that it was hard for a State to alter its internal rules on what constitutes exclusive jurisdiction, and that to do so would entail consequences far beyond the scope of this Convention. He, therefore, believed that the limit he proposed on the declaration system would guarantee that it would not be used lightly and only when it was required and needed for the State as a whole. He proposed deleting the brackets from the proposed draft that came from the Drafting Committee.

He added that he would be proposing an alternative solution to the declaration system, which if adopted would mean that the text in the Drafting Committee's version of Article 20 could remain in brackets.

The Chair confirmed that this alternative route had not been presented yet.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that this proposal was being prepared by the secretariat. He said that the proposal went on to elaborate on Articles 5 and 7 and dealt with the issue of transparency.

Mr Bennett (Australia) argued for the removal of the words in brackets in the Drafting Committee's text. He said that the areas where a State may wish to use a declaration were where, firstly, the area fell within its exclusive jurisdiction, and secondly, for certain types of litigation as a result of the public policy of the State. He gave the example of asbestos. He explained that a State might want to exclude this from the scope of the Convention, but that in doing so it was not saying that this matter is within the exclusive jurisdiction of its courts. A further example given was that of defamation. Taking out the words in brackets would give more flexibility.

He asked what it meant to say that a State has exclusive jurisdiction over a matter. Did it mean that no other State has jurisdiction? How can a State, within its internal law, exclude the jurisdiction of other States? The words in brackets should, therefore, be deleted.

Mr Kovar (United States of America) said that since the report of the Drafting Committee had been published there had been a great deal of criticism of Article 20, in its previous version, heard during his consultations in the United States of America.

He said that the Convention seemed to provide an opportunity for States to single out specific subject matters, where they wanted some kind of domestic protection, even if the area would otherwise fall within the Convention. The delegation of the United States of America had objections to this, and to the asbestos carve out. He had also heard concerns that Article 20 would allow a State to pretend to adhere to the Convention but, in fact, have the benefit of so many exclusions that in reality the Convention would have no meaning for that State.

Mr Kovar recognised that the Convention requires a good faith approach. He suggested that, like in the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958), this question could be left to national law. That approach would mean that for States with mandatory rules or rules on exclusive jurisdiction, the same result as that under Article 20 could be achieved by not recognising a judgment. However, he observed that the declaration system would make these rules public and result in transparency.

He recognised that the prescriptive nature of the draft requires flexibility, and he was, therefore, able to go along with Article 20, with reluctance, because of the inbuilt safeguards. He was of the view, however, that if Article 20 was adopted States must exercise restraint, because otherwise this could potentially impede ratification of the Convention by other States. He wanted the feeling of the meeting to be that States will show restraint and be judicious in their use of Article 20.

Mr Kovar stated that he understood and sympathised with the point made by the Delegate of the Russian Federation, and understood the intervention by the Delegate of Switzerland to be making the same point in respect of exercising restraint. He thought that reciprocity might lead to restraint. However, he did not think that the proposal of raising the threshold was something that would be possible to draft.

He felt that there were problems with the proposal of the delegation of the Russian Federation. The notion of exclusive

jurisdiction is not precise enough in practice. In some countries it might be construed as from a regulatory framework or from a system of strong legal protections. In other States it might have to flow from a specific statute. How this provision would work in practice was not clear. He stated that if the Commission were to adopt Article 20 it had to be fair and even-handed in practice, and therefore he would not support the proposal of the delegation of the Russian Federation.

Referring to the Drafting Committee's draft text, he stated that it was drafted so that a State would have to declare a "specific matter". He understood the intentions of the Drafting Committee to be that a declaration would have to be on an Article 2(2) type of matter, and would have to be specific. It could not be general.

In conclusion, he stated that he was prepared to accept Article 20 with the various understandings he had indicated, and for the bracketed words to be deleted.

The Chair invited the delegations to pay attention to two different aspects that could be identified from the discussion. He stated that the first issue raised was the need for a threshold in order to make sure that the declaration system is not used to excess. He noted that this issue had been addressed in Working Document No 12 submitted by the delegation of the Russian Federation, but that the wording used did not seem acceptable. He then stated that the task of the Commission was now to determine what could be an acceptable drafting.

Mr Sun (China) noted that the Hague Conference was not only a place for negotiation of conventions but also a good way for countries to learn to know each other's legal systems. He added that he therefore would be very thankful to the delegation of the Russian Federation if it could detail what provisions fall within that State's exclusive jurisdiction.

Mr Kosorukov (Russian Federation) said that there are statutory provisions and international conventions that indicate matters that are of exclusive jurisdiction. He offered to supply detailed information on this.

Mr Sun (China) stated that he wished to know what these matters were, which the Delegate of the Russian Federation considered to be within the exclusive jurisdiction of his State.

Mr Kosorukov (Russian Federation) gave an example. He explained that contracts for the transport of goods fall within the exclusive jurisdiction of the court where the transporter is located. He indicated that he was willing to offer other examples.

Mr Kuzmin (Russian Federation) added that property within the Russian Federation, and dealings with it, were also within the State's exclusive jurisdiction. This was just one example, but the delegation was prepared to produce an exact list of such matters.

The Chair thanked the Delegates of the Russian Federation and indicated that it would be interesting for all the delegates to be able to see such a list.

Mr Sun (China) also thanked the delegation of the Russian Federation for this offer.

Mr Sun then explained that he wanted to deal with the comparative law issue. He expressed the view that the notion of exclusive jurisdiction is a very general one. When he, himself, thought about exclusive jurisdiction, he thought of Article 34 of the Chinese Civil Procedure Law, which covers just three matters. He also thought of Article 244 (previously Art. 246) of the Chinese Civil Procedure Law (joint ventures and natural resources), which refers to the Chinese court retaining jurisdiction. However, he recognised that a clever lawyer could argue that Article 246 is not an area of exclusive jurisdiction.

Mr Sun wished to know exactly what matters in the Code of the Russian Federation are designated as being within its exclusive jurisdiction. He stated that Article 2(2) of the draft text already excluded some matters and any matter that did not fall within the term "civil and commercial" was also excluded. He thought that to allow States to exclude matters within their exclusive jurisdiction would cause many more problems.

He acknowledged that the Convention is designed to function in a manner of good faith. He was of the view that everyone present wanted that, and that the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards functioned well in this respect. He thought that this Convention would operate well too. He wished to emphasise the importance of Article 20 in bringing the delegations together.

The Chair agreed that this was the objective. He clarified that Article 244 of the Chinese Civil Procedure Law covered joint ventures and natural resources and that choice of court agreements were not permitted in respect of these matters, but that they were also not considered to be matters of "exclusive jurisdiction", and that, therefore, the phrase "exclusive jurisdiction" was thought to be too narrow.

Mrs Sabo (Canada) said that she had spoken the previous day about Article 20 in general, and now wished to speak about exclusive jurisdiction. She expressed agreement with the views of the delegations of China, Australia and the United States of America. She wished to make some comments on the need for transparency, which was important not only for Canada, but also for the better functioning of the Convention as a whole. There were States that do not have matters which are deemed to be within their exclusive jurisdiction, but which could fall within a public policy exception. However, in States such as Canada, the public policy exception has a very high threshold. This proposal would not lead to transparency or predictability. As a result of this problem of defining exclusivity she was of the view that the words in square brackets should be deleted. This would also leave the Convention flexible for the future. Mrs Sabo explained that she understood that this Convention was the starting position for future work and that this Convention could be extended. She considered Article 20 to be a starting point for that expansion. She, therefore, preferred a more open Article 20, and thought that States would exercise restraint, while recognising that this was not easy. She confirmed that Canada would possibly make a declaration with respect to some Canadian jurisdiction in relation to matters related to asbestos. She recognised a need to give the Convention as broad a scope as possible, while acknowledging that there were certain limits on this.

Mrs Sabo did not think that it was necessary to increase the threshold for allowing declarations, although transparency could be increased. She said that a Special Commission could be convened to monitor the application of this Article, and there could be reporting requirements, and that this would be a positive step.

The Chair noted that it appeared that the delimitation of the fields that could be subject to declarations was one of the concerns raised, that the scope of a declaration system should

Procès-verbal/Minutes No 5

not be too broad. He said that the criterion of exclusive jurisdiction had been considered too narrow and not sufficiently precise and that therefore the efforts of the Commission should concentrate on the elaboration of other safeguards. He then explained that it had been suggested that the declarations could be communicated to all other Contracting States in order to collect their remarks and so ensure that one State does not go too far. He added that this was something that the Commission may think more about.

He said that the delegation of the European Community could take the floor to introduce Working Document No 14.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) confirmed that he could limit his intervention to this matter. He said that he agreed with the previous speakers on the two issues discussed in this session: making sure that the declaration system is as strict as possible; and that the proposal of the Delegate of the Russian Federation was not a good way to achieve this aim. He recognised the difficulties with the different meanings of exclusive jurisdiction, and that this was not the only reason why exclusions were needed. He went on to say that the Convention was also about recognition, and not only jurisdiction. Generally recognition is submitted to national law, unless there is an international treaty. In signing a treaty a State changes its national law. He said that it was something to bear in mind that one State may not want to recognise certain matters and that this had nothing to do with the question of jurisdiction. He thought that the phrasing used gave the impression of limiting the scope, but in fact it would be sending the opposite message. He said that it was anticipated that any State will declare all the matters it can, but he was of the view that this will not be what States will actually do. For example, in the European Community Member States there is exclusive jurisdiction over particular tenancies, but the Community would think very carefully before making a declaration on this matter. He thought that such a message should not be given, but rather that States should be very restrained. He, therefore, proposed to work on the wording to make more explicit that declarations should be very specific and very clear. He suggested adding the words "and well defined subject" (proposed in Working Document No 14). He thought that this proposal was one possible way of going in this direction, another way would be the proposal of the delegation of Canada for a Special Commission to monitor how the Convention is working, a proposal he fully supported. He assumed that a standard clause from other Hague Conventions covering this could be added to the final clauses. He thought that such a monitoring system would be useful for all features of the Convention.

He concluded by stating that he had two other proposals, but that he would not present them now.

The Chair said that Mr Tenreiro had introduced a new word, "monitoring". He said that there was no draft clause for this prepared, but that there were provisions in other conventions that could be looked at. He stated that Commission II should first discuss this option and then decide if a more specific provision in relation to this Convention was needed.

Mr Goddard (New Zealand) said that the Chair had anticipated what he was going to say. He said he did not much like Article 20, but recognised that a solution needed to be found, although he considered this to be the worst of the solutions. He agreed, however, that the operation of the Article needed to be disciplined.

The proposal of the Delegate of the Russian Federation was too restrictive, for reasons already given, and that it would not solve the problems that started the discussions on following this path.

He thought that there should be constant consideration of whether this provision was required.

Mr Goddard recognised that the drafting for this Article was difficult. He asked whether the phrase "and well defined" added anything. He was not sure that the drafting route was going to work. He thought that the monitoring route, via a Special Commission, leading to constructive and helpful discussion was an attractive proposition. He stated that he had been working on a draft that would invite Contracting States to consult in advance and report on the practical operation of a declaration in that State. It would be open for States to comment on other States' declarations. He said that this would be similar to processes that were already in existence in New Zealand (he gave parliamentary committees as an example). He thought that this was the sort of discipline that would help States live with Article 20 and would result in it being less likely that Article 20 would unravel the Convention.

The Chair confirmed that Mr Goddard (New Zealand) was preparing a working document.

Mr Nielsen (Denmark) told the Chair that he wished to be added to the list of people working on a working document. He expressed the view that it seemed that progress was being made. He was in favour of this procedure and also of a notification procedure. He said that there was a similar procedure within the European Union, under the 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations. He noted that this procedure had never been used, and that it therefore had had the right effect. He then referred to the 1980 *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. He stated that this Convention had been very successful; despite its significant opt-out provisions. He noted that there were no thresholds for the opt-out. Of the approximately 65 States, which are Parties to the Convention there have been only five opt-outs. He suggested that this signalled that with this Convention there would probably not be lots of opt-outs either.

Mrs Ferreira (China) felt compelled to intervene on the specific problems her region may have, and which the Delegate of Australia had specifically addressed. She explained that her region had a very specific economy (the gambling industry), and she was not sure that the Convention would be accepted. She said that sometimes an escape route was needed, not because a matter fell within a State's exclusive jurisdiction, but because of the importance of a particular matter to an economy. She added that she thought it strange that the discussion was focusing on the practical operation of the declaration system so much. She thought that everyone would try and apply the Convention to its full extent, and that there were other matters that were more important.

In respect of Working Document No 14, she felt that the words "well defined subject" should not be inserted, but that the current drafting of "specific subject matter" be maintained. She also expressed the view that the Article 2(2) list of excluded matters was not a list of well-defined subject matters.

She concluded by saying that one must be careful with a system of declarations, but that she was not sure that without such a system the Convention could be adopted.

The Chair acknowledged the points made by Mrs Ferreira. He commented that while he agreed that there were more important matters than business, this was what the Commission was here to discuss.

In respect of a monitoring system, the Chair stated that from time to time declarations were a matter that should be discussed between States, because the declaration is unilateral. He expressed the need for States to act with the same spirit and to consider the requirement for uniform interpretation. He thought that discussion between States could improve this. He stated that the budget was here for this, and he would not discourage delegates making proposals on this basis.

The Chair was pleased to announce the formation of the first Working Group. This group would be working on the preparation of the form. The group would be made up of the following delegates: Mrs Haines (United States of America), Mr Fairley (Canada), Mr Hatapka (European Community), Mr Matthys (Belgium) and Mr Schwab (International Bar Association). He expressed gratitude to these people for volunteering.

In respect of the Article 20 declaration system he said that the discussion was still focusing on transparency and the question of whether it was possible, or not, to include safeguards. He acknowledged that it appeared difficult to add safeguards to the text of Article 20. He then referred to the other suggestions, particularly a monitoring and discussion system. He asked for illustrations and examples of matters that States were likely to declare.

Mr Musger (Austria) noted that all delegations seemed to agree on the fact that declarations should be as narrow as possible. He said that, like the delegations of China and Canada, he thought that one could trust the Contracting States to make careful use of this possibility. He then stated that if nevertheless the need was felt for strengthening the threshold, two routes were possible. He noted that the first way proposed was to add some drafting changes to Article 20. He noticed that such drafting changes could send a signal that declarations should be limited, underlining the policy behind this system and delivering a political message to Contracting States. The other way would be the monitoring system proposed by some delegations.

Mr Kovar (United States of America) said that he thought that everyone was in agreement that Article 20 should be used sparingly, and that States should use discipline when making declarations. He acknowledged that there were various methods of ensuring this, one being the language suggestion made by the delegation of the European Community. He had no major objection to trying to find additional suitable language.

Mr Kovar shared the considerable reservations of the delegation of China that Article 20 is not the most important part of the Convention. The implementation of the Convention is about more than these political declarations. He said that a monitoring system would be a huge waste of resources and that the delegation of the United States of America was not authorised to agree to the provision of a mandatory implementation mechanism that required additional resources. He thought that none of this was really necessary, the Hague Conference already has a mechanism for this through its Special Commission on General Affairs and Policy. Declarations under Article 20 could be included in the agenda for these meetings. He thought that this would be the natural solution to this issue. In the Explanatory Report there could be some language that would clearly provide direction to the Permanent Bureau to ensure that this is put on the agenda of the Special Commission on General Affairs and Policy on a regular basis.

An alternative choice he suggested was to ensure that States can review the appropriateness/acceptability of another State's declarations. It was conceivable that a provision be drafted that allowed a certain percentage of the Contracting States to object to a declaration. If this percentage object then the declaration would fail, the State would either not become a party, or become a party without the declaration. He said that this would be a strict rule, and not one that he would propose, but that if parties felt so strongly about declarations it could be thought about.

He said that one problem with a declaration system was that States may make a declaration and subsequently forget about it, or simply not remove it once it is no longer needed because to do so would be too much effort. This problem could be addressed in Article 20 by providing that declarations are valid for a limited amount of time, *e.g.*, five years, and that after this time they must be renewed by notifying the depositary again (a "sunset" provision).

The Chair summarised Mr Kovar's proposals:

1. Declarations to be restricted to a certain amount of time; and
2. States to be able to oppose other States' declarations.

He acknowledged that there was certainly a problem of resources, but that this was not the first issue the meeting should tackle. He stated that there was always a way to find resources, and that this was not necessarily from the governments. He suggested that there was a possibility of sponsorship from businesses.

He asked whether a meeting of a Special Commission should be compulsory. If this was not the case, then there should be an instruction to the Secretary General in this respect. He said that there was an alternative to a three-day Special Commission with people coming from all over the world at great expense, and that would be to allocate, for example, half a day at the meeting of the Special Commission on General Affairs and Policy.

Mr Markus (Switzerland) said that while talking about the threshold for States making declarations the Commission was now talking about two possibilities: firstly, working with language and requiring objective criteria or reasons, or secondly, a system of control or monitoring or objection by other Contracting States, *i.e.*, a "sunset" provision. He said that he thought that both paths should be followed. Mr Markus said that if the Commission wanted to allow Contracting States to object there must be objective criteria upon which such a decision were to be based, otherwise it could raise political problems, which should be avoided.

He was of the view that public policy did not cover all concerns. The concept of exclusive jurisdiction was also not the right notion; it is understood differently by different States and is not broad enough to cover every State's needs. He also said that in respect of the concept of mandatory provisions he had problems with the word "mandatory". He suggested that an alternative language solution was to use the concept of public policy.

Mr Markus stated that in his view the worst thing would be for political reasons to suffice for the making of a declaration, as it would lead to broad declarations being made. He thought that legal reasons were easier to determine. He said that the proposals of Mr Kovar (United States of America) (sunset provision / possibility to object) were a good idea and that he would be interested in having a proposal based on this suggestion. He said that the more a high threshold requirement was relaxed in terms of language, the greater the need for control.

Procès-verbal/Minutes No 5

He said that the clarity of the declarations to be allowed had only been briefly discussed. He was concerned that declarations would be made following the spirit of Article 2, but that in Article 2 there were different types of exception. He gave as examples consumer contracts (which covers substantive matters) and insolvency (which covers procedural matters). He thought that it was dangerous to allow declarations that circumscribe procedural matters, and that the Article should stick to specific subjects.

The Chair noted that different examples of matters that would be subject to a declaration from some States had been given. He said that for example the delegation of Canada had mentioned asbestos, the delegation of China the field of natural resources and joint ventures and the delegation of the Russian Federation the question of exclusive jurisdiction. He added that the efforts of the Commission should be concentrated on finding a concept which could cover all these sensitive matters.

Mr Bennett (Australia) said that Article 20 in fact strengthened rather than weakened the Convention. For example, in the case of the International Court of Justice, the ability for reservations to be made allowed it to be sold domestically. He also gave as an illustration the rules of war. He said that the Geneva Conventions were not so powerful that States do not become parties to them. He expressed the opinion that Article 20 is the safety valve that would allow the Convention to be sold to States.

In respect of reporting requirements, Mr Bennett pointed out that States would not know what is happening in the commercial world, and so a requirement to report would demand a great deal of resources. The Special Commissions would also require and use significant resources.

As for the sunset clause, Mr Bennett thought that this was a useful suggestion. He suggested that perhaps the Secretary General should notify each State with a declaration six months before its expiry.

Beyond these suggestions, he was not of the view that Article 20 should be limited.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) was happy with the suggestion of taking the proposed wording as an inspiration in respect of the language of Article 20.

In relation to the monitoring suggestion, Mr Tenreiro understood the issues of budget constraints, but felt that it would be helpful to have the possibility for a follow-up on the Convention. He thought that there was probably no need for a provision on this in the Convention, but he would wait to see a working document on this. He thought that the concerns of the delegation of the United States of America may be dealt with by using the word "may" instead of "shall" (a Special Commission "may" be convened). Consequently, the decision on the convocation of such a Special Commission would be left for the Special Commission on General Affairs and Policy of the Hague Conference.

Mr Tenreiro was open to the idea of a "sunset" clause, which would restrict the application of the Article.

As for the system of objections, he said that this would be too complicated and would probably raise more difficulties.

The Chair said he was quite reluctant to leave to the Drafting Committee the task to find a better wording for the proposal made in Working Document No 14 because he thought that it was not clear that the Commission had really endorsed the policy expressed in this Working Document. He noted that indeed the words "well-defined subject" mentioned in Working Document No 14 did not quite express the result the Commission was trying to achieve. He added that numerous subjects could easily be well-defined.

Mr Beaumont (United Kingdom) wished to make a general statement on the issue of declarations. He stated that he was very reluctantly accepting that this was the least bad option, but that declarations must be kept narrow and their use discouraged. He had this view for the following reasons:

1. The purpose of the Convention is to improve economies by freeing up world trade, one would therefore want to maximise certainty in as many areas a possible; and

2. There are no such exceptions in the world of arbitration. If it is desired that this Convention be a legitimate alternative to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards then one must ensure that parties to contracts do not avoid domestic difficulties by going to arbitration. He pointed out that these declarations are not about protecting a State's jurisdiction, because the parties can avoid that by going to arbitration. He noted that the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards has other mechanisms for flexibility, which do not stop parties using arbitration, although they may prevent recognition and enforcement of awards.

He concluded that because of these reasons, declarations should be kept to a minimum.

Mr Beaumont supported the proposal of the European Community in Article 20(1). He commented that the introduction of the word "subject" attempts to restrict the scope of declarations. In respect of the phrase "well-defined", he accepted that there was some ambiguity as to its meaning and thought it reasonable to ask the Drafting Committee to find a better version of this wording.

Mr Beaumont also stated that he wanted declarations to be made clear. He thought that the Chair's suggestion of some type of screening process was worth thinking about. He suggested as a possible example that declarations be submitted to the Permanent Bureau and all Contracting States, and a period of three months given for comments to be made on the declaration's clarity. The State making the declaration would have a duty to consider those comments before submitting the final version of its declaration. This would help Contracting States to make declarations that are sufficiently clear for businesses.

Mr Beaumont expressed interest in a "sunset" clause, stating that this idea needed further consideration, but that it was a helpful way forward, requiring States to reflect on whether a declaration were still necessary.

He said that he had an interest in a system of review. He did not want to create an automatic procedure for a review commission, but thought that it was important that the matter be on the General Affairs agenda on a regular basis. He said that the Special Commission on General Affairs and Policy could have a mandate to convoke a Special Commission meeting if needed, and that preferably this should be provided for within the text of the Convention, although normally this review could be done by the Special Commission on General Affairs and Policy itself. Any review should primarily be on whether the Convention was working well and being interpreted uniformly; it should not just be to consider Article 20. He acknowledged that States would have difficulty in obtain-

ing information on the application of the Convention, but thought that States should use some resources in gathering this knowledge.

Mme Sabo (Canada) déclare que la délégation du Canada a écouté avec grand intérêt l'ensemble des remarques faites par les différentes délégations.

Mrs Sabo added that in her opinion Working Document No 14 did not add anything because though she appreciated that most delegations had an interest in trying to restrict the scope of the matters subject to declaration, nevertheless she thought that changing the language in Article 20 was of no help in achieving that purpose.

She then explained that, like the delegations of the United States of America and other States, she considered that with regard to the suggestion of having a monitoring procedure it would be useful to have a specific provision in the Convention. However, she said that the decision as to when it would be appropriate to hold a Special Commission meeting would be a matter for General Affairs. She also reminded the Commission that the possibility of transforming this Convention into a broader instrument had been envisaged since the beginning and that in this perspective regular meetings of the Contracting States could be useful. It would allow Member States to assess when the time is ripe for further work to be done.

She explained that the suggestion of having an expiry date for the declarations seemed very sound to her, for the reasons expressed by other delegations. Then she referred to the points raised by the delegation of Australia concerning placing too many controls on declarations. She said that to allow States to refuse to accept declarations would go too far in her view. She said that there was a presumption that States will make limited declarations. If States were placed in the position where their declarations may not be accepted, then they would simply not join the Convention.

She declared that a screening process could be useful, although it might cause additional delay to the application of the Convention. She also remarked that it would be an additional burden for the Permanent Bureau, just as would also be the task of monitoring the expiry date of declarations. Regarding this last point, she added that on the other hand one had to take in consideration that some States might not realise that a declaration they made had expired and that this could lead to uncertainty, although on balance, it would be helpful if the Permanent Bureau could perform this role.

Mr Hankin (International Bar Association) stated that he represented approximately 180 bar associations and 18,000 lawyers. He said that he supported the interventions of the delegations of Switzerland and the United Kingdom on limiting the substance of declarations. He recognised that States have specific interests. However, he said that consensus had been reached on Article 2(2) and on topics that have been included within the Convention. He said that it was now unfair for a country that was not able to reach consensus to then take itself out of the Convention on a particular topic. He said that this gave him great concern. He said that maybe the old version of Article 20, or some other limited solution, could be acceptable. He thought that a solution so flexible seemed completely unfair to the process of negotiation. He concluded by saying that a system of broad declarations was the worst alternative.

The Chair thanked Mr Hankin for his comments, expressing the concerns of the business community. The Chair stated that the Commission had to make concessions in order to keep States on board and that if this was a price to pay for that, then it was better to have this than nothing as some States might simply not be interested if the Convention were too broad.

Mr Sun (China) fully agreed with the comments of Mr Hankin, except with those on there having been consensus for many years. He pointed out that on the most important issues the delegates still had different views, referring to lack of consensus in relation to certain intellectual property issues.

In relation to Working Document No 14, China thanked the delegation of the European Community. He said that he understood the intention of the new wording, but that as Canada had said, he did not think that it added anything.

Mr Sun said that the idea of a screening process was a new concept in treaty law. He expressed concern that comments may be drafting comments, resulting from declarations being translated into the Hague Conference's working languages. He said that the screening process was designed to ensure that declarations were clear, but he did not think that there was truly a clear explanation of the subject matters in Article 2(2). He said that different States might have different characterisations of what constitute anti-trust matters or rights *in rem* in national law. He said that he thought it was dangerous to think that a State may misuse declarations.

Mr Sun commented that other treaties do not have "sunset" clauses. He thought that it was helpful to ask States to review their declarations, but that he would need more information on such rules.

Mr Kosorukov (Russian Federation) shared the concerns of the delegations of the United States of America and the United Kingdom in using the declaration system sparingly. He said that he did not believe that a wide possibility for opting out would be good for the Convention, noting that the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and the Geneva Conventions[1] do not have wide escape clauses. He also expressed support for Canada in its concerns on ambiguities in the solutions.

In relation to the proposed system of objections, he thought that this was effectively allowing States to refuse the entry of other States into the Convention. In respect of the screening proposal, he thought that this would probably lead to significant delay and so he would not welcome such a system. As for a requirement to renew declarations, he believed that States could be trusted to make declarations they are interested in and withdraw them when they are no longer necessary. A provision leading to declarations expiring would create uncertainty for parties to an agreement.

Mr Kosorukov supported the comments of the delegations of China and Canada in respect of Working Document No 14, that the new language added nothing substantial. He thought that the artificial notion of a subject matter being well-defined created difficulties for the construction of the paragraph.

He expressed full support for the questions and concerns of Mr Markus (Switzerland). The declaration system must not be left entirely for decisions made on a political basis; there needed to be objective legal criteria. He, therefore, felt that the best alternative was to limit declarations to some form of language in paragraph 1, with a possible reference to the internal law of the State making the declaration.

[1] Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards (1927) and the European Convention on International Commercial Arbitration (1961).

Procès-verbal/Minutes No 5

The Secretary General said that he had listened, with great interest, to the discussion on the methods of limiting uncertainty resulting from a declaration system. He agreed that a serious effort should be made to reduce uncertainty, as this was vital for all future users of the Convention, in particular the business community. The two routes to achieve this appeared to be more precise language for the declarations, or a process of screening and monitoring.

With regard to the latter, since reference had been made to the monitoring role the Permanent Bureau has played in respect of earlier Hague Conventions, he pointed out that this role has taken different forms.

Firstly, the Permanent Bureau had been active in supporting administrative and judicial co-operation under the various Conventions providing for legal co-operation, and the Child Protection Conventions.

Secondly, it had contributed to improving consistency in the interpretation of Conventions by collecting and disseminating case law from different States Parties. The creation of an electronic database for the Child Abduction Convention (INCADAT) was an example. The difficulty here, which other organisations (*e.g.,* UNCITRAL) have also experienced, was that this required the creation and maintenance of a network of correspondents that would be willing to contribute to such a system. He was, nevertheless, of the view that this should be tried for the new Convention.

Thirdly, the Permanent Bureau had followed up on reservations and declarations made in respect of some Conventions. The example that came to mind was that of the declaration made by many States under Article 23 of the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*. This provision had been incorporated into the Convention at the last minute. It had subsequently been realised that it went too far, and States had been urged, and recommended by three Special Commissions, to withdraw their declarations or make them more specific. The results of this monitoring activity by the Permanent Bureau had been very modest.

The Secretary General explained that allowing a declaration system was not an easy route. It left it to individual States Parties to define the scope of application of their obligations, which could well lead to lack of uniformity. He was doubtful, in the event that the form of a "sunset" provision were chosen, whether one could be sure that States would review their declarations, and review them in time, and this would make the application of the provision, and of the Convention, very difficult for practitioners.

He concluded that the best way to proceed would be to request as much precision as possible in the drafting of Article 20, perhaps by using words such as "vital interest'" or "essential matters". As the example of the Evidence Convention suggested, any subsequent screening role for the Permanent Bureau would be a modest one. It would basically be for the courts to interpret the declarations, and the Permanent Bureau would assist in ensuring some degree of uniformity of interpretation by collecting and disseminating case law. Therefore, the Commission's efforts would best be directed towards ensuring that the scope of declarations would be as narrow as possible.

Ms Schulz (First Secretary) said that the Hague Conference did have experience of monitoring case law. It did not, however, have any "sunset" clauses in any of its conventions. She noted that the Council of Europe does have such provisions, which in her experience has led to an enormous amount of confusion. Sometimes courts had applied declarations for all time, whether they have expired or not. In other cases, States had forgotten to renew the declaration and had later done so retroactively. All this led to a great amount of uncertainty. As a result, from a transparency point of view, she thought that this was not the route to take.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said that he had both agreed and disagreed with what had been said about the wording in Working Document No 14. He said that if the additional words added nothing, and it was self-evident that this was the case, then these words did no harm. But if this was not self-evident then it should be explicitly stated. The additional words were necessary to ensure that declarations are not just specific, but also clear (he explained that simply stating a national rule would not necessarily be clear to others). The words "clearly defined" add this requirement. He thought that it was helpful to say this even if certain delegations felt it added nothing.

Mr Tenreiro stated that the solution of referring to a legal definition to regulate what was permitted in the declaration would not succeed. This was all about political will, and it was expected that States will use the system with restraint. He thought that maybe a clear political message in the Explanatory Report would be enough.

He said that the term "narrowly" seemed attractive, but if we go further then it would really mean nothing at all. It was all a question of semantics and depended on what your point of view was. He therefore warned against overdrafting.

He stated that he thought that consensus had been reached on what the Commission was looking for and suggested that the Drafting Committee try to find words to achieve this. If this were not possible, he said that this view should appear in the Explanatory Report. He thought that there had been enough discussion for the co-reporters to know what Commission II was looking for.

The Chair said that he did not think that in this large group it was possible to be any more precise, or that it was possible to move forward with drafting. In order to be more specific with the text he asked if it would be convenient to set up a small group to make a draft, or at least have an intensive discussion. He commented that the Drafting Committee had spent a long time creating the current draft.

The Chair suggested the following group of delegates meet over lunch and Commission II reconvene at 3.00 p.m.: Mr Beaumont, Mr Kovar, Mr Tenreiro, Mr Kosorukov, Mrs Sabo, Mr Musger, Mr Sun and Mr Bennett.

Mr Beaumont was designated as Chair of this group. The Chair asked the group to find a practical solution and not to prejudice the overall success of the Convention.

The meeting closed at 1.00 p.m.

Procès-verbal No 6
Minutes No 6

Séance du jeudi 16 juin 2005 (après-midi)

Meeting of Thursday 16 June 2005 (afternoon)

The meeting was opened at 3.15 p.m. under the chairmanship of Mr Bucher (Switzerland) with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

Article 20

The Chair noted that there had been a long discussion on the first part of Article 20. He expressed his thanks to the informal Article 20 Working Group, which had met over the lunch break. He explained that the debate would return to the first part of Article 20 once the Working Group's proposal was circulated. He then invited the Commission to consider the second part of Article 20, including paragraphs (4), (5) and (6). He remarked that the Commission would have to consider the technicalities of the declaration system, in particular when the declaration would come into effect. He asked if the current text of Article 20(6) was acceptable and also questioned when the three-month period should start. Finally he drew attention to the connection with Article 16 *bis*, although he explained that this issue would not be considered at the present time.

Article 20(4) à / to (6)

Mme Sabo (Canada) met en exergue l'expérience du Canada en matière de déclarations.

Mrs Sabo (Canada) stated that her delegation was satisfied with Article 20(4) to (6). She noted that these paragraphs conformed with provisions in other conventions. She stated that three months should be long enough but there could be a longer time period when a declaration was made subsequent to ratification. She further remarked that it was essential for the parties to an agreement to have the means of ascertaining whether a declaration had been made.

The Chair questioned how contracting parties should be informed, as declarations would have effects on them. Would it be sufficient for the depositary to be notified or would the Permanent Bureau of the Hague Conference have to be notified as well? He asked what the pertinent triggering factor should be for commercial parties. He then asked the Canadian delegation when a declaration would take effect under Canadian law.

Mrs Sabo (Canada) indicated that Canadian practice was very strict and sought to avoid any time gap between international obligations and the state of domestic law. She noted first that implementing legislation was needed in Canada for the ratification of any international convention or subsequent declaration to such an instrument. She then explained that in Canada, which is a non-unified legal system, once several territorial units had passed implementing legislation the Canadian Government would deposit its instrument of ratification and the Convention would then enter into force under the normal procedures. An announcement of the deposit of an instrument of ratification and of any declarations would be published in the Canada Gazette. The implementing legislation in the relevant territorial units would enter into force on the date of the entry into force of the Convention for Canada. Details of the entry into force of provincial laws would be published in the Provincial Gazette.

Where a territorial unit adopted implementing legislation at a subsequent date, the Canadian Government would then deposit the instrument with the depositary. A date would then be calculated for the entry into force of the Convention or declaration and the relevant territorial unit would be required to have its implementing legislation enter into force on the same date. This would be subject to a formal proclamation.

The Chair noted that this was one example and asked for the views and experiences of other States. He also drew attention to the issue of reciprocity and asked when the effect of this would be triggered. He added that because of reciprocity there could be problems as other States would not be aware of the matter. He again questioned how declarations could be made accessible to all commercial parties.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that the easiest way to provide information on declarations would be through the Hague Conference's website. He argued that there should be a duty on the Permanent Bureau that the Hague Conference website be updated at all times and include the full text of declarations and all relevant dates. Consequently anyone wanting to check on declarations would know that the information could be relied upon.

The Secretary General replied that this was not a problem, the difficulty was that not all lawyers would regularly consult the Hague Conference website.

The Chair drew attention to the fact that the Hague Conference website had no legal effect under certain domestic laws. He further noted that a declaration had to take effect in the legal system of the other Contracting State if reliance was to be had on the reciprocal effect of the declaration.

Mr Goddard (New Zealand) remarked, however, that no formal instrument would be required in the other Contracting State. He stated that it was an issue of evidence law if it had to be proved that the declaration had entered into effect in another Contracting State. He explained that the desired legal effect would be achieved by virtue of the treaty itself and that the problem of proof would only apply in exceptional cases. He suggested that if such a problem were to arise in New Zealand a printout from the Hague Conference website would probably be acceptable as *prima facie* evidence if not challenged.

The Chair recalled that Article 20(6) referred to the deposit of the notification and not to the date of publication on the website. He noted that this issue was not one of concern for a court of enforcement but for a court faced with deciding if Article 7 should be applied.

Mrs Sabo (Canada) recommended that delegates keep this issue in perspective. She remarked that the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods also had a system of reservations and with regard to this instrument matters were simplified enormously by information

Procès-verbal/Minutes No 6

being available on the web. She noted that the relevant website was run by UNCITRAL, although the depositary was in fact the United Nations Treaty Office. She further added that commercial parties had a duty to verify the state of the law in the State, which they had designated in their agreement.

The Chair asked if publication could possibly follow immediately after the date when the declaration was deposited. This would avoid a time gap and ensure transparency although he remarked that he was possibly seeking to achieve perfection.

Mrs Haines (United States of America) voiced her support for the Canadian approach. She noted that there were three months after the declaration was made before it would take effect. Referring to Article 31 she explained that it was for the Hague Conference during this time to notify Contracting States about the declaration. Contracting States, in turn, would be expected to publicise such declarations so as to alert private actors of this important information.

Mr Musger (Austria) stated that a clear objective date was needed to trigger the three-month period under Article 20(6). He remarked that the only date, which would be appropriate, would be the date of notification to the depositary. He questioned however if the three-month time limit before entry into force was not too short.

The Chair concluded that there seemed to be general agreement with the existing text. He added that the Commission could reflect on the issue again when it considered Article 16 *bis*.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) intervened to draw attention to Working Document No 14. He explained that it did not seek to change the policy of Article 20(6), but wanted to make the core idea more explicit by adding the terms "modification and withdrawal" to that of "declaration".

The Chair stated that this seemed to be logical and in the absence of any opposition held that the proposal was adopted with regard to Article 20(6). He asked that the element of Working Document No 14 concerning Article 20(2) *a)* be considered within the context of the debate on intellectual property and the incidental questions.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) asked if the Commission could at least discuss the principle behind this part of the proposal. What if the declaration was on specific matters and covered something, which was already excluded?

The Chair accepted that this made sense but again asked that it be considered together with Article 2(3). He further noted that Article 23(6) referring to treaties on specific matters could in fact be dealt with within the present declaration system in Article 20.

The Chair then thanked the Working Group on Article 20 issues for preparing Working Document No 15. He invited the Commission to consider the Working Group's proposal with regard to Article 20(1) and Article 21 *bis*.

Article 20(1) et / and Article 21 bis

Avant de donner la parole à l'un des membres du Groupe de travail sur l'article 20, le Président fait par ailleurs observer que les points de suspension ont été omis à la fin de l'article 20(1) dans la version française du Document de travail No 15.

Mr Beaumont (United Kingdom) thanked members of the Working Group. He explained that the proposal as to Article 20(1) began with new language concerning the interest a State should have in not applying the Convention to a particular matter. He clarified that the interest must be a strong one, relating to a matter of particular importance to the State concerned. He added that the link with Article 2(2) had been retained through the use of the term "specific matters". The second sentence of the proposal was to ensure that the declaration did not go beyond what was necessary to achieve its purpose. Furthermore the Working Group sought to ensure that the declaration would be clearly and precisely defined. It was essential for business parties and courts to know what would be covered.

Mr Beaumont explained that in Article 21 *bis* the Working Group considered mechanisms to monitor the Convention. He noted that the proposed draft was not identical to review clauses in existing Hague Conventions; in particular it did not specify that a review had to be carried out by a designated Special Commission. This drafting had been chosen to afford the Secretary General of the Hague Conference greater discretion in organising the monitoring of the Convention. The Working Group envisaged for example that the Convention might be reviewed by the General Affairs Special Commission or by way of questionnaires submitted to Contracting States or indeed by other forms of distance monitoring. He then explained that the first element of Article 21 *bis* related to reviewing the operation of the Convention including the operation of any Article 20 declarations. He drew the attention of the Commission to Article 21 of the existing draft, which related to uniform interpretation and noted that any review would have to consider whether this Article was being respected. The second element of Article 21 *bis* allowed the Secretary General to consider whether any amendments to the Convention would be desirable. Mr Beaumont added that the Working Group had also reflected on the issue of the screening of declarations, there having been problems with the formulation of declarations in other Hague instruments notably the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*. The Working Group decided that this issue was best dealt with in the Explanatory Report rather than the text of the Convention. This might be expressed along the lines of "States are encouraged to inform the Permanent Bureau and other Contracting States where it is intended to make a declaration to enable comments to be made on the proposed formulation". However the final version would obviously be at the discretion of the State entering the declaration. Finally it was explained that the Working Group also evaluated the appropriateness of having "sunset" clauses for declarations. It was recognised that States had the power to limit the duration of their declarations but were not obliged to do so. In this matter also the Explanatory Report could provide clarification. Furthermore, Mr Beaumont added that the Secretary General of the Hague Conference, when convening a review of the operation of the Convention, could write to Contracting States which had made declarations to ascertain if those declarations were to be retained.

The Chair thanked Mr Beaumont for his complete presentation and asked for the views of the Commission.

Mrs Sabo (Canada) stated that she was satisfied; the proposal struck the appropriate balance.

M. Castell (France) émet une remarque de forme quant à la version française du Document de travail No 15. Il estime que la dernière phrase laisse à désirer dans la mesure où la formulation utilisée donne l'impression que c'est la déclaration qui doit être claire et précise, et non la matière exclue.

Le Président ajoute que le terme « particulière » devrait être substitué à celui de « spécifique » et que l'intitulé de l'article 20 devrait également être révisé car sa formulation est peu heureuse du fait de l'utilisation de l'expression « à l'égard de ». Il indique toutefois que toutes ces remarques sont purement linguistiques et peuvent être renvoyées au Comité de rédaction.

M. Goddard (Nouvelle-Zélande) précise que le Groupe de travail concernant les questions relatives à l'article 20 a d'ores et déjà reçu des suggestions stylistiques, lesquelles seront également soumises au Comité de rédaction.

Le Président confirme que l'ensemble des ces questions de forme seront reprises par le Comité de rédaction et observe l'absence d'interventions sur le fond, notamment l'absence d'objections à la proposition du Groupe de travail sur l'article 20. Il s'en félicite, ne s'estimant d'ailleurs pas surpris de ce consensus au regard de la composition du Groupe.

Mr Kosorukov (Russian Federation) had no substantive objections but would have preferred a different drafting of Article 21 *bis*.

Mr Thue (Norway) asked if it was necessary to refer to Article 2(2) within Article 20(1). He stated that the former provision contained certain broad topics and it might create confusion that Article 20 cross-referred to these while requiring limited exceptions.

The Chair asked if any member of the Working Group could respond to this question, which was more than an issue of drafting.

Mr Markus (Switzerland) remarked that he had had concerns at the beginning but found the solution to be satisfactory and a good compromise. He explained that he had raised the concerns expressed by the Norwegian delegate in the Working Group and that it was on this basis that the wording had developed, specifying that the declaration should be no broader than was necessary and the specific matter excluded was to be clearly and precisely defined. Even if some of the matters excluded in Article 2 might not be so clearly defined there would therefore be a high level of certainty with regard to declarations made under Article 20. He added that he was satisfied that this drafting would avoid declarations being made on broad procedural matters.

Mr Bennett (Australia) remarked that he was very happy with Working Document No 15. Addressing the question raised by Mr Thue, he stated it should be made clear that the provision was concerned with substantive exclusions and not procedural ones. He also suggested that a change should be made to the drafting and the expression "in addition to" be used as opposed to "other than" in the first sentence of Article 20(1).

Mr Goddard (New Zealand) explained that the Working Group had reflected on this issue at length but could always consider it again. Turning to the reference to Article 2(2) he clarified that this helped to convey the character of the exclusion, which would be appropriate. He noted that thought had been given to the inclusion of the expression "subject matter" but this would have been inconsistent with Article 2 and was not capable of an appropriate translation in French. In addition it was also intended to draw a parallel with Article 2(2) matters because of consequential issues, which flowed from these exclusions.

The Chair agreed that the cross-reference to Article 2(2) conveyed a message that exclusions were not to be too broad.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) suggested that if the Commission found there was a need to address this matter then the term "specific matters" could simply be replaced by "matters".

The Chair replied that this could lead to questions as to the difference between matters and specific matters.

Mr Musger (Austria) stated that he shared the reluctance of the Chair and recalled the comment made by the Delegate of the United States of America that the term "specific matters" was already a restriction compared with the text of Article 2(2).

The Chair agreed that the policy behind the provision was clear. In the absence of any opposition he concluded that Article 20(1) and Article 21 *bis* were adopted.

As a consequence he suggested that the element of Working Document No 14 (European Community) which dealt with Article 20(1) should no longer be considered. This was accepted by the Commission without debate.

The Chair stated that consideration still had to be given to Article 20(2) and Article 20(3). He suggested that the latter provision should be considered first.

Article 20(2) et / and 20(3)

Mr Musger (Austria) noted that in April 2005 the Drafting Committee had recommended that the provisions on the making of declarations should be taken from Article 20 and included in a general provision dealing with notifications.

The Chair stated that this was a matter for the Drafting Committee. He further noted that the Secretary General had pointed out that the word "matter" would have to be connected to the new Article 20(1). The Chair noted that Article 20(3) was adopted and that no comment on Article 20(2) had been made.

Article 7 c)

The Chair invited the Commission to return to Article 7 *c)*, noting that Working Documents Nos 7 to 9 would have to be considered. He asked to what extent these proposals remained on the table in the light of the agreement on Article 20.

Mr Markus (Switzerland) stated that in the light of the agreement on Article 20 he was prepared to withdraw Working Document No 7.

Mr Kosorukov (Russian Federation) indicated he would withdraw the proposal as to Article 7 *cc)* in Working Document No 8.

The Chair affirmed that there were three proposals as to Article 7 *c)*, namely in Working Documents Nos 1, 8 and 9. He recalled that there had been an extensive discussion yesterday on the replacement of the word "very serious injustice" by "manifest injustice". He asked if the latter term would be acceptable.

Ms Davies (Australia) stated that she could accept the term "manifest injustice".

Procès-verbal/Minutes No 6

Mr Kosorukov (Russian Federation) argued that the two terms differed in their meaning. He stated that "manifest" was less strong than "very serious". Consequently this amendment would from his perspective represent a policy change. He asked if the expression "very serious injustice" could be retained because the proponents of the other alternative felt there was no difference between the two terms.

Mr Goddard (New Zealand) indicated that he did not think that there was no difference. He explained that whilst the seriousness of the threshold remained unchanged there was an extra element in the term "manifest", namely an increase in obviousness and clearness.

Mr Kovar (United States of America) voiced his support for the comments of the Delegate of New Zealand, stating that the essence of Article 7 *d)* should be reflected in the terms of Article 7 *c)*.

The Chair concluded that the view of the Commission was to prefer the use of the term manifest and asked if the Delegate of the Russian Federation could accept this alternative.

Mr Kosorukov (Russian Federation) asked if both expressions could be used.

The Chair stated that this would cause problems of redundancy and would make the text very heavy. He concluded that there was no general support for the Russian position and given the Russian delegation did not fundamentally object, but was rather expressing a preference, then the word "manifest" should be adopted. He then held that Working Document No 9 was adopted.

Mr Kosorukov (Russian Federation) objected and drew attention to a further issue in Working Document No 8, namely the suggestion to insert the word otherwise in Article 7. He stated that if this word were excluded he would have to reserve his position with regard to the term "manifest injustice".

The Chair apologized and recorded that the debate was still open.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) noted that the Delegate of the Russian Federation did not regard the term "manifest injustice" as being different to the term "manifestly contrary to public policy". However this was not the case for all States. Consequently there was no need for the word "otherwise" to be added, given that the same idea was conveyed through the word "or".

Mr Goddard (New Zealand) asked if the issue could be resolved through an explicit explanation in the Explanatory Report as to the different understandings of the concept of public policy.

The Chair asked if this would give comfort to the Delegate of the Russian Federation, there being no difference in substance if the word "otherwise" were added or not. He held that the Russian concern on this issue was purely conceptual.

Mr Kosorukov (Russian Federation) thanked Mr Goddard (New Zealand) for his suggestion. He stated that he did not wish to delay the work of the Commission and would therefore express tentative agreement for the wording of Working Document No 9. However, he indicated that the issue was one of significant importance for his delegation and he reserved the right to reopen the issue in the future in the light of progress made on the Convention.

The Chair accepted that the position of the Russian delegation would be reflected in the Explanatory Report and recorded in the minutes of the meeting, which would make clear that there was no difference in substance between the two alternatives. However, he affirmed that he could not accept that issues which had been accepted could be taken up again at the second reading stage if there was no significant support. He concluded that there was no support for the wording proposed by the delegation of the Russian Federation and that the language in Working Document No 9 was therefore adopted.

Mr Sun (China) suggested that the concerns of the Russian delegation could be met by reordering the terms in Article 7 *c)*. He proposed the construction: "giving effect to the agreement would be manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised or lead to manifest injustice". He further stressed that the Commission should seek to make progress on a consensual basis.

The Chair replied that even within proceedings based on consensus there was sometimes a need to close the debate and make progress. He then remarked that the proposal of the Chinese delegation was not in written form, was moreover very similar to Working Document No 9 and did not address the Russian concerns as to the use of the word "otherwise".

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that he could not accept the position advanced by the Chair if it was impossible to reopen the debate on Article 7 c) at a later date.

The Chair observed that it was not impossible for an issue to be reopened but there had to be a sufficient level of support for this to happen. He reiterated that the concern of the delegation of the Russian Federation was conceptual and that he was now going too far.

Mr Kosorukov (Russian Federation) replied that there were in fact two issues. He had initially only referred to the substance of "manifest injustice" but had not had the occasion to discuss the term "manifestly contrary to public policy". He stated that if a threshold were to be imposed to reopen the issue, he would have to reserve his position with regard to Article 7 *c)*.

The Chair held that in this case he would reopen the debate. He asked if there was any support for the change in wording advocated by the Russian delegation.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that there appeared to be a misunderstanding on this issue and that the delegation of the Russian Federation was only suggesting that the issue may have to be reopened in the light of subsequent developments. He expressed his hope that as little as possible be reopened at the second reading stage.

The Chair reminded the Commission that the rules of the Hague Conference were that there had to be significant support for changes to be considered at the second reading stage.

Mr Thue (Norway) advocated that bridges must be built between the different legal systems represented in the Commission. He stated that he agreed with the Russian concept of *ordre public* but recognised that other States used the concept of public policy in a different way. It was compromise that needed to be found, not the perfect solution.

Mr Beaumont (United Kingdom) drew attention to the fact that it was normal practice within the Hague Conference to use the expression "manifestly contrary to public policy". He argued that it would create the wrong impression if the word

"manifestly" were to be deleted, as that would seem to broaden the scope of the exception.

Mr Bennett (Australia) voiced his support for the proposal of the Russian delegation to delete the word "manifestly" in Article 7 *c)* as it would introduce an unnecessary limit on the concept of public policy.

Mr Kosorukov (Russian Federation) thanked the Delegate of Australia for his support. He explained that the issue was to allow a symbiotic coexistence between different schools of law. The introduction of the word "manifestly" would be an intrusion into the school which uses public policy as a guarantee of the most important rights of the State in the areas most important to that State. He pointed out that this limitation was unknown in Russian law and in international agreements to which Russia was a Party. He acknowledged that there were precedents to the contrary in existing Hague Conventions but argued that an unfettered reference to public policy was made in other international instruments and in the national laws of future Member States.

The Chair expressed his surprise because the Russian Federation had previously accepted the use of the term "manifestly" in footnote 4 (i) to Article 7 as found in Working Document No 1. He then asked the Australian delegation why it objected to the term when it had ratified existing Hague Conventions, which relied on it.

Mr Bennett (Australia) stated that the context was different on this occasion. He said it was prudent to retain a reasonably broad exception because if public policy was involved it would always be of importance to the State concerned.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that it appeared that from a Russian perspective a violation of public policy was always manifest. He explained that in the present context the Commission was seeking to send a strong message about the exceptional character of Article 7 *c)*. It was essential to give clear guidance. He added that there had already been an element of compromise towards the Russian Federation by deleting the reference to "fundamental principles" of public policy. It was now too late to call the use of the term "manifestly" into question.

The Chair stated that clarification was now needed on the policy to be adopted with regard to the Article 7 exceptions.

Mme Ferreira (Chine) considère que le débat porte sur l'interprétation des expressions « contraire à l'ordre public » et « manifestement contraire à l'ordre public ». Elle estime qu'il ne fait pas de doute que ce qui est contraire à l'ordre public l'est toujours manifestement. L'argument tiré de la tradition ne convainc pas car les erreurs du passé devraient pouvoir être corrigées. Elle relève que le compromis proposé consiste à accepter l'idée que certains États puissent estimer qu'une injustice manifeste pourrait être synonyme de contrariété à l'ordre public, lorsque d'autres États estiment qu'il n'y a pas équivalence entre les deux notions. Elle souligne que toutes les délégations ont des difficultés qu'il faudra résoudre et illustre son propos en indiquant que Macao connaît plusieurs notions d'ordre public: l'ordre public de l'État et celui des régions, soulignant que ces notions sont distinctes de la notion d'ordre public de la Cour internationale de justice. Elle insiste sur l'importance de l'ordre public de l'État et apporte son soutien à la position défendue par la délégation de la Fédération de Russie. Elle demande au Président quelles seraient les conséquences d'un accord certes contraire à l'ordre public mais non manifestement contraire à l'ordre public.

Le Président remercie la délégation de la Chine de sa contribution. Il fait remarquer toutefois que le débat pourrait certes se poursuivre longtemps, mais qu'il convient de se rappeler qu'il est vieux de cinquante ans dans l'enceinte de la Conférence de La Haye. Il souligne qu'il n'est pas ici question de l'ordre public de l'État ni de l'ordre public de la Cour internationale de justice, dont il observe à cet égard qu'elle n'a été saisie qu'une seule fois de la question de l'interprétation d'une Convention de La Haye.

Il met en exergue le fait que la Conférence de La Haye utilise depuis toujours l'expression « manifestement contraire à l'ordre public » et que tout changement serait de nature à avoir une influence sur l'interprétation de la notion. Il explique que l'adverbe « manifestement » pourrait certainement être considéré comme ayant des acceptions diverses mais rappelle que l'idée qu'il sous-tend est qu'il importe de faire preuve de réserve dans l'utilisation de l'exception d'ordre public en cas d'application d'une convention internationale. Il est fondamental de maintenir cette idée.

Mr Kovar (United States of America) stated that he regretted the current debate. He recalled that on day one of the Commission he had stated how his delegation wished to compromise and find ways to move forward. The present provision and the use of the term "manifestly" had been uncontroversial for years. The term was included because it was well known that in a number of legal systems the doctrine of public policy could otherwise be invoked relatively easily, notably where the court refers to an element of the legal system concerned that has an important regulatory function. By contrast, in some other legal systems, the concept of public policy can only ever be invoked in the most restrictive circumstances. He stated that if this term were to be removed from Article 7 it would be unacceptable and would call into question the fundamental principles of the Convention. He noted that his delegation had compromised on many occasions and it was time for other delegations to compromise on Article 7 *c)*. Reopening this issue would have a very negative effect on the prospect of success for the Convention.

Mr Goddard (New Zealand) recalled that the Commission was millimetres from agreement on Article 7 *c)*. He argued that the compromise, which was so close, should not be upset simply for the sake of possibly wanting to reopen the debate at the second reading stage. He noted that the policy objective behind the Convention was to uphold choice of court clauses and to give them the highest degree of confidence and for the resulting judgment to circulate between the Contracting States. It was recognised, however, that this policy could never be absolute as there would always be exceptional cases. Those exceptional cases had to be provided for but the drafting must reflect their exceptional nature and not impact on the wider Convention. He also drew attention to the fact that Australia was party to four Hague Conventions which employed the term "manifestly contrary to public policy": The *Hague Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations*, the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, and the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*. He added that the implication of the Hague Conference's use of this term would send a clear message that a lower standard were expected if the word "manifestly" were to be omitted. He said a lower threshold could not be countenanced in a commercial context. He concluded by stating that intellectual modesty required delegates to reflect seriously on whether to change decades of practice. He

Procès-verbal/Minutes No 6

also noted that this issue was one, which would be dealt with at preliminary hearings so there was an additional need for clarity and certainty.

Mr Musger (Austria) stated that it was regrettable that this dispute had emerged after the great result which had been achieved on Article 20 where there had been significant compromise including on the part of the Russian Federation. He explained that the use of the word "manifestly" sent a message that the *ordre public* clause should be a real exception. He noted that the same construction was to be found in Article 9 and had never been criticised there.

Mr Wagner (Germany) regretted the evolution of the debate, stating that his delegation had made real efforts to accept the text in Working Document No 9 which deleted reference to fundamental principles and it could not now go any further. He added that the Hague Conference tradition on this matter should be followed and that it should be shown that Article 7 *c)* was an absolute exception.

Mr Thue (Norway) voiced his support for the comments expressed by the United States delegate. He indicated that the use of the term "manifestly" did not make the concept stronger but sent a sign to the local judge that he could not invent excuses to disapply the Convention.

Mme Borrás (Espagne) regrette, comme d'autres délégations qui se sont exprimées auparavant, que ce débat ait lieu. Elle se dit d'accord avec une partie de la position émise par la délégation de la Chine, à savoir que la violation de l'ordre public est chose très sérieuse et qu'il importe de faire preuve du plus grand respect pour la législation des États. Elle estime toutefois qu'il convient de ne pas perdre de vue que l'objectif est la reconnaissance des clauses d'élection de for et que ce doit être seulement dans des cas exceptionnels que l'on peut refuser de leur donner effet. Ces exceptions ne peuvent être admises qu'en cas de violation des seules règles absolument fondamentales de l'État et le juge doit adopter une attitude restrictive et ne faire jouer l'exception d'ordre public qu'en cas de contrariété manifeste, importante à ces règles fondamentales. Elle ajoute que l'expression traditionnellement utilisée dans les Conventions de La Haye a eu beaucoup de succès au-delà même de l'enceinte de la Conférence de La Haye de droit international privé et a été réutilisée par d'autres organismes tels que le Conseil de l'Europe ou la Communauté européenne. Cet incontestable succès est lié au mérite de l'expression qu'elle recommande donc de conserver.

M. Hoscheit (Luxembourg) exprime son soutien au maintien de l'adverbe « manifestement » à l'article 7 *c)*. Deux raisons justifient sa position. D'une part, cela est conforme au principe que toute exception doit s'interpréter restrictivement. D'autre part, cela suit parfaitement la logique de la Convention. C'est ainsi que l'article 20 permet aux États d'exclure certaines matières particulières au moyen d'une déclaration dans des conditions strictement limitées. De même, l'article 7 devrait adresser un message similaire aux juges en leur permettant de faire échec au jeu de la Convention, mais seulement en cas de nécessité.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that his delegation had consistently sought the deletion of the word "manifestly" and drew attention to Working Documents Nos 50, 72 and 112 of December 2003 and April 2004. He explained that the concept of public policy always included fundamental principles. This was why the latter phrase was redundant in Article 7 *c)*. He agreed with the Delegate of China that there was no such thing as a manifest violation of public policy. If the concept of public policy were to be divided into two sections, one being extremely serious, the other less serious it would destroy the meaning of the term. Therefore to achieve a balance between the two views the drafting in Article 7 *c)* should not be limited. He noted that there was no such limitation in the equivalent provision of the 1958 New York Convention.

Mr Kovar (United States of America) welcomed the suggestion to follow the New York Convention model and thereby reduce Article 7 to a more simple provision. It was his view that if such an approach were followed only Article 7 *a)* would have to be retained. However, he noted that the wider comments of the Delegate of the Russian Federation were not consistent with the prescriptive model Convention, which was currently being pursued.

The Chair noted that it was an established practice to use the term "manifestly" when referring to public policy in Hague Conventions. He explained that the concept was different to that found in national law and asked delegates to keep in mind what had previously been agreed with regard to Article 20, which allowed States to make reservations on issues of particular importance. The public policy clause was a final safeguard to deal with unforeseen circumstances where a declaration could not have been entered beforehand. He stressed that the declaration system had been adopted on the understanding that the public policy exception would be very narrow. The public policy exception had no transparency and this was a further justification for it to be given a narrow construction in this commercial context. He stated that he had sympathy for the view that if the term "manifestly" were to be removed, then the Convention might break down. He asked if there was still support for the Russian proposal.

Mr Bennett (Australia) indicated that he did indeed support the Russian proposal because of concerns that the concept could be limited to international public policy issues.

Mrs Ferreira (China) stated that her delegation wished to seek consensus and compromise and for this reason had supported the delegation of the Russian Federation when it was said that the debate had been closed on Article 7 *c)*. However, she also pointed out that her delegation was prepared to be flexible on the matter.

The Chair noted that the Delegate of the Russian Federation had initially said he would be satisfied with the wording in Working Document No 9 provided there was the possibility to reconsider the issue during the second reading stage. He asked if progress could be made on the basis that Article 7 *c)* could be reopened and with a low threshold.

Mr Kosorukov (Russian Federation) replied that this would be acceptable and that his delegation did not want to stall the development of the Convention. His delegation simply wanted the possibility of reopening the issue taking into account all of the opinions expressed today.

The Chair recorded that this issue was now settled and stated that intellectual property and incidental questions would be considered on Friday morning and that time would have to be found to debate Article 7 *d)* and to review the *chapeau* of this Article as well as paragraphs *a)*, *b)* and *e)*.

The meeting was closed at 6.10 p.m.

Procès-verbal No 7
Minutes No 7

Séance du vendredi 17 juin 2005 (matin)

Meeting of Friday 17 June 2005 (morning)

La séance est ouverte à 9 h 45 sous la présidence de M. Bucher (Suisse). Les co-Rapporteurs sont MM. Dogauchi (Japon) et Hartley (Royaume-Uni).

Dispositions concernant la propriété intellectuelle et les questions incidentes (Articles 2(2) k) *et* k bis, *2(3), 6 et 10) – Documents de travail Nos 17, 18 et 23 / Provisions relating to intellectual property and incidental questions (Articles 2(2)* k) *and* k bis, *2(3), 6 and 10) – Working Documents Nos 17, 18 and 23*

The Chair stated that the discussions would then deal with provisions relating to intellectual property and incidental questions. He indicated that there would be a specific presentation by the co-Reporter, Mr Hartley, as he had done it very well previously on more complex items.

Mr Hartley (co-Reporter) stated that on that day they had reached one of the most important and difficult topics, namely that of intellectual property. It had been discussed at very great length in the past, more than any other topic. There had been three specific meetings on it: one in Geneva, Switzerland, one in Edinburgh, Scotland and one in Alexandria, Virginia, United States of America, and there had been numerous other meetings. He referred to the text of the Drafting Committee and hoped that all would be satisfied by it or that there would be only very small amendments. He was then going to explain how the present text worked.

Firstly, there was a distinction between copyright and related rights on the one hand and other intellectual property rights on the other. There was a very basic distinction in the Convention between those two things. He first turned to copyright and related rights. These rights were completely covered by the Convention. This applied even to questions of validity. Obviously, since a choice of court agreement can never give a court jurisdiction *in rem* (jurisdiction was only binding on the parties and not on the whole world), the Convention applied to judgments on validity only as between the parties to the proceedings. Mr Hartley then gave a first example. X Company and Y Company entered into a widely-drawn choice of court agreement under which a specified court in Germany had jurisdiction over any dispute between them relating to intellectual property. X Company then sued Y Company in the chosen court for a declaration that the latter's United States copyright in a specific work was invalid. In subsequent proceedings in the United States of America between the two parties, the judgment must be recognised under the Convention. However, if Y Company sued a third party in the United States of America for infringement of the copyright, the United States court was not obliged to recognise the German judgment under the Convention. It was not, however, precluded from doing so under its own law, for example under the doctrine of collateral estoppel.

Secondly, there was the matter of other intellectual property rights. There was a rule in the Convention that the validity of intellectual property rights other than copyright and related rights was outside the scope of the Convention. That applied even as between the parties. Moreover, infringement actions for intellectual property rights other than copyright and related rights were also excluded. However, there was more. There was an exception (in square brackets, indicating that it had not been fully agreed): such actions could be brought where they were, or could have been brought pursuant to a contract for the transfer or use of such rights. In such case, they were covered. That was an exception to the normal rule. That meant that infringement of "other" intellectual property rights fell within the Convention only when there was a contract between the parties, and the infringement action was, or could have been, brought under that contract. However, since the Convention as a whole applied only if there was a choice of court agreement and since that choice of court agreement had to be in a contract, there had to be a contract in any event. There always had to be a contract. For the second example Mr Hartley introduced two companies, which would be used again: Patentholder Corporation and Licensee Corporation. Patentholder concluded a licensing agreement with Licensee, under which Licensee was entitled to use Patentholder's patent. The contract imposed limits on the use that Licensee could make of the patent. Licensee went beyond those limits. Patentholder could sue it for breach of contract. Such proceedings were covered by the Convention. Moreover, since infringement was a tort, and since Licensee was not protected by the licence (he went outside the licence), Patentholder could also sue it in tort. That too would be covered by the Convention. Even though the action was not brought pursuant to the contract, it could have been brought pursuant to the contract. An action in tort could be brought under the Convention in that event.

The next issue was the attacking of the validity of the intellectual property right. If the right-holder claimed royalties under a licensing agreement, the defendant would frequently respond by attacking the validity of the intellectual property right. The defendant was as likely as not to say that the right was invalid. He could only do that, however, if, under the terms of the licence agreement, the obligation to pay royalties depended on the validity of the intellectual property right. That would depend on the terms of the agreement. One assumed, in that case, that the obligation depended on the validity of the right. If the licensee challenged the validity of the intellectual property right, validity would arise as an incidental question. That was the famous phrase in the Convention. There it was not used in the traditional private international law way, but in a more procedural sense. That remark would only make sense if one was a private international law lawyer and knew all the theories. If an excluded matter arose as an incidental question, the court could decide that question and still remain within the scope of the Convention. That was a very important rule in the Convention. The court could decide the issue, without pushing the main action out of the Convention. If that were not the case, the licensee could raise the issue and push the matter out of the scope of the Convention. Then it would be valueless for licences. The judgment on the main question – payment of royalties or damages – was entitled to recognition and enforcement under the Convention. However, the ruling on the incidental question – the validity of the intellectual property right – was not entitled to independent recognition.

The third example had the same facts as the second example. Patentholder sued licensee in England under a choice of court

Procès-verbal/Minutes No 7

agreement giving jurisdiction to the English courts. The action was for royalties with regard to a patent registered in Japan. One assumed that, under the terms of the licensing agreement, there was no obligation to pay royalties if the patent was invalid. Licensee argued that the patent right was invalid. The English courts could decide the question of validity as an incidental question. The proceedings still remained within the scope of the Convention. If, instead of raising validity as a defence, Licensee had counterclaimed for revocation of the patent, the position would be the same. That happened quite often. The (separate) counterclaim would be outside the scope of the Convention (because it concerned validity), but the fact that Licensee brought it would not mean that Patentholder's claim for royalties would be outside the scope of the Convention. So, if A sued B for royalties, A's action would not be outside the Convention because of B's counterclaim. If Patentholder won the case and got a judgment for royalties, he could enforce that judgment under the Convention in any Contracting State, including Japan. Mr Hartley reminded the participants that Japan was the State of registration. The fact that validity had been decided as an incidental question (or counterclaim) did not preclude that. However, if the English court had ruled that the patent was invalid and Licensee had brought proceedings in Japan to have the patent revoked, the ruling on invalidity would not be entitled to recognition in Japan under the Convention. Here one was trying to take the incidental question and give it independent recognition. Japan was not precluded from recognising the ruling, but was not required to do so. The position would be the same if Licensee had counterclaimed for revocation in the English court. The English court's judgment would not be entitled to recognition in Japan under the Convention. By that Mr Hartley meant that if the English court on the counterclaim had said that the patent was invalid, that was not entitled to recognition in Japan.

The next topic was that of staying proceedings. Where the validity of the intellectual property right arose as an incidental question, the Convention allowed (but did not require) the chosen court to stay the proceedings before it to allow the question of validity to be decided by a court of the State under the law of which the right arose. This point was under the hypothesis that the text between brackets was in the text. Thus where the defendant raised invalidity as a defence, the chosen court had an option: it could either decide the question of validity for itself, or it could stay the proceedings to allow the court of registration to do so. Whichever option was chosen, its judgment would still be entitled to recognition and enforcement under the Convention. However, if a judgment on the validity of the right was subsequently given by a court in the State under the law of which the intellectual property right arose (the State of the registration of the right), and if that was inconsistent with the ruling of the chosen court, recognition or enforcement of the judgment of the chosen court could be refused. It did not have to be refused, but it was permitted to do so. That provision was in square brackets because it had not yet been agreed. Moreover, even if proceedings were merely pending in the State under the law of which the intellectual property right arose, the court addressed was permitted to suspend enforcement proceedings to await their outcome. (That provision again was in square brackets.)

Mr Hartley then turned to the fourth example. The facts were as in the third example. Patentholder sued Licensee in England for the royalties. Licensee raised the invalidity of the patent as a defence. The English court was permitted to stay the proceedings before it so as to allow Licensee to go to Japan to have the validity of the patent decided by the appropriate Japanese court to determine validity. He had to say here that it was understood and agreed that "court" could include a patent office. "Court" had a wider meaning than in other provisions. In some States, it was not a court, but a patent office that ruled on the validity of patents. The English court was not required to stay the proceedings: it could decide the validity of the patent itself as an incidental question. It had that choice.

Variant 1 was that the English court decided the validity of the patent itself and gave judgment for Patentholder for a sum of money, for example one million dollars. Proceedings were brought to enforce that judgment in Japan or in a third State, such as Australia. By the time the enforcement proceedings were brought, the appropriate Japanese court had ruled that the patent was invalid. That was the hypothesis. The Japanese or Australian court was permitted (but not required) to refuse to enforce the judgment.

Mr Kovar (United States of America) stated that there was an important point to be added here: that the Japanese or Australian court was only allowed to refuse enforcement to the extent that there was an inconsistency and could not disregard the judgment as a whole. The problem did not relate to the entire judgment. It was only for that part where the specific effect of the ruling on validity was inconsistent. He thought that that was critical.

Mr Hartley (co-Reporter) agreed. He was assuming that they were at that moment dealing with the situation where there was an inconsistency. What he said only applied to the extent that there was an inconsistency. He had hoped that that had been clear.

He carried on with variant 2. When enforcement proceedings were brought, proceedings were pending before the appropriate Japanese court to determine the validity of the patent, but it had not yet given a judgment. In such a case, the court in Japan or Australia before which enforcement proceedings were brought was entitled, but not required, to stay the enforcement proceedings until a judgment had been given by the Japanese court on the validity of the patent. If it held it invalid, the court asked to enforce the judgment for royalties would be permitted not to enforce that judgment. But again Mr Hartley stressed that that was only to the extent of an inconsistency.

He then turned to the fifth example. In all the examples so far the assumption was that, under the licensing agreement, the obligation to pay royalties arose only if the patent was valid. So the assumption had been that if the patent were invalid, there would be no obligation to pay. However, that may not be the case. He told the participants to assume that the licensing agreement said that the obligation to pay royalties applied unless and until the patent had been declared invalid by the court of the State of registration. That was quite a common provision in practice. One would get a license and agree to pay unless and until the patent had been declared invalid by the court of the State of registration. In such a case, Licensee would not be able to defend the action for royalties by pleading that the patent was invalid, because it would be irrelevant. Unless it had already been declared invalid by the Japanese court, it had to pay. If Patentholder's claim were for royalties up until the date of the action, the English court would not be required to determine the validity of the patent. So there would be no reason for it to stay the proceedings to allow the Japanese court to decide validity. If the Japanese court subsequently decided that the patent was invalid, that would not affect the enforcement of the judgment for royalties. There would be no question of a stay of proceedings. In that situation the validity of a patent was irrelevant. The agreement said that he had to pay whether the patent was valid or not. He hoped that that was clear and asked whether there were any questions.

The Chair thanked the co-Reporter for his excellent presentation and asked whether there were any questions on it.

Mr Hankin (IBA) asked the co-Reporter whether he was saying that one could bring proceedings other than under contract?

Mr Hartley (co-Reporter) replied that he had.

Mr Hankin (IBA) asked him which provision of the draft text he was interpreting in that way.

Mr Hartley (co-Reporter) responded that it was Article 2(2) *k bis*), providing: "infringement of intellectual property rights other than copyright or related rights [, except where infringement proceedings are or could have been brought pursuant to a contract for the transfer or use of such rights];". So, if A could sue B in contract, but decided to sue him in tort, the Convention would apply.

Mr Kovar (United States of America) stated that it would have been helpful if the co-Reporter had explained that the enforcing court would have a reason to reduce the amount. Article 10(2) made it clear that in most cases the situation was that even if the ruling on the incidental question was not correct, it did not affect the entire judgment. For instance, in the example that the co-Reporter had given, it could be that in the original judgment, damages would continue to accrue. The enforcing court could see that there was a later judgment declaring the patent invalid. If there had been a ruling of invalidity three months before the enforcing court had the judgment before it, it was not required to enforce the judgment after that date.

Mr Hartley (co-Reporter) gave another example. The licensee had to pay unless and until the patent was held invalid and there were no ruling yet by the court in Japan. The right-holder sued the licensee in the chosen court for past and future royalties, for instance a particular amount per month for an indefinite period. Then there were proceedings in Japan for enforcement. By that time a Japanese court had already ruled that the patent was invalid. The Japanese courts would be obliged to enforce the judgment up until the judgment of invalidity. He asked whether the Delegate of the United States of America agreed.

Mr Kovar (United States of America) replied that he did.

Mr Hartley (co-Reporter) stated that an example would be added to the presentation.

The Chair proposed to start the debate, as he understood that there were a number of new comments on it. However, he wanted to give some information that might be useful for the discussions, in particular for the delegates and observers who joined the session today.

He indicated that the Commission had adopted Articles 3 and 5 with minor changes. These changes were not significant for the discussions of that session. He added that they were close to finding a solution on Article 7. Accordingly, for the purpose of the discussions, the participants might refer to Article 2 as it stood in Working Document No 1. As to the declaration system, the Commission had approved the alternative proposal prepared by the Drafting Committee in Working Document No 1 with a change that could be found in Working Document No 15. He thought that that last change was a serious improvement to the text with respect to the scope of this declaration system. Article 21 *bis* (Work. Doc. No 15) provided for the review of the operation of the Convention in particular as regards the declarations. He noted that that was the background that they had for further discussions and emphasised the importance of that declaration system with respect to intellectual property issues.

He then pointed out several working documents: Working Document No 17 was a proposal by the delegation of the United States of America on Article 2(2) *k bis*); Working Documents Nos 14 and 16, by the delegation of the European Community and by the delegation of the United States of America, proposed amendments to the declaration system and would be reviewed at a later stage of the discussions.

The Chair drew the attention of the participants to Preliminary Document No 29, which contained a statement from the International Trademark Association (INTA), as well as to addendum 1 of Preliminary Document No 29 with the comments received from the World Intellectual Property Organization (WIPO). That addendum was included in the folder that the participants had received on their arrival. That information had to be taken into consideration in addition to the information already contained in the Explanatory Report by the co-Reporters.

He noted that traditionally discussions were started by delegations that had made written proposals in a working document. Therefore he pointed out that the discussions would have to start by dealing with the main issue, *i.e.*, whether or not and to what extent intellectual property issues are covered by the Convention. He noted that this Commission had not discussed Article 2 at all. He had proposed that they dealt with all the intellectual property matters together and that they fixed a date to allow observers to know when these matters would be on the table. He opened the floor to discussions on Articles 2(2) *k bis*) and 2(3) taking into account Working Document No 1 with a proposal of the Drafting Committee and Working Document No 17 with a proposal of the delegation of the United States of America.

Mr Kovar (United States of America) appreciated the careful explanation by the co-Reporter. The delegation of the United States of America took the view that the proposal by the Drafting Committee was an extremely helpful restructuring of the previous draft text. As the co-Reporter had carefully explained, paragraph 2 and the incidental question in paragraph 3 were a central aspect of the operation of the Convention. Intellectual property was difficult and many of the participants were not specialists in the matter. In the extensive consultations that the delegation of the United States of America had had, it was often difficult to get all to agree even on a definition, let alone a solution. It was therefore with trepidation that one approached the matter. The proposal of the Drafting Committee was helpful. He could accept Article 2(2) *k)* and 2(3). Article 2(2) *k bis*) was the subject of the proposal made by the delegation of the United States of America (Work. Doc. No 17). The preference was to delete the provision as unnecessary. As had been explained by the co-Reporter, for infringement to fall under the Convention, it would have to be in the context of a contract having a choice of court agreement. That should be a natural element for the operation of the Convention. If one looked at what Article 2(2) *k bis*) was doing, it was excluding a matter and then clarifying that licenses and some other contracts were included. It was an elaborate way of doing the same thing as not having the provision at all. It created confusion if there was unnecessary language. It made the Convention more difficult and raised problems or led to wrong interpretation. He therefore proposed deleting it.

If for complicated reasons, however, it were central for a substantial amount of delegates to elaborate the problem in such detail, then the delegation of the United States of America

Procès-verbal/Minutes No 7

would propose one further drafting amendment. He referred the participants to the modification in Working Document No 17. They had heard in the discussions with experts that "transfer or use" was too narrow a definition. There could also be non-use. There could be many different types of contracts and he feared that the provision could be read as excluding certain types of contracts and lead to misunderstanding. The delegation of the United States of America proposed to refer to the violation of contracts to make it clear that they were not talking about simple choice of court agreements, but rather that the infringement actions had to be pursuant to the violation of the contract involving an intellectual property matter. In the view of that delegation, it would then cover all those potential types of contract. One of the cases that had been brought specifically to their attention, was someone holding a number of patents, for instance five, which were all related. The first two concerned older patents and numbers 3, 4 and 5 were more high tech. The holder gave a licence allowing the use of the first two patents, but specifically providing for the non-use of numbers 3, 4 and 5. Subsequently there was an infringement concerning the non-use. Intellectual property experts in the United States were concerned that the non-use situation could be found not to be covered by the Convention. Numbers 3, 4 and 5 would clearly be covered by the proposed amendment.

The Chair pointed out Working Document No 18, which also dealt with that provision and invited the Chinese delegation to present their proposal.

Mr Jiang (China) stated that the delegation of China would like to join the Delegate of the United States of America. It was a perfect change. He also noted that the co-Reporter's presentation was perfect on what was also the perfect work of the Drafting Committee. He realised the difficulties pertaining to the negotiations of intellectual property. Nevertheless, the intellectual property issue was of great concern to the delegation of China. He referred to the proposal by the delegation of China and stated that there were two options. Option 1 was based on the current text of Article 2(2) *k)*. Option 2 was based on the alternative suggestion by the Drafting Committee.

He would first introduce Option 1. Compared to the current text, Option 1 had two changes. The first was the deletion of the words "other than copyright or related rights". The underlying rationale was that the delegation of China thought that the validity of copyright and related rights should also be excluded from the scope of the Convention. According to that draft, validity as a principal issue would be deleted from the scope of the Convention. He referred to paragraph 37 of Preliminary Document No 26 (Explanatory Report by Mr Hartley and Mr Dogauchi), which said that copyright and related rights were fully covered. It had been said in the presentation by the co-Reporter that the validity of copyright and related rights, if it were a principal issue, was not excluded from the scope of the Convention. Preliminary Document No 26 and the presentation did not give a detailed explanation and rationale of distinguishing between copyright and related rights versus other intellectual property rights. If the delegation of China understood the earlier report and the informal consultations correctly, the main reason was the issue whether the rights were registered or unregistered. That was the criteria for whether validity was included in or excluded from the Convention. If that were right, the delegation of China thought that all unregistered rights should receive the same treatment. Therefore he thought that copyright and related rights had to be treated in the same way as unregistered trademarks in the Convention. He would like to remind all delegations that Article 14 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property adopted in December 2004 did not give different treatment to copyright and related rights on the one hand and other intellectual property rights on the other. The second change to Option 1 was that the delegation of China had changed the wording of the current text on "licenses and assigns" to the words suggested by the Drafting Committee: "transfer or use". They had borrowed that from the alternative suggestion. Option 2 was to delete the text between brackets. The underlying rationale was that the delegation thought that the current draft was broad enough. The other point was that in China if there were actions in contract and tort, the plaintiff could sue the defendant either for the breach of contract or for tort. If the plaintiff chose a tort action, he could not choose any court; he could bring proceedings only at the place of the domicile of the defendant or the place where the damage occurred. If the plaintiff chose the cause of action as breach of contract, he could bring proceedings to any court.

Regarding Option 2, he invited his colleague to elaborate.

Mr Sun (China) stated that he was not a real intellectual property expert and he had listened carefully to his colleagues: the excellent presentation and the statements of his colleagues on other issues. He invited the participants to look at Option 2 and stated that it was the same formula as the Drafting Committee text but there had been some changes; *k)* was deleted. Regarding copyright and related rights, he did not want to repeat what the previous speaker had said, but he just wanted to reiterate some of the main ideas. For validity cases copyright was like all other rights and there was no reason to treat these cases differently. The United Nations Special Commission on jurisdictional immunities of States and their properties adhered to the same policy. Intellectual property rights were territorial in nature. In practice, validity was the main subject. There was another reason to ask for the deletion. Regarding Article 2(2) *k bis*), it was agreed that the infringement of intellectual property rights was outside the Convention and one could see that in the text. He understood the policy and that it was important to some delegations to keep the words between brackets. Regarding tort, he just wanted to raise a concern. When deleting copyright and related rights, it seemed to follow that Article 2(2) *k bis*) should also be deleted. If one paid close attention to Article 2(2) *k bis*), there was an issue with regard to tort. The policy was that one wanted to exclude pure infringement cases, but if one read the provision carefully, one would wonder whether they were included or excluded. He thought that pure infringement cases should not be under the Convention. The nature of the Convention was business to business and contracts. There had to be a contract. Regarding torts, because he was not a common law lawyer, he knew that almost all around the world, tort actions could be brought at the place of the residence of the defendant or at the place where the tort was committed. He mentioned that there had been talk the previous day of consensus. He then turned to Article 10. Regarding paragraph 1, as he had mentioned, in tort there was no consensus on party autonomy. It could only exist in contract for some countries. That is the reason why they wanted the word "tort". Even if the proposals regarding the same treatment of copyright and related rights and Article 2(2) *k bis*) were not accepted, the issue should be separated and receive different treatment.

Mr Poon (China) stated that his remark was a response to the proposal of the delegation of the United States of America in Working Document No 17. He wondered whether it was the appropriate time to go on with that matter.

The Chair acquiesced.

Mr Poon (China) stated that his comment on Article 2(2) *k bis*) of the Convention was that it was quite risky. If it were de-

leted entirely, one would leave infringement actions in the Convention. If there were a widely drawn exclusive choice of court agreement, he had the concern that infringement would be brought back in the Convention. He wanted to bring caution to the suggestion.

Mr Jiang (China) wanted to add something on Article 10(1). The co-Reporter had told the participants, in his perfect presentation, that copyright and related rights were covered by the Convention, even validity. A choice of court agreement could never give jurisdiction *in rem*. It would be only as between the parties. The delegation of China was of the view that the policy of the second part of the provision went in the right direction, but there was no provision on that point.

The Chair concluded that there were then three matters to be discussed. The first one related to the scope of the exclusion of validity of intellectual property rights: there was a proposal to also exclude copyright and related rights. The second one related to infringement actions. The third one went beyond the matter of intellectual property rights with the proposal by the delegation of China to exclude torts altogether. He stated that there were no further working documents on that matter and opened the floor for discussion.

Mr Bennett (Australia) stated that all were grateful for the presentation made by the co-Reporter. It showed clearly that everything was wrong with the structure suggested. He thought that there had to be a wide exception for intellectual property. The first words that his professor of intellectual property law had said many years ago were: "Most patents are invalid and that is where you start." That illustrated that in a high proportion of cases the defence of invalidity was raised. It also illustrated the difference in policy in the patent area. Some States had wide recognition of patents and the United States of America was probably the most well known of those. Others were more willing to find patents invalid and Australia was such a State. He referred the participants to the United States "State Street" case. A company invested in companies on the stock exchange and sold units to the public. It had a formula according to which it calculated the gains. One could not imagine a more obvious patent. He wondered whether one could register in the United States of America a patent in the way delegations asking the floor put their signs up at the meetings of the Hague Conference on Private International Law. That demonstrated how different systems were, or how different policies were on the view of patents. Most cases concerned disputed patent litigation. Very often when one had to decide infringement, one had to decide issues related to validity. The differences were too big. In the example given of the English court (by the co-Reporter), it was almost impossible that the English court would fully comprehend all the subtleties of the Japanese system. Private international law dealt with foreign systems. Here it was almost impossible to apply the foreign system correctly. One could not draw the *in rem* and *in personam* distinction. If A had a patent, it would be valid as against one person and invalid as against everybody else, or the other way around. In matters of cross-licensing it was difficult to distinguish between the two. He referred to the German example on United States copyright; there would not be an obligation between the others. In real life, if one were successful in Germany, all infringers in the United States of America would be touched. There were more difficult questions. One could not say that one rule applied to some persons and another to everybody else. He referred again to licensing. The second reason was that to rule whether or not a patent was invalid, courts often looked at other cases. Issue estoppel or quasi-issue estoppel was very bright in the patent law area. He thought that the appropriate view was that infringement of patents, and probably of other intellectual property rights (which were different) should all be excluded. The incidental question should not be allowed. In this field it was really part of the litigation and not incidental. In bankruptcy, if one of the assets were a patent and one would have to estimate the chances of whether a court was likely to hold the patent valid, that was an incidental question. If the patent were invalid, that was not incidental in the cases under discussion – it was essential. There had been a practice in some common law systems never to grant an interlocutory order unless the patent had been held to be valid. This went to the heart of a State's economic policy. Because of the complexities and because it was impossible to distinguish, he was in favour of a wide exclusion. He also referred to copyright and related rights. A major issue that was developing in many parts of the world, was that concerning the Aboriginal and other native cultures. That was a form of intellectual property developing in many parts of the world. He wondered how far "related rights" would go. He wondered whether designs were related rights and he referred back to the idea of putting up the signs: it was clever, but it was obvious.

The Chair asked the Delegate of Australia which of the proposed texts had his preference.

Mr Bennett (Australia) was in favour of Option 1 of the proposal of the delegation of China in Working Document No 18. He thought that it was useful, although one might need some modifications in addition. It was the simplest to exclude *k)* from the incidental matters. He apologised for not having submitted a working document, but what he had said was in Working Document No 18.

The Chair asked whether the Delegate of Australia could prepare a document on that.

Mr Bennett (Australia) responded that he could, but that it might take a little time. He would do it.

Ms Sapp (INTA) thanked the Drafting Committee for their great improvement. The delegation of the INTA was happy with the Drafting Committee text. She recognised that there were flaws that could be found, but remembered that they had been urged not to seek perfection. It seemed that it was a text with which trademark owners and practice could live with, with no problem at all. She wanted to comment briefly on the proposal that had been submitted by the delegation of the United States of America. She stated that the INTA was not among those experts with whom the delegation of the United States of America consulted. She did not agree with the proposal for technical reasons. In respect to Article 2(2) *k bis)*, she much preferred the Drafting Committee version. She stated that infringement proceedings could not be brought for the violation of a contract. The wording was a legal impossibility. With regard to the deletion of Article 2(2) *k bis)* she entirely agreed with the delegation of China on why that would not be a good idea. With respect to "transfer or use", she recognised that it was possible to develop the wording, but from a practical point of view she did not believe that the court would refuse to put a matter in the Convention because "transfer or use" would not mean "failing to comply". She did not think that a court would look at that. She was not opposed to amendment, but if there were nothing better, she was prepared to accept it.

Mr Markus (Switzerland) stated that he could be rather brief at that stage. Lawyers dealing with international proceedings would find that there was always a conflict between the harmony of case law in all States and the efficiency of proceedings, which was something useful for the international business community. It would be a pity if the Convention would not be able to deal with intellectual property rights as they arose as incidental questions in the context of a contract or

Procès-verbal/Minutes No 7

of torts. It was not different when incidental questions arose in contract or torts. He turned to the proposal by the delegation of the United States of America in Working Document No 17. He would as a principal idea propose the deletion of Article 2(2) *k bis)* as a whole. If that were impossible, or if there were no consensus, he was attracted to the different wording in Working Document No 17. That differed slightly with the wording in Working Document No 1. Nevertheless, there might be one hesitation with regard to the effect of the inclusion of copyright in the proposal by the delegation of the United States of America. He was not absolutely sure what the consequences of the wording on copyright in Working Document 1 would be. He wanted his colleague to elaborate.

Mr Buri (Switzerland) stated that it was rather a question of the comprehension of sub-paragraph *k bis)*. He wanted to make the situation of infringement clear. He referred to mere piracy cases and only infringement and could not see the effect. He wondered what they would win or lose if they just said "except where infringement proceedings are or could have been brought pursuant to a contract for the transfer or use of such rights".

The Chair stated that he could not say who would be the winner or the loser. He invited the delegates, together with the Drafting Committee, to think further about it. He had the feeling from the discussions that there was a preference for the text proposed by the Drafting Committee in Working Document No 1. Accordingly he thought that they should concentrate their attention on that text and no longer on the texts proposed in other working documents on that issue. He then urged participants to have a short coffee break, as there were still important questions to deal with.

The Chair welcomed Mrs Jametti Greiner, Chair of Commission I, and congratulated her. He jokingly stated that the Swiss chair team was now complete! With respect to the informal group on the form, he indicated that Mr Brand and Ms O'Connor would replace Mrs Haines. Mr Tsang from the Chinese delegation would join the group. That group would meet after the end of that morning's meeting.

He then pointed out a new working document (Work. Doc. No 23). He noted that the delegation of the United States of America and the delegation of the European Community, who had asked for the floor, agreed to give the floor to the delegation of the Russian Federation in order for them to explain their new proposal.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that the position of that delegation had been consistent over the years of drafting. Intellectual property rights presented a challenge to the Convention. That issue was of particular importance to the delegations of many countries. It was sensitive, there were many exceptions and the developed structure by the proposals of the Drafting Committee and Working Document No 110 of the previous meeting of the Special Commission did not address all the issues. The belief of the delegation of the Russian Federation was that the matter was regulated by other instruments internationally and nationally. It should be excluded from the scope and there should be no confusion and contradiction. The Delegate of the Russian Federation fully supported the arguments made by the Delegate of Australia and he noted that some other delegations had expressed concerns as to the exclusion in Article 2. He believed that the proposal put forward by his delegation and the delegation of Australia in Working Document No 23 was the one that would definitively resolve the intellectual property issues which arose. The proposal was to exclude intellectual property rights altogether from the scope of the Convention, and not to apply the exception in Article 2(3) to sub-paragraph *k)* of Article 2(2). He proposed that the exception in Article 2(3) should not apply to intellectual property rights in sub-paragraph *k)*. There was a modification to Article 10 relating to the deletion of paragraphs (2) and (3).

The Chair interrupted the presentation of the Delegate of the Russian Federation on Article 10. There were other proposals for that provision on the table. He proposed to address all of them together at a later stage. As to the proposal of the delegation of the Russian Federation on Article 2(3), he asked what the precise scope of that provision was. In particular, he asked whether with that system an incidental question on intellectual property rights would trigger the exclusion.

Mr Kosorukov (Russian Federation) responded that this was indeed intended. In a case where the matter referred to in paragraph (2) *k)* arose as an incidental question, the exception provided that it would still be excluded from the scope of the Convention. He believed that it solved some of the problems of intellectual property.

Mr Kovar (United States of America) could tell from the debates that day that it was a difficult, complex and technical issue. Many of the participants were not experts. They had heard serious proposals and serious considerations. It was necessary to address them in a serious way. It was difficult to have confidence in the project when on difficult issues one heard things that had little to do with them. If they were being serious, he would have to rush to the Embassy of the United States of America and send a message that Australia had repudiated the United States of America-Australia free trade agreement, the TRIPs agreement and the intellectual property system between them. He hoped that he did not have to do that, but he wanted that on the record.

He wanted to make it clear that while the Observer for the International Trademark Association (INTA) had stated that they were not one of the groups being consulted in the United States of America, that was simply not true. The delegation of the United States of America had spent many hours with the INTA and with Ms Sapp personally in Washington and in other parts of the world. The delegation of the United States of America was not speaking for the INTA, but it was true that they did consult and he hoped that they would be able to consult again in the future.

Regarding the intervention by the delegation of Switzerland, the delegation of the United States of America agreed that there was an ambiguity in Article 2(2) *k bis)*. Mr Markus had identified as the primary suggestion deletion of that provision, and Mr Kovar agreed.

He understood the thrust of the major part of the proposal by the delegation of China that copyright had to be treated in the same way as patents and trademarks, but the delegation of the United States of America respectfully disagreed that copyright was of the same nature in the respect that it was territory based. In a number of meetings and at the informal sessions it had been said by many delegations that copyright was different. That law was generally harmonised on the international level. It arose independent of boundaries. One had often heard that the protection of copyright in the current information age was a fundamental part of international transactions. For the Convention to have relevance, one needed to deal with copyright. The delegation of the United States of America disagreed to take copyright out of the Convention. The previous day the participants had agreed to a draft of Article 20 which provided a possibility to exclude from the scope matters that were not in Article 2(2). The delegation might be disappointed if a government chose to exclude copyright, but it would fall within the scope of Article 20. He

hoped that this would not happen, but the choice would be available.

It was a separate issue to have a specific provision on tort, but this was more a reaction to the potential problems of Article 2(2) *k bis)*. It should rather be included in that provision than independently in the Convention. He wondered whether deleting Article 2(2) *k bis)* would be helpful.

Responding to the interventions by the delegations of the Russian Federation and Australia, he pointed out that not only was copyright an essential part of the international age, but it would probably be a fatal blow to the Convention if copyright were excluded. It would reduce the value and utility of the Convention so that it would lose substantive relevance. The amendment with regard to the incidental question was more alarming. That would mean that any time an intellectual property matter was raised, no matter how small, the entire matter would fall outside the Convention. That would be a very bad result.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that the participants had entered, since the previous evening, the more difficult phases of the meeting. They would have to go through and there would be no dramatic consequences that they would not be able to overcome, even if with difficulty. He wanted to make one or two comments and then turn to Working Document No 17 and the other working documents.

Firstly he had a question regarding the proposal of the delegation of China on excluding torts. If it were not related to intellectual property only, it should be discussed when the other parts of Article 2 would be discussed. They had to concentrate at that moment on intellectual property. There had been concerns expressed about that proposal and other proposals that were very much shared by the delegation of the European Community. Excluding infringement was very important for them. They had made many exclusions and tried to work out a compromise. However, there were points that remained important and boundaries that they did not want to cross. It was clear at that point that if the brackets were taken out, infringement was included, but only in some specific cases, namely when an action could have been brought under a contract. In reality, one did not want to force parties to choose the way to proceed before the courts, as in some legal systems those would be actions in tort, even if linked to contract. There was a preoccupation not to force parties to bring an action in contract only in order to fall under the Convention. Accepting the proposed wording was the furthest that they could go. He would like to make it clear that pure tort cases were excluded. He had thought that was the aim of the Drafting Committee's wording: "could have been brought pursuant to a contract". It was linked to a contract. He understood that might raise some difficulties; maybe the contracts were not technically for transfer or use. He understood Working Document No 17 of the delegation of the United States of America. However, it was not clear from the wording that the aim was achieved. He was afraid that it was too simplified and that it allowed pure infringement cases to be covered again. He thought that it might be possible to find other language. Mr Kovar had given several examples and Mr Tenreiro could generally agree; for instance, contracts involving intellectual property matters which were not technically the transfer or use of intellectual property rights. There could also be a licence for parts. He thought of putting in the words "at all related". He thought that they had an understanding. The wording "for violation of a contract" could be understood as any contract not related to intellectual property; for instance, one could just forbid in a contract the use of all intellectual property rights while the rest of the contract had nothing to do with intellectual property. Then there would be a pure infringement action. For torts to be in the Convention, there would just have to be a contract somewhere. They had to either work on the language or replace it by other wording such as "related", for instance "pursuant to a contract related to such right". He thought that the matter had to be qualified. He could see that from the discussion.

The other difficulty in the discussions had been reflected by what Mr Kovar had said on Article 20. The idea was not to push governments to use Article 20, but the European Community might have to use it itself. Mr Tenreiro called on the participants not to forget that it existed for the hot issues so that the Convention could be concluded. He wanted all to take that into account and bear it in mind.

The last question related to the incidental questions. He wanted to comment on what had been said by the delegation of the United States of America. It made him think of a painting by Magritte where one sees a pipe and underneath it the words "this is not a pipe". One could not say that an incidental question was not incidental. To avoid that any kind of futile allegation could block the Convention, one should pursue the aim. One should call a pipe a pipe. That issue provoked difficulties regarding Article 10, paragraphs (2) and (3). Those provisions were very important. He then passed the floor to Mrs Poch.

Mrs Poch (European Community – Commission) wanted to briefly add something. The Drafting Committee's suggestion regarding the general wording of the IP exception (Article 2 (2 *k)*) contained in Working Document No 110 (of the Special Commission) and to change it to a more specific wording, namely validity and infringement, means that there might be situations which were covered by the previous exception and might not be covered by the new wording. An example of a non-contractual action that might not be covered by the newly worded exception is the following: someone applies for a trademark and the application is published. Subsequently, the mark is registered and the registration is published. The owner can claim compensation for actions of third parties between the publication of the application and the publication of the registration, if those actions would be prohibited after the registration of the mark. The question is whether such actions between the publication of the application and the publication of the registration are infringement as such. The delegation of the European Community wanted to clarify that such actions should, for the purposes of the Convention, be considered infringement and thus fall within the exception as worded by the Drafting Committee. This held true also for patents.

The Chair stated that the remarks of the Observer for the European Community (Commission) on the drafting had been recorded and would be addressed by the co-Reporters. He reminded the participants that a policy had been adopted in the previous meeting not to be too perfect as it would not be possible to go so far in elaborating the text of the Convention.

Mr Möller (Finland) just wanted to make one point. For the rest he agreed with what Mr Tenreiro had said. The point he wished to make regarded the incidental question: he was astonished that the mere incidental question would take the whole matter outside the scope of the Convention. It was not infrequent that in arbitration there had to be a ruling on an incidental question. To his knowledge he had never heard before that the whole matter would be inarbitrable. If that were so, why should there be such a rule for courts? It would be possible for arbitrators to rule on the matter, but not for a chosen court. Maybe the delegations of the Russian Federation and Australia could explain to him why it was different.

Procès-verbal/Minutes No 7

Mr Kuzmin (Russian Federation) reacted on the point made by the Delegate of the United States of America. The delegation of the Russian Federation fully shared the view of the Delegate of the United States of America that the delegations had to be serious. However, sometimes the view of the Russian delegation did not fully coincide with that of the United States delegation. That did not mean that they were not being serious. Intellectual property should be excluded from the scope.

Regarding the incidental question, he did not believe that the arising thereof would automatically take the matter outside the scope. By analogy, any party could raise anything and that did not mean that the court would exclude it. If it were purely incidental, the court would proceed. He hoped that there was support to exclude the incidental question rule.

The Chair expressed the feeling that a great number of delegates shared concern with regard to the text that was proposed by the delegations of the Russian Federation and Australia. That concern arose in particular as to the text between brackets (in Article 2(3)) which constituted an exception to what the Delegate of the Russian Federation had so eloquently explained. The concern was that it would lead to a situation where it would be up to the defendant to decide whether a choice of court agreement would be accepted under Article 5. In addition, in such a case the question might be raised whether Article 7 is applicable as it provided for very serious constraints on other courts to take jurisdiction, if there was a choice of court agreement. In addition, at the enforcement stage, the question would be raised whether the judgment was based on a valid choice of court agreement, and then, whether the Convention was applicable. In intellectual property matters, it seemed to be difficult to know from the purpose of Articles 7 and 9 whether the defendant had raised an incidental question on intellectual property rights. He thought that delegates needed to address this potential effect.

Mr Goddard (New Zealand) stated he had in common with other delegates that he was neither a specialist on intellectual property, nor on pipes. There were some more mundane and general points to be considered. It seemed that one should not exclude copyright. If a certain number of delegations wanted it to be excluded from the Convention, they could make a declaration and it would be excluded for them. A large number of delegations wanted to keep it in the scope of the Convention. Under those circumstances, Article 20 was the mechanism that should be adopted. The participants should refrain from dealing with the matter in Article 2. If a State made a declaration, it would be a Party to the Convention, but as far as that State was concerned, the Convention would operate as if copyright was excluded. That would respond to the interests of those States who wanted it out and those who wanted it in. Considering the other way, there would be no mechanism for the States who wanted the matter included to get it back in. Article 20 allowed everyone's preferences, but if the matter were dealt with in Article 2, the will of a few delegations would be imposed on the others. He wanted to indicate that asymmetry.

He asked the Chair whether he should deal with torts at that moment, or whether it would be dealt with separately.

The Chair answered that he understood from Mr Goddard's intervention that he agreed to discuss the issue of torts unrelated to intellectual property rights at a later stage. He stated that the issue would then be addressed when addressing the full Article 2, which would make the intervention of the Delegate of New Zealand shorter.

Mr Goddard (New Zealand) stated that everybody had an interest in that decision. He thought that Article 2(2) *k bis)* in Working Document No 17 contained an improvement from a drafting point of view. It avoided excluding what one did not want to exclude. He reminded the participants of the example given by the Delegate of the United States of America and stated that there was one more: there was a franchise which permitted the use of intellectual property rights. A dispute arose and was subsequently settled. The franchisee returned the material and agreed not to use the intellectual property rights any longer. If he then breached that agreement, one would want the Convention to apply. On the wording of the Drafting Committee, it would not obviously be allowed. The language would probably reach some other results. The term "relating" proposed by the Observer for the European Community could be elaborated. A discussion on the precise words would be useful.

He agreed with the Delegate of Finland on Article 2(3). He also agreed with the Delegate of the United States of America and the Observer for the European Community. He had two concerns. The first had already been pointed out by the Chair. The language was far from clear. He did not know how it would work in practice and did not think that it was workable. If the effect would be to exclude the proceedings, then it would be a bad thing for practice and for the usefulness of the Convention. There was huge international concern about that. If a party raised the matter, it was at best unclear. The better view would be not to insert a choice of court agreement and to agree to arbitration instead. He feared that if the words between brackets in Working Document No 23 were inserted, it would amount to making the Convention useless for a large group of parties. They would not be able to use a choice of court agreement. He stated that he would stop there.

The Chair stated that the Delegate of New Zealand would have another occasion to finalise his intervention.

Mr Sun (China) apologised for taking the floor again. The point was essential for the delegation of China. He thanked the other delegations for referring to Article 20. He recognised that it was important. However, there were unsettled proposals. He could not be sure that the concerns would be met at the end of the day and at the end of the Convention. He did not know whether everything was settled on Article 2(2) *k)*. The delegation of China fully supported Working Document No 23. At the same time, his delegation fully agreed that maybe copyright should be excluded, even validity. However, according to the current text of paragraph *k bis)*, there was still one important issue. He wondered why the pure infringement of copyright was not excluded and he wanted to single that out. The provision therefore had to be deleted. The delegation of China could not accept that paragraph in principle. The point had to be addressed.

Mr Hartley (co-Reporter) stated that one answer to the problem was that a question could never be covered by the Convention if there were no choice of court agreement and there could never be a choice of court agreement if there were no contract. Those cases would not be covered by the Convention. There must be a contract before one could consider the Convention.

Mr Sun (China) thanked Mr Hartley. As the participants knew, those persons sitting in the front row were almost the best private international law experts in the world. However, no-one would study the Convention very carefully. Even some experts (although he might not be a good example himself) could read the provision in the way that had just been explained. That was the problem. It was no policy issue. He thought that it should be changed.

The Chair understood that the Chinese delegation still accepted Working Document No 23 and hoped that through better drafting the rule of sub-paragraph *k bis)* could be satisfactory. He invited the Observer for the Motion Picture Association (MPA) and other Observers to express their views at that point. He indicated that he did not know whether they would have other opportunities to discuss that matter.

Mrs Djolakian (MPA) admitted that she had not expected to take the floor and thanked the meeting. She reminded the delegations that some participants had not been present during the previous meetings. She stated that the MPA distributed films, home videos and television programmes.

The Chair informed the Observer for the Motion Picture Association as well as other observers that they had the opportunity to explain the activity and status of their organisations in a working document, thus allowing them to only address substantial issues during their interventions.

Mrs Djolakian (MPA) stated that copyright holders had been taking part in the negotiations for the last four years. She believed in the use of a Convention on choice of court agreements and the recognition and enforcement of judgments. It was important for businesses across borders. One had to make sure that the legal framework agreed in a choice of court agreement would be enforced. That was in the interest of all parties to a business-to-business contract. She wanted to emphasise the importance of legal certainty. It would add value and stability. One had to make sure that the contract would apply save in exceptional circumstances. The current draft Convention would apply to business-to-business contracts only, while a few years ago the drafting was broader. The scope had been reduced. She hoped that there could be a compromise and consensus on the text. She noted specifically that copyright was not subject to registration. The problems with other rights did not apply to copyright.

Mr Hankin (IBA) spoke because of what had been said by the Delegate of China. He was unclear as to how he had misinterpreted the provision. He thought that one might add "only". The Convention was exactly that: civil and commercial matters. He thought that the fear had been realistic under the old Convention, but at that point it was unrealistic.

The Chairman of the Drafting Committee thought that one had to distinguish three issues. The first was on Article 2(2) *k)* and the validity of intellectual property rights. The question was whether the validity of copyright and related rights were in or out. He wondered what the delegation of China thought about Article 20. Article 20 meant that if there were a smaller exception and a broader scope, any State that thought that the issue had to be excluded, could make a declaration with all the effects of Article 20. The result was that if one kept to the text of the Drafting Committee, all Contracting States that had a problem with the text could make a declaration. He hoped that there would not be too many. The mechanism would probably lead to the same result.

The next issue was the main issue of the whole Convention and intellectual property in contract litigation. There would only be a choice of court agreement if there were a contract. A licence should be covered. The participants should not draft any rule in Article 2(2). Article 2(2) *k bis)* stated that mere infringement cases were out except if they could be brought under a contract. There was a small amendment made by the delegation of the United States of America. The main point was what happened if there were also a tort. It should be possible for the plaintiff to bring the action in tort. That procedure would remain within the scope if it could also have been brought as contract litigation. There seemed to be agreement on that point. He wondered why that should be different for copyright and related rights. He referred to the observation made by Mr Hartley that there was no problem since if there were no contract, there would be no choice of court agreement. In reality the problem did not exist. There was only one difference in practice. There could be a tort and the parties could then agree on a court. There would be no underlying agreement. That was the only situation where there would be a difference with regard to copyright. He was not sure that that was really a problem. If it were, it could either be covered by Article 20, or one could exclude all torts in general, but the participants were not permitted to discuss that on that day. He was a judge and he had seen many choice of court agreements. He had never seen one in a mere tort case. Mr Hartley was completely right that it would normally not arise; it was so exceptional that to make a rule for it would be overdrafting. The better would be the enemy of the good.

The third point related to the incidental question. There was a fear that the proposal by the delegations of the Russian Federation and Australia (Work. Doc. No 23) could give rise to a situation where the mere raising of the issue as a defence would throw the entire matter out of the Convention. It would lead to the exclusion from the scope. The judgment would not be able to be recognised. It would not fall within the scope of the Convention. That was a potentially dangerous provision. The Delegate of the Russian Federation had clearly stated that it should not be enough. It would, however, be the result of the proposal. One should speak again on what "incidental" really meant.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that the previous intervention had set the boundaries of the problem. One should try to give a concrete answer. There was food for thought. One should look at the text again. He referred to the preoccupation of the delegation of China and stated that in reality the concerns were not really answered.

The first question was why copyright and related rights were in the Convention. What would happen if one excluded the validity of all intellectual property rights? If one phrased the question like that, one would understand. What would it mean in practice? In theory, one also defended that copyright should be in, but he wondered what would be the practical consequences. He wondered whether validity was perhaps not the real issue. Delegations should then decide to try to find consensus. If it was needed, there was Article 20. Then there was paragraph *k bis)* so the issue would only be in the Convention if it were an incidental question. That was the first point.

The second point was the question which paragraph *k bis)* raised. All agreed that pure tort cases were to be out, but when one read the reference, one could have the impression that for copyright, tort could be in. The Delegate of China was right. He wondered what would happen if one deleted the words "other than...." Tort would then be out. He stated that one should be careful to delete the phrase since it has been present in the draft for a long time. Infringements which were torts, also for copyright, would then be out, but proceedings for infringement of copyright, if a tort, but also brought under a contract, would be in. He wondered what the difference would be. There was a preoccupation that of course the provision should rely on the existence of a contract. He thought that it had been interpreted well by the Delegate of China. He referred to the situation where there was a general contract on the relations between the parties. He looked at the reading of the provision in itself and found that the case of infringement would be in if the parties did not want to exclude it. He wondered what would happen if one framed something along the lines that he proposed.

Procès-verbal/Minutes No 7

Mr Sun (China) thanked the Observer for the European Community for explaining the concern well. He referred to the suggestion made by the Delegate of Switzerland to delete paragraph *k bis)*. If he reconsidered the meaning of the paragraph, he agreed with the Chairman of the Drafting Committee. It was still possible to interpret the provision wrongly. He stated that the delegation of China had always been constructive and co-operative. He referred to the proposal made by the delegation of China (Work. Doc. No 18). As a principle, these matters should be in the exclusive jurisdiction of China. The second option was to keep the bracketed language. If it were deleted, pure tort cases should be excluded.

Mrs Sapp (INTA) briefly expressed support for the words "relating to" proposed by the Observer for the European Community (Commission).

Mr Kovar (United States of America) also, like the INTA, thanked the Observerfor the European Community for his helpful drafting proposal. He wanted to hypothesise and those were the right questions to ask. On the question of what would happen, he referred back to the intervention by the Delegate of New Zealand (Mr Goddard). It related to the kind of advice that one would give to one's client as to whether to insert a choice of court agreement or an arbitration agreement. The provisions in Article 2(2) *k)*, 2(2) *k bis)* and 2(3) were extremely difficult to understand. That had become clear during the debate and also when one tried to read or to explain it to someone. He had heard criticism by experts in the United States of America. It would lead lawyers to always advise their clients not to insert a choice of court agreement.

Relating to the question on copyright, the MPA had expressed the desire for the Convention to be used. If one threw copyright into the exclusion scheme, which could be done, that would make the usefulness of the Convention so low that it would be hurting the future of the Convention. It was not necessary. He stated that one could be clear enough when drafting Article 2(2) *k)* and 2(2) *k bis)*. Copyright should be left in the scope of the Convention.

The Chair concluded the discussions by stating that they would return to the torts questions when reviewing the full Article 2. It seemed to him that two main issues were raised: the first was whether or not copyright was to be excluded; the second was on the *k bis)* rule.

With respect to the first issue, he thought that it had been rightly said that the declaration system provided for under Article 20 might be a solution to accommodate the concern of some delegations in this respect. He noted that only one delegation, namely that of China, had moderately criticised that proposal. It was indeed not certain that the declaration system would remain as it was. However, he emphasised that the system was carefully negotiated, discussed and unanimously approved. It would need an earthquake for it not to remain where it was. Thus it would stand. It was one of the pillars on which they could build. He thought that the concern of some States to exclude copyright could be solved through Article 20. He thought that could be the solution retained by the group, while outlining that the issue would be discussed again later; and that they were not adopting a decision at that moment. However, he had the feeling that the issue could be resolved.

As to the drafting of *k bis)*, he noted that a number of complex issues were raised. However, he thought that with a common effort, a solution could be found. Some delegations were indeed prepared to revise their draft. It had been stated that the text of the Drafting Committee was too narrow for some delegations. The delegation of the United States of America agreed that the reference to "a contract" might be too broad. He stated that the issue was a matter of drafting, which should not be left to the Drafting Committee but would rather need them all to sit together.

With respect to incidental questions, he had the feeling that they would keep on board Working Document No 23, although it had to be thought through again: the wording did not comply with the presentation by the Delegate of the Russian Federation which seemed to be agreeable for all of them. It seemed clear that the proposal was connected to Article 20 and those issues should be addressed together.

The Chair stated that the Informal Group on Intellectual Property rights would meet just after that morning's meeting and start discussing *(k bis)*. He emphasised that incidental matters would also be addressed by that group but only at a second stage. He indeed pointed out that they needed an agreement which would meet a broad consensus in order to allow that Commission to produce that text.

The Chair then addressed more concrete issues. He invited the delegates who wished to make further interventions on those issues to talk to him. Observers who wished to add comments might do so by joining the Informal Group. They would then let the delegations draft jointly. He added that Professor Hartley, one of the rare experts on the matter, as the Delegate of China had mentioned, would chair the Informal Group on Intellectual Property. That Group would meet just after that morning's session.

He stated that as kindly agreed by the Chair of Commission I, Commission I would start its session at 3.00 p.m. in order to allocate more time to the Informal Group on Intellectual Property.

La séance est levée à 13 h 10.

Procès-verbal No 8
Minutes No 8

Séance du samedi 18 juin 2005 (matin)

Meeting of Saturday 18 June 2005 (morning)

The meeting was opened at 9.45 a.m. under the chairmanship of Mr Bucher (Switzerland) with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

Article 7 (suite / cont.)

The Chair on behalf of the Commission thanked Professor and Mrs Struycken for the Opera evening that all concerned had found to be most enjoyable.

He noted that both the Intellectual Property Working Group and the Forms Working Group had met and that their proposals should be circulated shortly.

Mr Wagner (Germany) reminded the Commission that the German Ambassador would hold a reception for all participants on Monday evening.

The Chair invited the Commission to return to its consideration of Article 7. Paragraph *d)* would be considered first as it was closely related to paragraph *c)* on which agreement had already been reached. The relevant Working Documents were Nos 8 and 9.

Article 7 d)

Mr Kosorukov (Russian Federation) explained that Working Document No 8 was designed to address the ambiguous nature of the term "exceptional reasons" and to make the text more understandable for users of the Convention.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that Working Document No 9 proposed the deletion of Article 7 *d)* because the exceptional reasons envisaged by the latter provision (*e.g.*, wars, tsunamis) would be covered by the term "manifest injustice" in Article 7 *c)*.

The Chair asked if all cases envisaged under Article 7 *d)* would be covered by Article 7 *c)*. He thought from the comments of Mr Tenreiro that the answer would be positive.

Mr Goddard (New Zealand) agreed, stating that if the agreement could not reasonably be performed in the chosen forum, this would give rise to manifest injustice. An example which had arisen in New Zealand was where an agreement had designated Fiji but the proceedings had been scheduled to occur shortly after a coup d'état had taken place, making it impossible for the case to go ahead. In such a situation, adhering to the agreement would have given rise to a manifest injustice. He further stated that a reasonable forseeability test would create many problems. For example, if a second coup d'état occurred in Fiji not long after the first, might this be classified as reasonably foreseeable? The only relevant issue was whether justice could be secured.

Mrs Sabo (Canada) acknowledged the reasons provided by the delegations which supported Working Document No 9 but stated that her delegation retained a preference for the proposal in Working Document No 8. It was not clear if all the situations envisaged in Article 7 *d)* would necessarily fall within the scope of Article 7 *c)*. A two-step analysis would be required; first to determine if there was serious injustice, second to evaluate the impossibility of performance.

Mr Markus (Switzerland) voiced his support for the position favoured by Canada in that he also was unsure if all the cases envisaged by Article 7 *d)* would fall within the current version of Article 7 *c)*. He suggested that it might be the case that issues not covered by Article 7 *c)* would relate to questions concerning the substantive validity of the agreement. In this he drew attention to the possibility of an overlap with Article 7 *a)*. If there was a parallelism between paragraphs *a)* and *d)* care would have to be exercised because the choice of law rule in Article 7 *a)* did not appear in Article 7 *d)*. He concluded that he was cautious with regard to the proposal of the delegation of the Russian Federation because in his view all cases would either be covered by Article 7 *d)* or Article 7 *a)*.

The Chair stated that if the view of the Commission was that there was a link with Article 7 *a)* the discussion could be broadened.

Mr Kovar (United States of America) indicated that Article 7 *a)* was the source of many problems in the Convention. The changes to Article 7 *c)* made it clear that this provision would cover the circumstances envisaged in Article 7 *d)*, consequently the latter could be eliminated. He argued that a forseeability test would encourage litigation because evidence would have to be gathered and the court chosen would have to consider a foreign law. He agreed with the Delegate of New Zealand that if the forseeability test was deleted from the proposal of the delegation of the Russian Federation there would simply be an issue of drafting to resolve.

The Chair asked if there were any concrete examples of cases which would not fall within the scope of Article 7 *c)*.

Mr Goddard (New Zealand) repeated that this was simply a drafting issue. He argued that provisions should not be included within the Convention unless they had a real role to play, otherwise they could be subverted in the future. He added that he could think of no examples to show why Article 7 *d)* had to be retained; he disagreed with the Delegate of Canada that a two-step process would consequently be required when applying Article 7 *c)*. He clarified that Article 7 *d)* had not been rendered superfluous as a result of the changes to Article 7 *c)*, as the amendments had only impacted upon the practical operation of the latter. Finally, he noted that the equivalent provision in the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (Article 2(3)), which sought to prevent judicial proceedings being brought unless the arbitration agreement was "incapable of being performed", related to issues which were specific to arbitration.

Mr Beaumont (United Kingdom) voiced his support for the comments of the Delegate of New Zealand. He clarified that his delegation's support for the deletion of Article 7 *d)* was not because of the change introduced to Article 7 *c)*, as these issues had always been covered, within the concepts of very serious injustice or public policy. The replacement of "very serious" by "manifest" in Article 7 *c)* did not reduce the level of seriousness of the "injustice" but only added the element of "clarity". Article 7 *d)* cases were truly exceptional including wars or earthquakes but if the provision was retained in addition to Article 7 *c)* there would be an implication that it covered something which was not within Article 7 *c)*. In the absence of any Article 7 *d)* issues which would not be covered by Article 7 *c)*, the former should be deleted.

The Chair asked if the Canadian delegation could accept that all Article 7 *d)* issues were covered by Article 7 *c)*. He remarked that the proposal of the delegation of the Russian Federation only sought to explain the nature of exceptional reasons although it did not actually refer to the term "exceptional".

Mrs Sabo (Canada) accepted that in many cases one could subsume Article 7 *d)* cases into Article 7 *c)*. She observed that the broader Article 7 *c)* was made the less precise it became. She argued that the Convention would be made less predictable if Article 7 *d)* were to be deleted.

Mr Wagner (Germany) noted that Working Document No 9 represented a package and did not introduce a change of policy. An example was if the chosen court no longer existed, however, even this would be covered by Article 7 *c)*. He stated that Working Document No 8 was too broad and, as the Chair had noted, it did not include the word "exceptional". It was essential for Article 7 to be a narrow exception.

Mr Inoue (Japan) agreed with the Delegate of New Zealand that the question of deletion was a drafting matter. There was

consensus that the situations referred to in paragraph 129 of the Explanatory Report should be covered. The problem was how to describe these things. He was reluctant to accept the forseeability test in Working Document No 8 because, as the Delegate of the United States of America had stated, it was inherently unpredictable. In this he referred to the case of *Hadley v. Baxendale*, which was well known to common law lawyers.

The Chair noted that the Commission was divided and asked if the Delegate of the Russian Federation had a proposal to amend Working Document No 8.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that when Article 7 *c)* had previously been discussed it had been said that the concepts of manifest injustice and public policy belonged to different systems of law and the wording agreed upon had sought to strike a balance between these concepts. He asked what should happen when the circumstances made an agreement incapable of performance. He noted that it had been suggested that such cases could be dealt with under the concept of manifest injustice in Article 7 *c)*. However, this concept was unknown in some legal systems; consequently he could not agree to the exclusion of Article 7 *d)* because situations where performance was impossible would not fall within the concept of public policy. In this he cited the example of *force majeure*. He reiterated that Working Document No 8 simply sought to clarify an uncertain term.

Mr Kuzmin (Russian Federation) gave an example of an agreement to submit to the jurisdiction of an admiralty court only for a change in the legal system to abolish such courts and give competence to courts of general jurisdiction. In such a situation one party might not want to go to the court of general jurisdiction and this would clearly not be a foreseeable event. He explained that this example would not come within the manifest injustice concept because the latter was result-orientated and there was no guarantee that the decision of the court of general jurisdiction would in fact lead to manifest injustice. He concluded that he did not want to see a broad meaning assigned to the concept of manifest injustice.

The Chair stated that this was an interesting point and that he now understood the issue of *force majeure* from the perspective of the delegation of the Russian Federation. He added that even if the Russian Federation did not currently recognise the concept of manifest injustice, it would have to once it became a Party to the Convention. He asked the Commission if there was agreement that the concept of manifest injustice did not cover the example which had just been given.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) thanked the delegation of the Russian Federation for their examples but stated that his position remained unchanged. He argued that Working Document No 8 was at the same time too broad and too restrictive. He explained that an unforeseeable change of circumstances was not in itself a justifiable reason to depart from the chosen court; at the same time even if there was forseeability it would be too much to expect parties to adhere to an agreement should there also be manifest injustice.

He added that even if the concept of manifest injustice was not recognised in the legal system of the Russian Federation the concepts of justice and injustice were. He explained that from his perspective the focus on manifest injustice did not mean something which was mainly result-orientated, rather it was the overall case and decision including procedural issues that mattered. It was not a result-orientated test because it did not appear in the same form in Article 9; otherwise the latter could open the door to the revision of the judgment delivered in the chosen State.

Ms Ferreira Correia (Portugal) understood some of the concerns raised by the delegation of the Russian Federation but stated that the issues remained the same. In this provision the issue related to taking a choice of court agreement out of the scope of the Convention. Everyone agreed that the issue therefore had to be treated with great care. She asked how a judge would interpret the inclusion of Article 7 *d)*, arguing that he would conclude that it enlarged the concept of manifest injustice. She stated that Article 7 *d)* could only deal with exceptional cases and in all but one of the examples cited these cases fell within the scope of the concept of manifest injustice.

The example given by the Russian Federation which did not fall within the scope of Article 7 *c)* concerned the chosen court no longer being in existence. However, she questioned if such a case would actually remain within the scope of the Convention at all. For this reason she stated that she was not in favour of Working Document No 8.

Mr Bennett (Australia) voiced his support for the retention of Article 7 *d)* but without the forseeability test. He stated that the concept of manifest injustice did not include *force majeure* and would not therefore cover the Fiji example given by Mr Goddard. He then gave an example where jurisdiction was given to an island State but at the time the proceedings were scheduled to take place it was not possible to fly to that island because of an airline pilot boycott. A *force majeure* provision would be needed to deal with such cases. He further stated that the foreseeability test would involve many difficult questions; how could a court have assessed the predictability of war in Iraq or the occurrence of the Asian Tsunami for example? There were many cases which would be neither foreseeable nor unforeseeable. Another objection was where it was not practical or possible to get to the chosen State, in such circumstances foreseeability had no relevance.

The Chair noted that this meant that the Australian delegation favoured the version of Article 7 *d)* as found in Working Document No 1.

Mr Markus (Switzerland) said he was grateful for all the examples that had been given but was still not sure that all cases would fall within Article 7 *c)* because the latter was result-orientated. He indicated that the Australian example where it was impossible to perform the agreement related to an issue of substantive validity.

Mr Sun (China) agreed with the Delegate of Australia that the concept of manifest injustice did not cover situations of *force majeure*. He added that there had to be a consensus whether or not to delete Article 7 *d)* and voiced his preference for the original text found in Working Document No 1.

Mr Goddard (New Zealand) again repeated that this was a drafting issue and that the Commission was trying to give effect to a policy on which there was common ground. He noted that there was little support for the reasonable foreseeability test and voiced his support for the comments expressed by the Delegate of Australia on this matter. He stated that the example given by the delegation of the Russian Federation of a court being abolished should not depend on reasonable foreseeability. He suggested that a Working Group might reflect on the words which would deal with all the concerns which had been formulated.

The Chair observed that it was an issue of subject matter jurisdiction if a court ceased to exist, and under Article 5(3) this was a matter for national law. The Convention could not provide protection in such circumstances and problems could arise if it sought to provide backdoor assistance through

Article 7. Giving an intermediate conclusion he noted that Working Document No 8 had generated sympathy but no significant support.

Mr Kosorukov (Russian Federation) noted that the Explanatory Report stated that *force majeure* circumstances such as war did not fall within the scope of the concept of manifest injustice. He explained that the foreseeability test had been introduced because of a concern many delegations had expressed, namely that the term "exceptional circumstances" was very broad and gave a wide discretion to courts. Working Document No 8 sought to limit the use of the provision. He acknowledged that it might produce harsh consequences for parties where there was foreseeability but it would prevent abuse and was therefore a logical addition to Article 7 *d)*. Nevertheless he concluded that he was prepared to be flexible and would welcome the formation of a Working Group to discuss the matter.

The Chair replied that he did not share the interpretation with regard to paragraph 129 of the Explanatory Report.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that one of the main issues was to clarify what the Report should say. It was not a good idea to include a provision which covered an issue that was dealt with elsewhere. He asked for specific details as to which *force majeure* cases were not covered in Article 7 *c)*. He noted that if a designated court no longer existed the contract would have no object and something to this effect could be included in a revised Article 7 *d)*. However, his view was that such an example would already be covered by Article 7 *c)* for it gave rise to a manifest injustice.

The Chair stated that all the examples cited by the delegation of the Russian Federation could be resolved otherwise than through Article 7 *d)*.

Mrs Sabo (Canada) indicated that the Commission did not need to consider nullity issues at this instance but pointed out that Article 7 *a)* did not cover any of the situations which were currently being discussed. She stated that a distinction was needed between Article 7 *c)* and *d)* because not all Article 7 *d)* cases were covered in Article 7 *c)*. She advocated that the original wording found in Working Document No 1 be retained.

The Chair summed up that the text proposed by the delegation of the Russian Federation was regarded as being too broad and did not refer to the element of exception. He recalled that the object of the rule was to be as narrow as possible and was related to situations regarding the functioning of a judicial system; it was not concerned with the performance of the contract itself. He recognised that Working Document No 8 did not intend to apply to the latter but this was a potential consequence of its drafting. He asked if the proponents of Working Document No 9 would be prepared to withdraw their proposal and accept Article 7 *d)* as found in Working Document No 1.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that it might be necessary to convene a Working Group to discuss the issue. However, he suggested that this could be avoided if the Commission could agree on a formulation inspired by language in Article II(3) of the New York Convention, namely that the agreement was incapable of being performed.

Mr Goddard (New Zealand) agreed that this could be a suitable middle road.

Mr Kovar (United States of America) stated that his delegation could accept this proposal.

Mr Kuzmin (Russian Federation) voiced his support for the suggestion made by Mr Tenreiro.

Mr Bennett (Australia) noted that there was a division between those delegations which wanted the original language of Article 7 *d)* and those which preferred a higher standard. He insisted that it was essential not to use language other than in its normal meaning. He suggested that an alternative way of breaking the impasse would be through using the expression "highly impracticable".

Mr Markus (Switzerland) also agreed that Article II(3) of the New York Convention would serve as a good model.

The Chair concluded that the existing text of Article 7 *d)* could be retained and the Drafting Committee would be invited to consider including some words either from the New York Convention or the proposal of the delegation of Australia. These alternatives were not significantly different; therefore it was justifiable for the Drafting Committee to settle the matter. Recognising that it was a delicate issue, he invited delegations to co-operate to see if any better formula could be found.

*Article 7 (*chapeau*)*

The Chair reminded the Commission that the remaining issues under Article 7 concerned the *chapeau* and paragraphs *a), b),* and *e)*. He noted that no formal proposal had been issued with regard to the *chapeau* but two alternatives were provided in Working Document No 1. He invited the Chairman of the Drafting Committee to give an explanation on this matter.

The Chairman of the Drafting Committee explained that the alternative put forward by the Drafting Committee was to ensure parallelism with the wording in Article 5(1) and to make clear that the provision included cases of assignment and succession. The old wording which started by referring to the parties to the proceedings having entered into the agreement could have been interpreted as being incapable of application to cases of succession and assignment.

The Chair noted that in the absence of any opposition the Drafting Committee's alternative with regard to the *chapeau* of Article 7 had been adopted.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) intervened to seek clarification that all delegations had the same interpretation with regard to the *chapeau*. His understanding was that it did not give a court jurisdiction, rather it simply allowed a court to exercise any jurisdiction it might have in certain circumstances notwithstanding the existence of a choice of court agreement. Furthermore courts were not obliged to apply this provision for the Convention could be applied in a more strict way. In particular he remarked that European Community rules were very favourable to choice of court agreements and that these would take precedence in such instances.

The Chair stated that this was the interpretation that had always been given to this provision.

Mr Sun (China) asked if there was any difference in the reference to *any* court or *the* court as found in the two variants of the *chapeau*.

The Chair indicated that this was for the Drafting Committee to consider.

Article 7 a)

Mr Imai (Japan) apologised for several minor mistakes in the presentation of Working Document No 13. He explained that after the word "suspend", the words "or dismiss" should be added. Furthermore the underlining should not begin with the word "void".

He went on to say that further to paragraph 125 of the Explanatory Report, the proposal sought to clarify the interrelationship of Article 7 *a)* and *b)* with Article 5(1). This was required because there was not an exact correlation between Article 7 *a)* and Article 5(1) for the issue of incapacity was not referred to in Article 7 *a)* but in Article 7 *b)*. To illustrate his concerns, he gave an example in which A and B entered into a contract which designated a court in State X as the chosen court. The chosen court then decided that A lacked capacity under the law of State X under Article 5(1). Proceedings were then brought in State Y. The court in State Y then decided that A did not lack capacity under the law of that State. In such circumstances, which court should hear the case? He argued that incapacity should always be dealt with under the law of the State of the chosen court, but reiterated that the inclusion of the expression "on any ground" was not meant to deal with matters of formal validity which were of course to be treated in accordance with Article 3 *c)*.

The Chair agreed that issues of formal validity and the role of Article 3 *c)* had indeed to be taken into account in this context. He suggested that it was for the Drafting Committee whether clarification to this effect had to be included within Article 7 *a)*. The more important issue was whether incapacity was already included within Article 7 *a)* or whether express reference had to be made to it there. He remarked that there were two systems of law which came into play: the law of the State of the chosen court and the law of the State of the court seised.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) noted that this issue had been raised by the Japanese delegation at the last meeting and the response agreed to was that the issue would be clarified in the Explanatory Report. He stated that he had no substantive difficulties with the first element of the proposal but suggested that a more appropriate response might be to remove the expression "on any ground" and replace it with the expression "including on grounds of incapacity".

The Chair asked if the Japanese delegation would accept this proposal.

Mr Inoue (Japan) stated that in principle he would like to agree but would first have to consult with the other members of his delegation.

Mr Kovar (United States of America) indicated that the existing text led to the outcome desired by the proposal of the delegation of Japan. He stated that he had no problem with the substance of the proposed amendment but found it to be an example of over-drafting which would make the Convention look unduly complicated. He reminded delegates of the importance of making the Convention accessible to ordinary users and suggested that if the existing draft had to be changed; this should be done in the context of Article 7 *b)* with the deletion of the phrase "under the law of the State of the court seised". This would have the advantage of reducing the number of words in the Convention.

Mr Goddard (New Zealand) noted that there was consensus on the policy issue, namely that where it was found that an agreement was null and void, this included invalidity on grounds of incapacity. He also drew attention to the connection of this issue with Articles 5(1) and 9(1) *a)*. This meant that the proposed change would also have to be added to these provisions otherwise one would be given the impression that the latter did not extend to issues of incapacity. This would of course lead to an exceptionally heavy text. He further added that the suggestion by the United States delegation would also have consequences for Articles 5(1) and 9(1) *a)* and that the deletion of the choice of law rule solely in Article 7 *b)* could lead to uncertainty. Faced with these considerations his preference was to maintain the existing text.

Mr Hartley (co-Reporter) confirmed that there was agreement on the policy, namely that with regard to Articles 7 and 9 the reference to "null and void" should incorporate incapacity. He noted that the situation in Article 5 was different as it was the chosen court which was concerned. He recommended that the text be left unchanged and the matter be clarified in the Explanatory Report.

The Chair added that the issue would also be recorded in the minutes of the meeting. He asked if this was now satisfactory for the Japanese delegation.

Mr Inoue (Japan) accepted the suggestion made by Mr Tenreiro and agreed with Mr Goddard that the suggestion by the United States delegation with regard to Article 7 *b)* could cause confusion. He thanked Mr Hartley for his clarification. On this basis the delegation of Japan withdrew the proposal in Working Document No 13 with regard to Article 7 *a)*.

Article 7 e)

The Chair invited the Commission to move to the consideration of Article 7 *e)*. He noted that there were three relevant Working Documents (Work. Doc. Nos 8, 10 and 13).

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that the delegation of the Russian Federation advocated the removal of the square brackets so that there would be a parallelism between Article 7 *e)* and Article 5(3). However, on reflection he had also decided to support the additional step proposed in Working Document No 13 to refer to Article 5(3) generally.

The Chair noted that if the proposal of the delegation of Japan in Working Document No 13 was accepted, the proposal of the delegation of the Russian Federation in Working Document No 8 would be withdrawn.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that his preferred solution would have been to delete all of the words contained within the square brackets for in his view these went too far. Nevertheless the Member States of the European Community had reached a compromise position and were prepared to accept the inclusion of the words in square brackets provided the parties to the agreement consented to the transfer. He explained that if parties to an agreement decided to designate a court in New York as the competent court, they would only want any litigation to be heard there. It would be too much if in certain circumstances the New York court might decide to transfer the case to California. However, it would be completely unacceptable if in such circumstances a party who did not support the transfer would be obliged to participate in the Californian proceedings. It would also be unacceptable if that party were to be prevented from seising any other court. In reality, this would be like a non-exclusive jurisdiction agreement. He argued that in this example, whilst the case could be sent to California, it would have to fall outside the scope of the Convention. He stated that a consent requirement would be a good compromise to overcome the difficulties associated with internal transfer rules. He accepted that there were arguments to the effect

that where one chose a court one also chose a legal system, however he did not agree with these. He drew attention to the fact that many contracts were in essence non-negotiated and as a consequence many choice of court agreements were in fact imposed on the weaker party.

Mr Goddard (New Zealand) stated he agreed with most of what had been said by Mr Tenreiro. He noted that he had initially favoured just deleting the words in square brackets given the Convention was focused on the principle of party autonomy. He accepted though that the Convention should not override domestic rules on the transfer of jurisdiction but at the same time he thought that where a transfer was made effect was not being given to the actual choice made by the parties. He conceded that he had had difficulties with this issue and had changed his view over the course of the negotiations on the judgments project. He was now convinced that the Convention should not put an agreement into the mouths of the parties which they had not made. He offered an example whereby a New Zealand company and an Australian company had entered into a choice of court agreement in favour of the courts of New South Wales. Under Australian legislation it was possible for there to be a transfer to another Australian jurisdiction. The New Zealand company then initiated proceedings, and in accordance with the agreement brought an action in New South Wales. The Australian defendant succeeded in securing a transfer to the Northern Territories. The New Zealand company, however, decided that it did not wish to litigate there. In such a case it should be able to discontinue proceedings and litigate elsewhere under residual rules of jurisdiction. Mr Goddard argued that the Convention should not provide that whatever the transfer rules the parties' agreement should be interpreted as extending to that. He stated that the proposal in Working Document No 10 sought to find a viable middle ground.

Mr Goddard further noted that he was prepared to accept the proposal of the delegation of Japan incorporating all of Article 5(3), provided there was consent by the parties.

Mr Imai (Japan) stated that Working Document No 13 sought to delete the square brackets but also to extend the provision to Article 5(3) as a whole. This was because Article 5(3) *a)* and Article 5(3) *b)* dealt with almost identical situations.

The Chair indicated that in his opinion there was a difference in the two elements of Article 5(3). Article 5(3) *a)* implied a change to satisfy internal rules on subject matter jurisdiction whilst Article 5(3) *b)* implied a transfer to a court in a different geographical location.

Mr Markus (Switzerland) recorded that he had always been reluctant with regard to Article 5(3) *b)* but he recognised that a compromise solution needed to be found. He wished to secure a system which allowed for a transfer of jurisdiction within a country yet still respected the will of the parties, which was the core issue in the Convention.

Mr Kovar (United States of America) appreciated the difficulties that certain delegations had with regard to internal transfer rules. He stated that the proposal of the delegation of Japan was a sensible one for if transfer rules were to be recognised in Articles 7 and 9 then all such rules identified under Article 5(3) needed to be included. He argued that there was a danger of over-drafting in Working Document No 10, which could lead to problems in the application of the Convention. In the context of Article 5 there had been a compromise making it clear that internal transfers would only occur in exceptional cases, so the example offered by the Delegate of New Zealand could not occur in the way he had suggested. The policy for judges would be clear, namely that choice of court agreements were to be upheld, consequently this issue only concerned a very small category of cases. Furthermore he drew attention to the potential harm to plaintiffs if the words in square brackets were not incorporated, as otherwise defendants might seek to subvert the choice that had been made and this could lead to competing proceedings. His preference was to incorporate the words within square brackets into the text and to expand them to cover both elements of Article 5(3).

Mr Kosorukov (Russian Federation) thanked the Delegate of the United States of America for his support. He noted that it was impossible under the law of his State to force jurisdiction on a court which was not competent to hear the matter. Nevertheless, because of the agreement reached on Article 5, it was necessary to amend Article 7 *e)*. He added that unlike the Delegate of the United States of America he was not persuaded that a transfer could only be made in exceptional circumstances under Article 5(3). His understanding was that a transfer would be made whenever that was required under the internal rules of the State concerned.

Ms Schulz (First Secretary) noted that the Delegate of Japan, in his presentation of Working Document No 13, implied that Article 5(3) *a)* could lead to a transfer of jurisdiction. She explained, however, that under some laws if the designated court did not have subject matter jurisdiction then instead of there being a transfer to the competent court the agreement would simply be declared void.

Mr Inoue (Japan) thanked Ms Schulz for her clarification. He stated that if there was a transfer it should be covered by the Convention but clearly if an agreement was declared void it should not. He reiterated that the expansion to refer to both elements of Article 5(3) would not give rise to any difficulties. He added that there were practical problems associated with Working Document No 10. If, for example, an agreement designated the Osaka District Court but this court did not have subject matter jurisdiction and the case was transferred to the Tokyo District Court, this transfer would be mandatory and the parties would have no opportunity to consent or not. Working Document No 10 would require an amendment to internal procedural rules which would be costly and against the spirit of Article 14. He further asked why a distinction would be needed between the original agreement and this new consent.

Mr Goddard (New Zealand) stated that the allegation of over-drafting in Working Document No 10 was somewhat harsh because once an exception was included it had to be clarified. He added that there was no restriction in the use of Article 5(3) *b)*, unlike in Article 5(3) *a)*. He reiterated his support for a consent requirement, arguing that otherwise a procedural accident could enlarge the scope of the parties' agreement. If party A went to an Article 7 court and stated that the court designated in the agreement had no subject matter jurisdiction, then the Article 7 court could hear the case. However, if A had gone to the chosen court and it made a transfer to a different court, the result could be completely different. The suggestion of the Delegate of the United States of America that defendants could subvert the choice which had been made to bring competing proceedings was not a valid one because this issue could be dealt with by *forum non conveniens* rules or *lis alibi pendens* rules. He concluded that different approaches with regard to transfers made it even more appropriate to have a mechanism to obtain consent.

The Chair asked what the practical implications of the consent requirement would be. He suggested that this could give rise to uncertainty. He further drew attention to the issue

of implied consent to transfer, where a particular category of courts had been chosen.

Mr Goddard (New Zealand) stated that an agreement could be drafted in such a way to take into account the possibility of a transfer within a particular category of courts. However, he stated that if a specific court had been chosen, the Convention should not then be able to imply a broader choice.

Mr Sun (China) voiced his support for Working Document No 13 and the comments of the Delegates of the United States of America and the Russian Federation. He stated that consent was not necessary as Article 7 was only concerned with the jurisdiction of a State.

Mme Sabo (Canada) exprime son soutien à la proposition formulée par la délégation du Japon, également soutenue par la délégation de la Fédération de Russie.

As to the issue of consent, Mrs Sabo noted that the European Community had made a significant effort to find a compromise proposal. However, she recommended that there be more discussions on this issue.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that if the proposal of the delegation of Japan were accepted it would mean that a non-European company would have certainty when choosing a court in a European Community Member State, because most Member States did not have rules on the transfer of jurisdiction. However European companies would never be sure where their cases would end up. He stated that this was discrimination at the level of international trade.

Responding to the Delegate of the United States of America, he stated that if these cases were, as alleged, truly exceptional then there was no need to be concerned with possible procedural manoeuvres. If a Californian company and a European company agreed on jurisdiction being given to New York courts but the Californian company then brought proceedings in Los Angeles, the Los Angeles court should dismiss the action. However, if the Californian company respected the agreement and brought proceedings in New York it could then ask for a transfer to California and the case would remain in the scope of the Convention. He stated that it was essential that the aims of the Conventions not be circumvented. He added that the Japanese concerns as to the modalities of the consent requirement were not real because the issue was between the parties; the court ruling on consent was not the court hearing the case.

Ms Ferreira Correia (Portugal) clarified that Article 7 *e)* had to be read in the light of the agreement which had been made. If an agreement gave jurisdiction to Portuguese courts in general and a transfer subsequently occurred, the transferee court would surely be recognised as being the chosen court. The situation would of course be different where a specific court was designated and this was where the issue in Article 7 *e)* was pertinent.

The Chair questioned if Article 7 *e)* should apply, if an agreement specified jurisdiction to be given to a specific court and the parties knew there was a transfer of jurisdiction system.

Mr Wagner (Germany) noted that contracting parties would not always be able to know the precise rules on the transfer of jurisdiction within a State. Consequently the Convention had to deal with the matter even if the number of cases concerned would be limited. European Community States and New Zealand had made a big effort to find a way out and Working Document No 10 was the only compromise solution on the table. A consent requirement might be new but it was not too much or too complicated. It would simply be a matter of proof whether or not there was consent and this would not necessitate a change of internal law rules.

Mr Markus (Switzerland) expressed his support for Working Document No 10. He stated that the issue of consent should not give rise to problems because it was a posterior agreement to what the chosen court had done. He suggested that in the English text the word "consent" might be changed to "agreement" in order to provide clarification on this point.

The Chair noted that in the French version the word "accord" was indeed closer to "agreement" than "consent".

Mr Hartley (co-Reporter), responding to the intervention of the Delegate of Portugal, stated that in the case where an agreement designated the courts of Portugal and the plaintiff brought proceedings in Lisbon, if the defendant secured a transfer to Porto, the latter court would still be classified as the chosen court. However, if an agreement were to specify the Federal District Court for the Southern District of New York and proceedings were to be brought in California, then the problem envisaged in Article 7 *e)* would arise. If an agreement were to designate the state courts in a particular state of the United States of America, then proceedings pursuant to the agreement would be limited to the state courts. He explained that Working Document No 10 was only concerned with the situation where a non-chosen court might hear the case.

Mr Kovar (United States of America) clarified that if an agreement specified the courts of New York it could be permitted under the agreement to move between the state and federal jurisdictions in that territorial unit.

Mr Hartley (co-Reporter) pointed out that he had referred to an agreement that specified the state courts of a particular state in the United States of America. However, he drew attention to the existence of a federal court decision which provided that where a choice of court agreement referred to "the courts of Texas", that meant the state courts of Texas and not the federal courts sitting in Texas (*Dixon* v. *TSE International, Inc.*, 330 F. 3d 396 (Fifth cir., 2003).

Mr Goddard (New Zealand) suggested that one way out of the present impasse might be to state in Article 7 *e)* that the transfer had to be within the reasonable contemplation of the parties. However this would bring significant complication and showed moreover why the words within square brackets in Article 7 *e)* were so complicated and controversial. He suggested that an acceptable middle ground might be to combine the two alternatives, namely by incorporating both elements of Article 5(3) within Article 7 *e)* and introducing a consent requirement. He stated that the incorporation of Article 5(3) *a)* would be a significant concession for the proponents of Working Document No 10.

The Chair concluded that agreement was not yet possible and further thought was needed. He invited delegates to try and make progress on an informal basis. He reminded the Commission that consideration still had to be given to Article 9(1 *bis*), Article 8 and the rest of Article 9 and stressed that delegations should not seek perfection.

The meeting was closed at 1.25 p.m.

Procès-verbal No 9
Minutes No 9

Séance du lundi 20 juin 2005 (matin)

Meeting of Monday 20 June 2005 (morning)

The meeting was opened at 9.40 a.m. under the chairmanship of Mr Bucher (Switzerland) with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

The Chair stated that the delegates would find Working Document No 28 (on the creation of the system of declarations in relation to non-exclusive choice of court agreements) and Working Document No 29 before them. He proposed that discussion on Working Document No 28 be taken up after the discussion on Articles 9 and 11. He also suggested to delegations that if they wished to produce a working document covering more than one Article, it would be preferable for more than one document to be produced and each Article to be covered in a separate working document.

Article 7

The Chair said that the debate on Saturday morning had focussed on Article 7 and that there were two questions left on this Article to be discussed. The first was on Article 7 *e)*. He noted that no agreement had been reached on this provision but that work had been started. He advised that constructive work was underway and that a document would soon be produced. He would, therefore, put off any discussion on this until this document was available.

The second issue left open on Article 7 was that in relation to Working Document No 27, which had not yet been addressed. He said that this was a proposal of the delegation of the Russian Federation. He said that he thought that this proposal was related to Working Document No 8. This proposal provided that the court not chosen, but seised, could accept jurisdiction. He explained that this proposal had been extensively discussed and that the discussion had moved on. The Commission had accepted Article 20, and had then returned to Working Document No 8. The Commission, in light of what had been decided, had dismissed that document. The Chair said that Working Document No 27 was on the same matter. He asked the Delegate of the Russian Federation if he could confirm that this issue had already been decided.

Mr Kosorukov (Russian Federation) said that Working Document No 27 did not concern exclusive jurisdiction, which was the term that was discussed when the Commission discussed Articles 5, 7 and 20, and which may have been viewed then by some delegations as a term not commonly used. Although he did not share that particular view, the proposal in Working Document No 27 did use a different concept, namely that of imperative rules of internal law. He explained that this proposal related to the imperative norms of internal law, not necessarily exclusive jurisdiction. He realised that this term may entertain some misunderstandings and might be thought not to be commonly used. He stated, however, that he did not share that view. He explained that this proposal could apply to any system of law. It was directly related to the proposal on Article 9 (Work. Doc. No 26). He said that he was trying to make the point that Articles 7 and 9 were directly related, that it was not possible to adopt a provision in Article 9 without there being a mirror provision in Article 7. He stated that a provision on imperative law must appear in Article 9.

The Chair said that Article 9 would be dealt with later.

He said that Working Document No 27 did use different wording, in order to protect imperative rules, *i.e.*, rules on jurisdiction. He expressed regret that the matter had been discussed and decided, referring to Working Document No 7. He said that this proposal had the same purpose, and that the Commission had decided that the proposal was much too broad. He stressed that the agenda must be adhered to and that this matter had already been discussed and decided. It would be possible to come back to the point on the second reading if the delegation had sufficient support for this. The Chair asked the delegation of the Russian Federation if it was prepared to withdraw its proposal in respect of this first reading.

Mr Kosorukov (Russian Federation) said that he still thought that this was a different issue. This was not about jurisdiction. He said that he did not have the intention of holding up the work of the Commission, but he was hard pressed to withdraw this proposal.

The Chair noted that the proposal had been dropped and the Commission would move on.

He said that the discussion would move on to Article 5(2). He referred to Working Document No 2. He said that after the discussion on this matter and the proposal of the delegation of the Russian Federation, which the Commission was reluctant to accept, the decision was now made to wait until Article 7 and Article 20 had been discussed before returning to this issue. He said that if this issue were still coherent with the decisions already taken, then this proposal would be discussed. He suggested that it was not as if no provision specifically concerning exclusive jurisdiction had been adopted. He asked the delegation of the Russian Federation if they still wished their proposal to be considered.

Mr Kosorukov (Russian Federation) explained that as mentioned, the proposals on Articles 7 and 9 form part of a unified system, which also relates to Article 5. He, therefore, thought that this wording needed to be retained in Article 5(2).

The Chair agreed that these three provisions do go together, but stated that these other proposals had not been adopted. He asked if anyone was opposed to not carrying on with the proposal in Working Document No 3. No one intervened. The Chair then stated that this proposal would not be carried on.

The Chair added that in relation to Article 7 he hoped soon for a document on the transfer of jurisdiction.

Article 8

The Chair introduced Article 8, noting that there were no working documents on this Article. He commented that the matter had been extensively discussed and appeared in the Explanatory Report.

Mr Sun (China) said that he had a minor proposal for Article 8. He wanted the Article to clearly reflect what the Article is trying to say. He wanted to add the words "and dismiss". He explained that this was a minor addition. He did not think that the change would affect any policy issues.

Procès-verbal/Minutes No 9

The Chair stated that he would repeat the intervention of the Delegate of China. He clarified that at the end of the second sentence the provision would read, "(...) should grant or dismiss such measures." He said that he wanted to be clear how the proposal should be read.

Mr Sun (China) said that he would also add in the second line "(...) precludes the grant or dismissal of interim measures".

Le Président remarque que, formulée en français, la proposition soumise par la délégation de la Chine conduirait à ajouter dans la deuxième phrase le mot «rejet» après les mots «n'exige ni n'empêche l'octroi».

Mr Sun (China) said that he would like these words added in both places, to make the provision clear.

The Chair noted that there was a problem of language here, as a party cannot request a dismissal. He said that this would be something for the Drafting Committee to deal with.

Mr Hartley (co-Reporter) said that with all due respect for the delegation of China, this proposal was unnecessary. If the Convention did not preclude or require the grant of interim measures, it could not require or preclude their dismissal. He said that it was clear that grant included dismissal. He added that it also sounded clumsy to put these words in. He said that this was something that he could clarify in the Explanatory Report.

Mr Sun (China) thanked Mr Hartley for his comments. He noted, however, that some wording in Article 8 really explained nothing. He wanted it to be clear for delegations that "grant" included "dismissal".

Ms Schulz (First Secretary) said that she had a small issue for which she sought clarification. She asked Mr Sun whether he meant dismissal, in the sense that a court refuses to grant a measure, or, whether as it appeared from his first intervention, he meant it in the sense that the court can put an end to such measures. She said that if the latter was the case, she was not sure that his words expressed this.

Mr Sun (China) agreed with Ms Schulz.

The Chair confirmed that Mr Sun wanted more words added. He asked if it would give the delegation satisfaction if this were stated clearly in the Explanatory Report and in the minutes, because the Chair was not sure that there was support for amending the Article.

Mr Sun (China) stated that he still wanted to put a written proposal before the Commission on this. It was not enough to just have this noted in the Explanatory Report.

The Chair thanked Mr Sun for his interventions. He said that to some extent this was a drafting issue, but that it was necessary that there was a feeling that the Commission wanted this.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said that, from the explanations given and the reaction of Mr Hartley, this was not a difficult matter in its substance. He suggested that, therefore, the Drafting Committee could try to find some proper wording to reflect this. He stated that he did not see that there was a real dispute on this.

The Chair asked Mr Musger whether the Drafting Committee could do this.

The Chairman of the Drafting Committee replied that it could. He went on to say that Article 8 is very strict and very clear. What follows after the first sentence is an explanation of the rule. He said that if more words were put into the explanation then there would be more questions about what is not in the explanation. He said now the words "dismiss" and "annulment" were included, would other delegations not ask for other words?

Mr Musger explained that the important part of the provision was the first sentence ("Interim measures of protection are not governed by the Convention"). He thought that this part of the provision was clear and that there was no need for further explanation.

The Chair stated that Mr Musger was saying that the first sentence was a rule, and the rest of the provision was largely redundant.

Mr Kuzmin (Russian Federation) said that he supported the arguments put forward by the Chairman of the Drafting Committee. He said that any addition might lead to confusion and misinterpretation. The phrase as it stands is clear and he would prefer to keep it. However, if other delegations want to change it he would be agreeable to this.

The Chair said that the policy was clear. He asked whether the general view was whether this needed to be explicit in the Convention as well as in the Explanatory Report. He asked whether the delegation of China would accept keeping Article 8 as it is, following these discussions.

Mr Sun (China) replied that since the issue was not being disputed, maybe the second sentence could be deleted totally. He also stated that he wanted to insist on adding this phrase and was ready to work on other delegations' additions too.

The Chair clarified that Mr Sun had proposed to either delete the second sentence or add words to the provision.

Mr Kovar (United States of America) said that he thought that it was clear and implicit that the term "dismissal" was included in the term "grant". He said that he had no objection to adding words to the Article, although he was of the view that it would not lead to nice English. He did, however, object to deleting the second sentence.

The Chair proposed taking the proposal of the delegation of China and dealing with it in a favourable way. He stated that it was purely a matter of drafting. He suggested concentrating on drafting, and leaving this for the Drafting Committee. In the meantime he suggested that the delegation of China also think about the drafting and whether the word "dismissal" was the right one to use.

The Chair then stated that Article 8 was adopted, with a reservation in respect of this drafting issue.

Mr Kovar (United States of America) said that he wanted to make a point of clarification for the final Explanatory Report. He felt that there was ambiguity in the Explanatory Report on the Preliminary Draft Convention about the role of Article 8 in respect of anti-suit injunctions. He commented that Article 8 did not say anything about whether parties can bring an anti-suit injunction. In the previous Explanatory Report, however, it was suggested that the Convention prevented parties bringing anti-suit injunctions in certain circumstances. Mr Kovar then made reference to paragraphs 121 and 131 of the Explanatory Report. He said that it seemed to make distinctions between whether parties were permitted to bring an anti-suit injunction and whether procedurally it was possible.

Mr Hartley (co-Reporter) said that he was not sure that he had understood the point. He said that he assumed that it

was wrong to bring an anti-suit injunction to prevent parties bringing proceedings in the chosen court.

The Chair said that he would encourage Mr Kovar to speak to the co-Reporters outside the Plenary to deal with such matters.

Mr Beaumont (United Kingdom) commented that what was said here in the meeting would be for the formal record and that it was necessary to understand what the point of the delegation of the United States of America was. He said that he thought that he had understood the point being made by the delegation of the United States of America; there was a difference between the process and the outcome. He also noted that there was nothing in Article 8 that dealt with anti-suit injunctions. He said that anti-suit injunctions were really equivalent to an Article 7 case. Trying to seise another court and say that a party cannot sue in the chosen court would be regulated in substance by Article 7. On the other hand, where someone wanted to uphold a choice of court agreement and prevent someone suing elsewhere, one would assume that the court that grants the anti-suit injunction would be free on the face of the Convention to do whatever it liked. It would not be governed by Article 7 in that context. He concluded that it was important that this point was understood.

Mr Hartley (co-Reporter) wished to clarify whether the delegation of the United States of America agreed with what had been said by Mr Beaumont. He noted that this was the case.

The Chair said that the question was whether the Commission agreed.

Mr Hartley (co-Reporter) asked whether the Commission did agree.

Mr Musger (Austria) said that this was an important point. He noted that it had been discussed previously, and it had been decided that this would not be raised in the text of the Convention but rather in the Explanatory Report. His understanding was that anti-suit injunctions (except when intended to "protect" the jurisdiction of the chosen court) undermined the aim of the Convention and should not be possible at all. If this were not the case, he said that clarification was needed.

Mr Bennett (Australia) explained that there would be cases where an anti-suit injunction vindicates the rule under the Convention and cases where it will cause the contrary result. He said that the Convention would dictate the result, but not the process. He said that if this was agreed there would be no need to mention anti-suit injunctions in the Convention. He said, however, that if the Commission wanted this to be certain, then it would require a paragraph saying that the Convention did not prohibit anti-suit injunctions, but that the outcome should be in line with the outcome of Convention rules. He suggested that this was the route to take if people were really concerned, but he thought that what had been said was sufficient.

The Chair noted that it was difficult to draft such a rule. It would be necessary to distinguish between good and bad anti-suit injunctions. To make appropriate distinctions in an Article would be difficult. He did not deny the interest of discussion on this, but thought that the discussion should move on. He stated that the co-Reporters would make what had been said on this clear, and that there would also be a process for commenting on the Explanatory Report.

Article 9

The Chair then said that the discussion would move on to Article 9. He said that the Article would be taken in pieces. He thought that the best way to proceed was to consider the Article paragraph by paragraph. He said that one matter would need special attention – consideration of Article 9(1) *f)* in connection with Article 11. He said that a presentation had been prepared, and that the issue would be tackled at the appropriate time. He suggested delaying discussion on Article 9(1) *f)* until Article 11 was discussed, and finishing discussions on Article 9 before returning to this issue.

He invited the delegates to discuss Article 9(1), the *chapeau* of the Article. He noted that there had been no proposal on this paragraph, and asked if there were any observations that delegates wished to make.

Mr Kovar (United States of America) said that if Article 9 were eventually accepted, the Drafting Committee might want to see that its *chapeau* matched that of Article 11. He said that he liked the *chapeau* in Article 11. He added that this was only a drafting suggestion.

The Chair said that if Article 11 were adopted then the meeting should look at the effect of Article 11 on other provisions, and that this could include the *chapeau* of Article 9.

He said that the notion of judgment in Article 9(1) was related to that in Article 4(1), acknowledging that this would be discussed later in the agenda.

He noted that Article 9(1) was adopted.

The Chair then invited the Commission to consider Article 9(1) *a)*, on which no proposal had been made. He noted that there was a proposal in Working Document No 26 connected to this matter and proposing to add an Article *a bis)*. The Chair suggested discussing Article 9(1) *a bis)* with Article 9(1) *a)*.

Mr Kosorukov (Russian Federation) said that the proposal of the delegation of the Russian Federation was to insert a provision, which would prevent the recognition and enforcement of judgments if the subject matter of the proceedings could not be the subject of an exclusive choice of court agreement under the law of the requested State. The purpose of this was to protect the imperative rules of the requested State. He said that for his delegation this was a matter of great significance, and it should be reflected in Article 9. He explained that where a State is requested to recognise a foreign judgment the Convention should not deny rules of a State, which the State feels are a necessary limit on the recognition of foreign judgments. He said that this rule was common to international agreements, and he made reference to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. He went on to explain that this provision had connections to Articles 5 and 7, but that regardless of the decisions on those Articles this provision needed to be present here because recognition and enforcement is so important. He said that he was also proposing mirroring provisions in Articles 7 and 9. Mr Kosorukov said he considered that Article 9 was a separate issue. It was at the same time separate and intertwined with previous Articles. He said that while it may appear that the decisions on previous Articles may preclude this proposal they did not, as this was about recognition and enforcement.

Mr Kuzmin (Russian Federation) said that this proposal followed the logic of the system of declarations that was agreed upon. The proposal would help a requesting State to apply this provision where the chosen court issued a decision on the merits. He stated that this provision was critical for the delegation of the Russian Federation. He expressed fear that there was no room for flexibility.

Procès-verbal/Minutes No 9

Mr Parker (United Kingdom) asked if the delegation of the Russian Federation could explain why its concerns were not covered by Article 20.

Mr Kosorukov (Russian Federation) said that he felt that this was a necessary addition to the declaration system. He said that Article 20 was a possible way, but that it was the least acceptable way. He preferred not to be required to apply that system, but would rather insert provisions that are critical for recognition and enforcement into the Convention itself. He believed that the declaration system could not resolve all the issues, particularly in relation to the nature of the procedure. He gave as an example the three-month period before entry into force of a declaration. He thought that this was a limitation. He said that in order to avoid the troubles caused by the declaration system this provision should be inserted into the text of the Convention.

The Chair invited the delegation of the Russian Federation to explain why Article 20 was not satisfactory. He commented that a partial response to this question had been received (mentioning procedural problems and the three month period). He said that the Commission had adopted Article 20, subject to returning to it when considering Article 16 and the transitional provisions. He said that it was important that the declaration system should work. He said that he understood that the delegation of the Russian Federation had problems with it that need addressing and that should be resolved. He commented that this was not an obstacle.

The Chair said that the delegation of the Russian Federation talked of imperative grounds of jurisdiction that preclude choice of court agreements. He said that he had not received a complete response on why the declaration system did not address this issue.

Mr Kuzmin (Russian Federation) said that his State made declarations when it wished for some matters to be excluded from the scope of the Convention . He said that this provision concerned a procedural aspect (to be able to refuse to recognise and enforce a judgment) where the court chosen had disregarded a declaration or had no knowledge of it, and so subsequently gave a decision on the merits. He explained that this provision enabled a court to refuse to recognise a judgment of the chosen court given contrary to a declaration.

The Chair said that this issue must be clear. He said that the Delegate of the Russian Federation had given as an example the case where a declaration had been made. He acknowledged that this case might arise. However, in his view as he read Article 20(1), the fact of having made a declaration would allow a State not to enforce such a judgment. He said that he understood the concerns of the delegation of the Russian Federation, but wondered if this provision was needed when a State has made a declaration.

Mr Kuzmin (Russian Federation) replied that decisions on the merits might cover aspects beyond those that the declaration covered.

The Chair acknowledged that this might be, but rules of the Convention provided for that circumstance.

Mr Kosorukov (Russian Federation) said that there were seven sub-paragraphs to Article 9(1), all of which were inserted for good reasons – because they related to matters that are of specific importance. These matters were not to be dealt with by the declaration system, which was a system of last resort. He commented that the declaration system did not solve all the problems (*e.g.*, Articles 2(2), 7, or 9).

He stated that this provision related to imperative rules that do not necessarily relate to jurisdiction, and it was something that should be respected by the Convention. He concluded by saying that this provision was needed in addition to Article 20.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said that he fully understood the concerns of the delegation of the Russian Federation, but that he thought that the proposed provision would have very negative effects on the Convention. He stated that there were provisions within the Convention to deal with this problem. He said that this proposal again raised the issue of transparency.

He asked what the proposal really meant. He thought that other provisions within the Convention might be of help to the Russian Federation on this matter. He said, firstly, that the procedural problem should not exist. He explained that it went without saying that if a declaration is made at the time of ratification, then the entry into force of the declaration would be simultaneous with the entry into force of the Convention for that State. Therefore, the State would never be bound to recognise or enforce these types of judgments.

Secondly, Mr Tenreiro stated that Article 20 dealt with the concerns of the delegation of the Russian Federation, precisely because the Commission did not retain the wording proposed by that delegation. He explained that Article 20 talked about subject matter. It might very well be used to exclude matters where under national law there cannot be a choice of court agreement. Article 20 did not forbid other courts taking jurisdiction over matters on which a declaration existed, but it meant that the declaring State could also take jurisdiction and that there was no obligation on this State to recognise or enforce a judgment of another court on this subject matter. He said that, therefore, Article 20 fully responded to the concerns of the delegation of the Russian Federation. The only thing that delegations could additionally ask for would be for Article 20 to also imply an exclusion of application of Article 5, *i.e.*, the obligation to take jurisdiction.

Mr Tenreiro thought that Article 20 fully answered the difficulties of the delegation of the Russian Federation. He recognised the wish to exclude cases where all parties are situated in the Russian Federation and the dispute concerns enterprises of that State, and national law forbids the court of another State to be chosen. He understood that this may be a problem for the Russian Federation. However, Article 19 deals with this problem. A State can make a declaration to exclude recognition for matters, which are purely internal to the requested State.

He thought that maybe this explanation might convince the delegation of the Russian Federation to leave the Convention as it was.

Mr Kovar (United States of America) agreed that Article 20, as drafted, would cover these cases included under the proposal for Article 9. He agreed that the declaration system had drawbacks, for example, the timing issues. However, Article 20 had the advantage of transparency and reciprocity, although he did recognise that transparency could have political consequences. He said that the proposal made, if accepted, would also have to be accepted for Article 7. In his view, however, the point of Article 20 was that it covered both these cases.

Mr Kovar said that his delegation could live with this rule in the Convention, noting that the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards contains a similar provision. He said that if this rule

were adopted then the Convention as a whole should be simplified, and the exceptions in Article 2 should be deleted.

He commented that the success of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards was its simplicity. He stated that if this exception were to be accepted he would say that there would be drafting consequences for the whole Convention. He added that in the view of his delegation this would be a positive step.

The Chair stated that it had always been the view of the Special Commission not to take that route. This approach had been clearly and firmly rejected.

Mr Malynovsky (Ukraine) stated that Article 9(1) *a bis)* was an important provision. She said that she would feel more comfortable with this kind of rule in the Convention. She wished to state, however, that her position was quite flexible at the same time, and she accepted that Article 20 might address this.

She said that if the suggestion of Article 9(1) *a bis)* were accepted, it would ensure a more proper implementation of the Convention by the authorities of the requested State because the provision would be directly enforceable. In the case of the declaration system there would be additional work for the authorities. Another advantage of this proposal was that it could reduce the number of declarations made under Article 20, or at least the number of subject matters over which declarations are made.

The Chair stated that if there were provisions such as this in Articles 5, 7 and 9, then there would no longer be a need for a declaration system, but the Commission had decided it preferred the declaration system. He asked whether he could take it that the delegation of the Russian Federation was flexible on this point.

The Chair recognised that there were procedural and practical difficulties for States in relation to Article 20, and that there were serious concerns to be addressed. He wanted a decision to be made that would reflect the views of the Commission and address the concerns of the delegation of the Russian Federation.

Mr Schwab (IBA) said that he appreciated the opportunity to participate and to hear the comments of the delegates.

He said that he supported the comments of the United States of America. He went on to say that he was participating because he represented the practicing lawyers of the world. The Convention would be important to these lawyers, as it would affect the way they draft contracts. He expressed concern that lawyers may draft around the provisions of the Convention. He also explained that where provisions of the Convention were not readily perceived to be enforceable, parties would require collateral and security which could be more profitably used elsewhere.

In conclusion, he said that he supported the views of the delegation of the United States of America, and that he would continue to work with the Convention. However, he wanted to remind the Commission of the effect of the Convention on contract provisions, and wanted the Commission to be aware that the Convention was becoming too complicated and inconsistent in parts.

Mr Nielsen (Denmark) said that it seemed that the proposal of the delegation of the Russian Federation was extremely dangerous, it would allow unilateral pre-emption of the Convention. He said that he could not in any way support this proposal. He noted that the delegation of the Russian Federation had referred to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, which he said did indeed contain such a provision. However, he was of the view that this comparison was not justified. The United Nations Convention concerned arbitration. The Convention under negotiation was about litigation. He stated that the United Nations Convention was very broad, containing only one opt-out (to limit the Convention to commercial cases). He stated that the Convention under negotiation did apply to commercial cases, this being a very narrow Convention, applying in business-to-business cases. He also noted that this Convention has a long list of exceptions. In conclusion, he stated that the right way to deal with the concerns of the delegation of the Russian Federation was through Article 20.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that he could be brief, he agreed with everything that was said by the Delegate of Denmark. He said that he was sure that this was an important matter of balance of the Convention. Article 20 was the best route; it was transparent and did not require a detailed comparative law analysis. In addition a matter was only outside the Convention when it was a matter of strong national interest. A matter was not brought outside the Convention simply by changing the internal law. He said that having moved to the Article 20 solution, the Commission must accept the logic of it.

The Chair stated that this matter had to be concluded. His main concern was whether the concerns of the delegation of the Russian Federation represented interests of the Russian Federation or were of multilateral scope. He noted that no State except the Russian Federation, with sympathy from the Ukraine, wanted such a system. Therefore, the general view of the Commission was to leave this Article as it stood.

He stated that the Russian Federation had an interest in protecting the imperative rules of jurisdiction on subject matter. The delegate of Ukraine also expressed sympathy with this view, but showed flexibility, telling the Commission that Article 20 could also provide a positive solution. He recognised that the declaration system had procedural problems (*e.g.*, timing issues), but that was the solution the Commission had chosen and it could work.

He said that the concerns of the delegation of the Russian Federation were met by Article 20. Some particular procedural elements (*i.e.*, timing) still had to be considered, but the main issue was settled. The proposal would not be taken any further.

In relation to Article 9(1) *a),* the Chair stated that there were no other proposals.

Mr Kuzmin (Russian Federation) stated that his delegation's proposal was still on the table.

The Chair responded that the proposal was at least in the Commission's pocket.

Mr Inoue (Japan) said that for recording purposes in relation to Working Document No 1, page 5, footnote 8, the original intention was to insert "on any ground, including incapacity". He stated that as already discussed in respect of Article 7 *a),* this would be noted in the Explanatory Report. He said that he would therefore not make this proposal. He did, however, want noted that *a)* included the problem of incapacity.

Mr Hartley (co-Reporter) said that he had fully understood this point.

Procès-verbal/Minutes No 9

Mrs Sabo (Canada) wished to seek clarification of a question raised in Article 9(1) *a)* and *b)* and similar provisions of Article 7 concerning the successors to choice of court agreements and the question of their capacity. She was of the view that the question of capacity was limited to the original parties to the choice of court agreement. The incapacity of their successors did not go to the validity of the agreement. She sought clarification from the co-Reporters on this.

The Chair commented that this was the same issue as that discussed in relation to third parties.

Mr Hartley (co-Reporter) said that what the Delegate of Canada had said was correct. "Capacity" referred to the capacity of the original parties. Unless anyone objected, he stated that this would be what the Explanatory Report would reflect.

The Chair asked how the capacity of the third party at the recognition and enforcement stage was affected by the Convention. He gave as an example the case where a third party does not have capacity – he thought that this would be left to internal law. He thought that the conclusion was the same as that discussed in relation to Article 3.

He confirmed that Article 9(1) *a)* was adopted. He then invited the Commission to consider Article 9(1) *b)*.

Mme Sabo (Canada) déclare qu'au regard de la réponse donnée lors de la discussion portant sur la lettre *a)*, logiquement la même interprétation devrait être retenue pour la lettre *b)*.

She then noticed that according to her the English version of the text seemed broader than the French version and that therefore it could possibly be interpreted as including third parties. She suggested that perhaps some better wording be found for the English version.

Le Président déclare qu'il n'est pas certain de partager la lecture du texte faite par la délégation du Canada. Il remarque qu'il semble difficile de savoir si une version est réellement plus large ou plus étroite que l'autre, mais qu'en tout état de cause la question qu'il convient de trancher d'abord est celle de savoir si cette disposition est susceptible de s'appliquer à des tiers.

Mrs Sabo (Canada) stated again that given the response adopted with regard to paragraph *a)*, the same response should be given where paragraph *b)* was applicable.

The Chair said that, to him, this answer seemed correct and that the problems of capacity of third parties were problems that in principle were not dealt with under the Convention. If there was a transfer to a third party and there was an issue as to the capacity of that third party, then this was not a matter for the Convention.

Mr Sun (China) wished to seek clarification on paragraph *b)*. He said that there was already mention of the law of the requested State, but referred to the internal law.

The Chair confirmed that Mr Sun wished to keep paragraph *b)* as it was.

Ms Ferreira Correia (Portugal) said that the discussion should not be about the merits of the decision. What was being discussed was the recognition stage. She said that a court should not evaluate the merits, and therefore should not apply its internal law.

She said that for third parties she understood that internal law would apply, or that the transfer would be in conformity with the choice of court agreement as understood by the Convention. Therefore, one would be limited to see if capacity would be in conformity with the requirements of the Convention.

The Chair asked if the delegation of Portugal could be precise about what its position on paragraph *b)* was.

Ms Ferreira Correia (Portugal) answered that she was in favour of maintaining paragraph *b)* as it stood.

Mr Trooboff (United States of America) declared that with regard to the wording used in the English version of the text, using the term "a party" meant that this provision only applied to the parties to the original agreement. He explained that an equivalent wording could be found in French and that this issue could be left to the Drafting Committee.

The Chair stated that regarding the harmonisation of the French and the English version of the text this issue could be dealt with by the Drafting Committee. He said that it had been decided that the third party issue would not be addressed in the Convention.

Mr Goddard (New Zealand) explained that the whole question of third parties was outside the scope of the Convention and that he therefore agreed with the comment that had just been made by the Chair. He added that it would somehow be strange to add a comment on a problem that had been excluded and he would therefore prefer that nothing be added.

The Chair asked if paragraph *b)* could be retained as it presently stood.

Mr Struycken (Netherlands) explained that in the *Hague Convention of the 13 January 2000 on the International Protection of Adults*, unlike the present Convention, nothing had been stated about the problem of capacity. He noticed that in the context of arbitration and contracts made by States the absence of power of the individual who signed a contract was an almost standard objection raised in many proceedings. He said that capacity in business-to-business cases should be mentioned in the Explanatory Report.

The Chair said that paragraph *b)* would affect businesses not individuals. He stated that the Commission should be informed that there was a triple test of capacity: *i)* in Article 5 implicitly; *ii)* in Article 7, according to the law of the chosen court and of the court seised; and *iii)* in Article 9(1) *b)* at the enforcement stage. He suggested that it could be argued that a company did not have the capacity to enter into the agreement under the conflicts rules of the requested State at the enforcement stage. He said that usually parties do not know where a judgment will be enforced, and so it is difficult for parties to foresee this.

Mr Kovar (United States of America) stated that in his opinion the issue raised by the delegation of the Netherlands was of another nature to the issue of capacity under the law of the requested State, or under Articles 7 or 9. He explained that he thought that the question of the authority of a person to sign in the name of a company, an organisation or a State entity could not be regarded as a question of capacity as we understood it here, and that therefore it should be entirely left to domestic law.

The Chair noted that this provision does not address the authority of a person to bind a company, but the capacity of the company itself.

Mr Musger (Austria) agreed that it could be a different law that governs these two issues. He said that it was standard

practice in other Hague Conventions to understand a reference to the law of a State as including a reference to the choice of law rules of that State. It would, therefore, be the choice of law rules of that State which decide what State's substantive law applies to the question of capacity.

The Chair stated that it was the conclusion of the Commission that there would be a play on three levels.

Mr Struycken (Netherlands) said that this was a new problem. He said that this question of company law was included in the question of capacity and was not outside the scope of the Convention.

Mr Goddard (New Zealand) explained that the issues of capacity and of authority were two different issues. He said that in order for a contract to be valid two conditions had to be fulfilled: first the company had to have the capacity to enter into the agreement, and secondly the person acting had to have the authority to bind the company. He noticed that it could easily happen that the company had full capacity to sign a contract but that the individual did not have the required authority. He stated that the possible problem case was where no one had the authority to sign a contract and bind the company. He said that this was an issue of the substantive validity, raising the question of whether there was a contract. This was not a capacity issue. This issue was dealt with separately elsewhere in the Convention (whether the contract was null and void or not).

Mr Sajko (Croatia) suggested that maybe a similar approach to that taken in the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards should be taken in this Convention. Article 5 of the United Nations Convention deals with incapacity. He suggested that this approach would avoid problems of determining issues of capacity at various stages. In Article 5 of the United Nations Convention capacity is regulated by the law applicable to the subject matter of the claim. He commented that there was a lot of case law on this provision, and that this did not demonstrate any big problems with the provision.

Article 9(1) c)

The Chair stated that paragraph *b)* could be considered as adopted. He opened the discussion on paragraph *c)* that addressed the problem of notification. He noticed that there were two working documents on the table: one that had been submitted by the delegation of Japan and the delegation of the United States of America (Work. Doc. No 25) and another proposed by the delegation of the Russian Federation (Work. Doc. No 26). He then asked the delegation of Japan if they wished to introduce Working Document No 25.

Mr Inoue (Japan) explained that originally the intention of the Japanese delegation was to state that in case of a violation of its internal law with regard to delivery of documents a judgment should not be recognised, in order not to encourage parties to violate such provisions. He added that some violations however, could be considered as of minor importance and that therefore, in such cases, it might seem too severe to refuse recognition and enforcement on this ground. He said that since the delegation of the United States of America had come to the same conclusion, Working Document No 25 was intended to identify the laws that could be considered sufficiently important to justify a denial of recognition and enforcement. He then explained that what had been considered of such importance were laws resulting from an international convention between the requesting and the requested State, violation of which constituted a fundamental violation of the sovereignty of the requested State. He, therefore, proposed that the second sub-paragraph of sub-paragraph *c)* should be amended as proposed.

Mr Herrup (United States of America) said that he would have originally preferred a rule requiring effective notice and a sufficient time for the defendant to prepare his defence. He thought that the compromise reached in Working Document No 25 was precise and met the concerns of the delegation of Japan. He was of the view that service issues are best addressed in the Article 5 forum.

The Chair explained that Working Document No 25 had been amended (Work. Doc. No 26) by the delegation of the Russian Federation. He assumed that Working Document No 26 was now the Working Document that should be referred to.

Mr Kosorukov (Russian Federation) confirmed the President's statement. Mr Kosorukov explained that one of the main concerns of his delegation was the preservation of the defendant's rights. Mr Kosorukov made a reference to the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*. He said that his intention was to protect the rights of the defendant in the most stringent way possible. He explained that this required documents to be notified to the defendant in accordance with the law of the State where the notification took place. This was because the defendant would be present or domiciled in that State and would assume that notification would follow the rules of that State.

Secondly, Mr Kosorukov explained that his proposal required that the defendant be notified of the date of the proceedings. He said that the general provision in Working Document No 1 was not worded clearly enough. He thought that notification of the date constituted one of the necessary requirements and Working Document No 1 did not clearly require this. He explained that the essence of his proposal was to establish requirements for notification to fulfil the requirements of the law of the place of notification. He felt that the defendant needed more protection than that provided in the draft in Working Document No 1. His proposal added qualities to the notion of public policy because he believed that that would not provide adequate protection of the rights of the defendant.

The Chair stated that the proposal of the delegation of the Russian Federation had two aspects: firstly, that notification is performed in accordance with the law of the State where the notification took place, and secondly, that the defendant be notified of the date of the proceedings. He said that many elements of the debate on this matter were already known.

Mr Nielsen (Denmark) explained that he remembered the discussion that had taken place in 1997 and that the Commission had at that time decided to depart from wording that was approaching the wording suggested now by the delegation of the Russian Federation. He said that reference to internal law followed a strict and formal approach that might lead to unfortunate results since any violation of a minor requirement might justify a denial of recognition and enforcement. He said that the wording in Working Document No 1 enabled more flexibility in order to allow a judge to check if the two fundamental requirements were met or not. He added that first he would have to evaluate if the defendant had had sufficient time to prepare his defence, and that secondly he would have to check if the documents had been served in a way that did not hinder his defence. He noted that there was no reference to internal law in this regard, and the test as to whether these requirements had been met was a factual one. He stated that his delegation therefore could not support the proposal of the delegation of the Russian Federation because it would lead to

Procès-verbal/Minutes No 9

a systematic application of internal law. He was therefore in favour of Working Document No 1.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that the provision contained in Working Document No 1 already appeared to him to be the result of a compromise. He explained that some States wanted their own laws to be respected even if the violation of requirements of minor importance or mere formal non-compliance could lead to a refusal to recognise a judgment. He said that this proposal went too far and was against the objectives of the Convention. He added that the compromise reached was satisfactory because it ensured that the defendant's rights had been respected. He said that there was a lot of wording in paragraph *c) i)* which ensured that the rights of the defendant had been respected, and that this paragraph had been carefully thought through. He remarked that in order to respond to the wish of some States to have their law respected, paragraph *c) ii)* had been drafted. He concluded by saying that this was a compromise reached and he thought that it would be helpful to uphold it.

The Chair asked if the Commission was ready to accept the addition of the word "manifestly" in paragraph *c)* and if such an addition could be considered satisfactory.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said that this would be coherent with the rest of the text.

Mr Markus (Switzerland) said that he had no firm opinion on these proposals, although he preferred to remain with Working Document No 1. He said that he wanted to say again that the purpose of this provision was to protect the rights of the defendant and the sovereignty of States involved. He did not want any unnecessary obstacles to be posed to the preservation of sovereignty or the rights of the defendant. He thought the proposal of the delegation of the Russian Federation went too far in this respect. He said the Commission must ask itself which rules it wanted to apply from the perspective of the recognising State. He noted that the proposal of the delegation of the Russian Federation amounted to full control by that State, and that was going too far.

Mr Markus also recognised that the proposal of the delegation of the Russian Federation had some huge advantages, as it brought to the Plenary's attention the issue of the legal order of the State where the defendant is domiciled / resident. He noted that other texts do not consider the legal rules of that State. He thought, however, that this was important because of issues of sovereignty. He said that in this respect the approach in the proposal of the delegation of the Russian Federation was a good one. He thought that only the public policy of the defendant's State should be brought into play and he would therefore ask for a slight change in paragraph *c) ii)*.

In relation to the proposal in Working Document No 25, he expressed some sympathy. He said that he was not sure if this proposal protected the sovereignty of the State concerned more or less than the proposal of Working Document No 1. He noted that it imposed a cumulative condition: firstly, there must be a violation of a treaty, and secondly there must be a fundamental violation of the sovereignty of the requested State. He thought that these requirements were too high and that the idea of Working Document No 1, referring to public policy, should be retained.

Mr Markus did express sympathy for the question of the violation of a treaty. He said at present it would only be necessary to ask if there are treaties in force between the requesting and the requested State. He asked whether treaties in force between the original State and the State of the defendant's domicile would not also be relevant.

He said that he could live with the draft in Working Document No 1, but felt that it could benefit from improvements made by the working documents now before the Commission.

Ms Ferreira Correia (Portugal) agreed with the interest by the delegation of the Russian Federation in respecting the rights of the defendant, but she could not support this proposal. She commented that the aim of this Convention was not to hinder Conventions already in force, giving as an example the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*. She noted that this Convention did not deal with how service was to be performed. Her view was that any violation of a treaty would be dealt with as a violation of treaty under public international law.

She stated that the aim of the Convention was to create an efficient procedure to recognise judgments. The proposal of the delegation of the Russian Federation went too far as it required an analysis of all the formalities in the State of notification. This was too far as it would be open for lawyers to discuss all the minor formalities required by States (not just those protecting the rights of the defendant). She stated that this went too far and that she could not accept the proposal of the delegation of the Russian Federation.

Ms Ferreira Correia said that she understood that the reference to public policy in Working Document No 1 only covered the public policy of the State of recognition.

Mr Sun (China) stated that he did not agree with Working Document No 25 which required that there be a violation of treaty and of the sovereignty of the requested State for a judgment not to be recognised. He said that he would not support this proposal.

With respect to Working Document No 1, he thought that it achieved a balance of the policies behind the provision. He thought that if the service process had been violated then this would constitute a violation of public policy. He therefore agreed with the text in Working Document No 1. He said that the addition of the words "manifest" or "fundamental" were not acceptable to him.

Mr Beaumont (United Kingdom) thought that it would be helpful to clarify what was covered by Article 9(1) *c) ii)* in Working Document No 1 compared with Article 9(1) *e)*. He said that if the only difference was that the prior Article was missing the word "manifestly" then the Commission has not progressed with this Article. If, on the other hand, Article 9(1) *c) ii)* was designed to be broader than paragraph *e)*, then he would resist this.

Mr Beaumont said that the proposal of the delegations of Japan and the United States of America was intended to be narrower than Article 9(1) *c) ii)* in Working Document No 1. He understood that it had this effect. He then asked whether this would mean that public policy in paragraph *e)* could not be used in respect of notification. He asked if that was the intention, to limit the scope of paragraph *e)* by Article 9(1) *c) ii)*. He said that if this was so then he had sympathy with the proposal. If not, he did not really see its purpose.

Mr Kovar (United States of America) said that he agreed with all the points made with respect to Article 9(1) *c) i)*. He said that it was an essential provision that had been carefully drafted, and that he did not support the proposal of the delegation of the Russian Federation on this provision.

In respect of Article 9(1) *c) ii)* he said that it was not clear what it was intended to do. He said that if its purpose was

just to provide a public policy exception, then this existed in paragraph *e)* and the *c) ii)* provision was redundant. He noted that in many States the public policy exception could be exercised by applying routine provision of internal laws, *e.g.*, any violation of service law including formal requirements. He said as a consequence it would be a mistake to include in Article 9(1) *c) ii)* what had been deliberately excluded in Article 9(1) *c) i)*. He went on to explain that the principal concern of the delegation of the United States of America was that the provision should not be tied to a violation of a treaty in force alone, but must also amount to a violation of sovereignty. What they were concerned about was that it should be something greater than a regular public policy exception. He noted that in the Explanatory Report it seemed to be suggested that in the context of Article 9(1) *c) ii)* any violation of the laws of service could be a violation of public policy and that this was inconsistent with Article 9(1) *c) i)*.

Mr Kovar felt that there was an inconsistency between the policy goal of paragraph *c)* and the current draft text. He said that whether or not the proposal in Working Document No 25 were accepted, the Commission should seek to find a better draft. He said that a draft was needed that would reflect the common understanding.

Mr Chung (Korea) expressed that he basically supported the proposal of the delegations of Japan and the United States of America. He said that a reference to the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* was a good idea, that Convention setting down available methods of service (*e.g.*, by direct post, by a foreign official, or by an officer of the requested State if asked to do so by an interested person). He said that he was concerned whether breach of the methods in this list would constitute a fundamental violation of sovereignty.

Mr Wagner (Germany) said that the scope of Articles 9(1) *c) i)* and 9(1) *c) ii)* was different. He said that Article 9(1) *c) i)* was not as broad as Article 9(1) *c) ii)* as it included the phrase "unless the defendant (...)".

In relation to Working Document No 25 he said that he could not understand why the proposal was limited to notifications violating a treaty. He felt that all notifications should be dealt with in the same way, otherwise States would not be encouraged to join the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*. He said that the difference between this proposal and that in Working Document No 1 was not so great if the word "manifestly" was included in Article 9(1) *c) ii)*. The alternative was to add new wording, which could lead to much litigation. As a result he was not convinced that the proposal in Working Document No 1 should be changed, except that he would be prepared to accept the addition of the word "manifestly".

Mrs Ferreira (China) wished to point out that in her State the term "public policy" is very well used. She said that like the delegation of Germany she thought that Article 9(1) *c) i)* was different from Article 9(1)(c) *ii)*. She felt that the protection of the rights of the defendant was fundamental, and therefore the original text should be kept. She noted that this already reflected a compromise.

She said that she did not understand why Working Document No 25 imposed a cumulative requirement. She also asked why it addressed breach of treaty and not other violations of internal law. She understood the worry in respect of breaching a treaty in force, but asked if this could not be dealt with elsewhere in the Convention. She said that the original text should be kept. It would be possible to add to that text to reflect the concern in respect of breaching treaties in force. However, she did not think that this was necessary. She thought the concern for treaties could be dealt with elsewhere, suggesting possibly in Article 23. She also stated that fundamental principles really are fundamental. She said that it was necessary to be careful to avoid the situation to be allowed that happens in China where Chinese parties are notified by telephone, in English, of proceedings in the United States of America.

Mr Musger (Austria) stated that Article 9(1) *c)* had two parts. The first was the protection of the defendant. He thought that this provision had been more or less agreed upon. It provided protection, but did so by way of compromise (the defendant is protected provided that he did not enter an appearance or, if he did so, failed to object to the notification). The second part dealt with the sovereignty of the requested State. He said that mere formalities could never fulfil that exception.

Mr Musger expressed doubts concerning the reference to a treaty in force. He explained that even if there was no treaty the service could have clearly breached public policy and sovereignty under internal law. He would be happy if this could be reflected in Article 9. He said that Article 9(1) *c) ii)* as drafted in Working Document No 1 would be useful for countries that do not have lots of international conventions.

Ms Ruda (Ukraine) said that a compromise could be to make Article 9(1) *c) i)* clearer. She suggested adding the words proposed by the delegation of the Russian Federation to the existing wording. If this were to be accepted, there would be no need to retain the words in Article 9(1) *c) ii)* as suggested in Working Document No 1.

The Chair clarified that the delegation of Ukraine wished to keep the last part of the text in Working Document No 1, "unless a defendant (...)".

Mr Rubin (Israel) thought that the concept of public policy is much more suitable for this purpose; it is the standard wording of the Hague Conventions. He said that it was hard to know at which point a violation of notification requirements moved from being a violation of public policy to one of sovereignty. He said that the wording of the proposal in Working Document No 25 could lead to lots of questions being asked to the Minister of Foreign Affairs.

Mr Kovar (United States of America) said that whatever wording were adopted, there was disagreement on what the current wording meant. He noted that some delegations thought that violations of mere formal requirements of internal law or treaties do not meet the requirement of being a violation of public policy. However, at the same time other delegations were saying that a violation of internal law is a violation of public policy. He said that this was a problem. The notion of public policy led to different results; this was made clear by reading the Explanatory Report. The draft was therefore unacceptable as it stood. He stressed that the policy of this provision had to be clarified, and a draft would then need to be made to reflect that policy. He stated that there was no consistent policy statement coming out of the discussions and that the current draft was not acceptable.

He wanted it to be noted that it is impossible under the law of the United States of America to commence a lawsuit by telephone service.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that, as he had previously explained, the proposal of the delegation of the Russian Federation had in mind the protection of the defendant. He did not think that this was possible without consider-

Procès-verbal/Minutes No 9

ing the law of the State in which that defendant resides. He said that in Working Document No 1 the word "manifestly" in paragraph *e)* put the formulation of the paragraph beyond the normal understanding of public policy. In his view the goal here was for the laws of the place where the defendant resides to be respected. He suggested perhaps making a reference to the public policy of the State where the notification took place, while not excluding the public policy of the State requested (which was one of the basic provisions). He said that he was looking for a compromise but this was not achieved by altering the concept of public policy. He also thought that this could not be achieved by ignoring the legal order of the State of the defendant's residence.

Mr Sun (China) wished to note several points. Firstly, the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* did not include the word "manifest". Secondly, Working Document No 25 referred to a violation of a treaty between the requesting State and the requested State. He did not accept the idea that there could be a treaty violation acceptable to this Convention, which was what was suggested in the text. All Conventions are equal. Thirdly, he said that it was very difficult to distinguish between what is considered a substantive requirement and what is considered a formal requirement for notification. For example, a requirement for service by mail could be considered as a formal or a substantive requirement.

The Chair asked the Commission what it required by way of the level of protection for the defendant. He asked if the Convention must serve the protection of the defendant with regard to all rules of domestic law. He then asked if the Convention must serve the rules of the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*. He stated that it appeared that most delegations thought that this Convention should not serve as an instrument to sanction the violation of either domestic law or a treaty. He stated that it was not intended that this Convention would mirror the 1965 Convention.

He said that different criteria had to be set up, to be invoked at the stage of enforcement, and that flexibility must be shown in doing this. He noted that one delegation wished to have rules to protect the defendant, but he asked whether the defendant were not already protected, even if some rules of notification were not actually complied with. He expressed the view that the discussion was going too far and that a majority would not be reached.

He explained that the current text contained two clauses: one addressing the situation of the defendant, the other the situation of the State. He said that work must be done on finding provisions at both levels.

He noted that the proposal of the delegation of the Russian Federation was partly backed by the delegation of Ukraine, and that the delegation of Switzerland had expressed some sympathy but thought that the proposal went too far. He also noted that the majority of the delegates expressed satisfaction with sub-paragraph *i)*. The proposal of the delegation of the Russian Federation went too far and was unacceptable on this point as it allowed a State to refuse to recognise a judgment even if the defendant had the opportunity to argue about the notification in the chosen court.

The Chair asked if the criteria of public policy or sovereignty were the right ones. He also expressed the view that the term "fundamental" might not be the right word. He asked that if "public policy" was the right term to use, then paragraph *e)* was sufficient to address this matter. He thought that this could be an agreeable solution, especially for those who wanted more protection. He acknowledged that the addition of the word "manifestly" in Article 9(1) *c)* did not appear to be acceptable to the Commission. He again questioned the use of the word "sovereignty".

It was suggested that the Drafting Committee meet over lunch.

The meeting closed at 1.15 p.m.

Procès-verbal No 10
Minutes No 10

Séance du lundi 20 juin 2005 (après-midi)

Meeting of Monday 20 June 2005 (afternoon)

The meeting was opened at 3.15 p.m. under the Chairmanship of Mr Bucher (Switzerland) with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

The Chair recorded that the Drafting Committee meeting had been successful. He announced that Mr Matveev had originally been nominated to sit in the Drafting Committee but as he was not available to participate in the Commission, his position would be taken by Mr Kosorukov. Finally, he indicated that the Forms Working Group had completed its deliberations and a working document on Article 13 *b)* would be distributed shortly.

Le Secrétaire général rappelle à la Commission la généreuse invitation de l'Ambassadeur d'Allemagne à une réception en sa résidence, dans la soirée.

Article 9 (1) c)

The Chair invited the Commission to return to the consideration of Article 9(1) *c)*.

Mr Thue (Norway) stated that it was far from clear what was meant by the concept of public policy; was it the common law meaning of the term or the civil law meaning as reflected in the term "*ordre public*"? He questioned if issues of State sovereignty could be covered by public policy. He noted that this was possible in common law States but not in civilian systems. He argued that issues of State sovereignty and treaty obligations had to be covered in express rules. He suggested possibly that a different concept might have to be used such as mandatory rules or overriding rules, *lois de police*, or *Eingriffsnormen*. He further pointed out that whichever term

was accepted it would be unlikely that it could be translated exactly in the other official language.

The Chair accepted that this was a problem. He stated that the Commission had to agree on a clause, which dealt with the various concerns States had, in particular with regard to notification. He recognised that it was difficult to delimit the precise scope of public policy but he stressed that whatever term was finally accepted it had to be narrow in terms of its application.

Mr Thue (Norway) suggested that the term "public order" might be a suitable compromise as it was not specifically linked to common law legal systems.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that he was gaining the impression that public policy did not correspond with the term "ordre public" used in civilian systems. He explained that in the Russian Federation the two terms were understood to be identical.

The Chair reminded the Commission that the English and French versions were both authentic and had therefore to convey the same meaning even if there were differences with regard to the terms in the domestic laws of States.

Mr Beaumont (United Kingdom) remarked that it was impossible to create a uniform concept of public policy. It had to be hoped that the common law and civil law versions of the concept would come together as a result of use in the Convention. It was inevitable that there would be uncertainty but this was equally true of many concepts.

The Chair advised that the way to address the problem was to try and forget known concepts and to evaluate the precise nature of the underlying issues. The key here was the functioning of the legal system and the perspective adopted when a notification took place, which had not been accepted. He suggested to take out this core idea of protection and to use it to try and find the most appropriate word. One possibility might be to clarify that notification took place in a way to breach the fundamental principles of the requested State. He concluded that the item should be retained on the agenda and a working group convened to discuss the issues in greater depth.

Article 9(1) d)

The Chair noted that there was no proposal on this paragraph and in the absence of any observations it was adopted.

Article 9(1) e)

The Chair observed that two modifications had been proposed by the Russian Federation in Working Document No 26.

Mr Kosorukov (Russian Federation) explained that the first element of the proposal was to delete the word "manifestly" from before the term "public policy". He reminded the Commission of his position that public policy in accordance with the law of the Russian Federation could not be divided into two discrete sections, a violation of one being more serious than a violation of the other. The discussions, which had taken place, had shown most clearly that the use of the term "manifestly" was to indicate only very serious and clear violations of public policy. This interpretation could not be accepted by his delegation.

The second modification sought to delete the word "procedural" from before "fairness". He explained that principles of fairness were not established as a legal concept in his system and were treated moreover as analogous to public policy, which did not solely relate to matters of civil procedure.

The Chair invited comments on the first element of the proposal of the delegation of the Russian Federation.

Mr Beaumont (United Kingdom) questioned if it was profitable to revisit this issue in the light of the lengthy discussion which had already taken place on the deletion of the word "manifestly" in the context of Article 7 *c)*.

The Chair replied that where proposals were made they had to be discussed. He acknowledged that the issue had already been considered but he pointed out that the context had been different as Article 7 *c)* dealt with jurisdiction as opposed to recognition and enforcement.

Mr Beaumont (United Kingdom) accepted that there were indeed subtle differences but remarked that he had simply been trying to advance the debate. He noted that it was the tradition of the Hague Conference to insert the term "manifestly" when classifying breaches of public policy, particularly in the context of the recognition and enforcement of foreign judgments. He noted that the Russian Federation had already signed the *1993 Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, which in Article 24 employed this very same concept. In the light of this fact the Russian Federation could surely not have a fundamental objection to the term. He concluded by noting that for States which already accepted this limited form of public policy, it would send the wrong signal were this qualification to be removed, as it would give the impression of a change of policy.

Mr Markus (Switzerland) voiced his support for the comments of the Delegate of the United Kingdom.

Mr Bennett (Australia) acknowledged that his delegation initially had reservations with regard to this limitation of public policy in Article 7 *c)* but it was now prepared to accept this wording given its long-standing history in existing Hague Conventions.

Mr Nielsen (Denmark) stressed that the fact that the term "manifestly" was employed in Article 24 of the *Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption* should be taken on board by the Commission for that instrument dealt with a very sensitive issue of family law. In a commercial law context it would be incoherent if the same construction of public policy could not be adopted.

Mrs Haines (United States of America) voiced her support for the comments of Mr Beaumont, Mr Markus, and Mr Nielsen.

The Secretary General explained that the restrictive application of the notion of "ordre public" expressed by the addition of the word "manifestly" was one of the great contributions of the Hague Conference to the field of private international law. Since it was introduced in 1956 it had appeared in 22 Hague Conventions, 8 of which dealt with the recognition and enforcement of foreign judgments. In addition, this construction of public policy had been adopted in instruments elaborated by other international or regional organisations. It would be a huge retrograde step if, for no convincing reasons, the Hague Conference were to return to the practice of the early 1950's.

The Chair reminded the Commission that one of the few areas where agreement was forthcoming in the 2001 draft of

Procès-verbal/Minutes No 10

the judgments project was with regard to this very issue as found in Article 28. He stated that this decision had to be taken on board and noted, moreover, that Article 28 had received the support of the Russian Federation.

Mr Kuzmin (Russian Federation) stated that in his legal system it made no sense to use "manifestly" to qualify breaches of public policy. Either a matter respected public policy or did not. To say that a matter was manifestly contrary to public policy would be equivalent to stating that somebody was partly pregnant.

The Chair acknowledged that this was a commonly held view fifty years ago but it would be overcome with practice of the instrument. He drew attention to the extensive body of case law and academic literature on the concept.

He then invited the Commission to turn to the second element of the proposal of the delegation of the Russian Federation in Working Document No 26.

Mrs Haines (United States of America) stated that her delegation could not support deletion of the word "procedural". A reference to fundamental principles of fairness generally would give the impression that the provision referred to issues of substantive fairness and this was not a matter for the State of recognition to consider. The court in the State of recognition should be able to address procedural issues of due process, such as notice, but not go any further.

Le Président rappelle la version française du texte, laquelle se réfère aux « principes fondamentaux d'équité procédurale ». Selon lui, la disparition du terme « procédurale » aurait pour conséquence que tout jugement rendu en droit se trouverait contrôlé sur la base de l'équité. Il remarque que ce n'est manifestement pas ce que la Commission souhaite imposer puisque l'article 9 lui-même interdit toute révision au fond du jugement. De manière générale, il invite les participants à toujours tenir compte de la version française de la Convention.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) noted that this issue had already been discussed in detail. For some delegations incompatibility with procedural fairness was already covered within the concept of public policy, but for some others this was not the case and therefore this provision had to be retained.

The Chair recorded that there was no support for the amendment proposed in Working Document No 26 by the Russian Federation and the text of Article 9 *e)* would be adopted in its existing form.

Article 9(1) f) *and Article 11*

The Chair affirmed that the discussion on Article 9(1 *bis)* could not yet take place as a working document was being prepared. He invited the Commission to turn to a consideration of Article 9(1) *f)* and noted that this would also entail an evaluation of Article 11. Before starting the discussion on Working Document No 26 the Chair asked one of the co-Reporters to present the complicated issues involved in these Articles.

Mr Hartley (co-Reporter) presented the issues at stake in Article 9(1) *f)*, stating that when two judgments were inconsistent it was of course impossible to recognise both of them. He explained that the Convention accepted that in certain circumstances the existence of an inconsistent judgment justified the court addressed in not recognising and enforcing the judgment under the choice of court agreement. Where these circumstances did not apply, however, the existence of an inconsistent judgment did not excuse the court addressed from recognising and enforcing the judgment under the choice of court agreement; in this case the court had to recognise the judgment under the choice of court agreement.

The co-Reporter then clarified that in deciding which inconsistent judgments would justify non-recognition, the Convention drew a distinction between judgments granted by a court in the requested State (the State in which recognition of the judgment under the choice of court agreement was sought) and inconsistent judgments granted by a court in another State. In the former case, the court was never required to recognise the judgment under the choice of court agreement provided the parties to both judgments were the same. In the latter case, the inconsistent judgment had to be earlier and the court which granted it had to have been entitled to hear the case under one of the exceptions to Article 7. In this latter case there were also additional requirements to be met: the parties had to be the same, the cause of action had to be the same and the inconsistent judgment had to be entitled to recognition in the requested State [under an international treaty].

Turning to drafting aspects of the problem, Mr Hartley pointed out that there had been a difficulty with the formulation in Working Document No 110 of April 2004. At that point the text said that the inconsistent decision must not have been given in contravention of the Convention. The problem with this was that if a decision was given by a court in a non-Contracting State it would never have been in contravention of the Convention, as a State that is not a Party to the Convention could not act inconsistently with it. Mr Hartley explained that the Working Group had sought to solve this problem by giving separate treatment to judgments from other Contracting States and judgments from non-Contracting States. According to the new text proposed in Article 9(1) *g) i)* and *ii)* of Working Document No 1, the old wording would be retained in relation to the treatment of judgments from other Contracting States while a change was introduced with regard to judgments from non-Contracting States. A precision was added to the text, requiring that the judgment would not have been in contravention to the Convention "if the State of origin had been a Contracting State".

Moving to Article 11, Mr Hartley explained that this provision was also concerned with inconsistent judgments though only indirectly. He indicated that Article 11 imposed an obligation on Contracting States not to recognise a judgment in contravention of an exclusive choice of court agreement. He added that in the original text this idea was hard to understand and this was the reason why the Drafting Committee proposed a new formulation in Working Document No 1. As redrafted by the Drafting Committee, it had the following features: the obligation applied even if there was no judgment under the choice of court agreement; however, it applied only to judgments from non-Contracting States; it did not apply if the State of origin would have been entitled to hear the case under one of the exceptions to Article 7 if it had been a Contracting State. He noted that Article 11 was in square brackets because it had not yet been agreed.

Ms Schulz (First Secretary) observed that a printed copy of Mr Hartley's presentation would be distributed.

Article 9(1) f)

The Chair stated that the debate on this provision would not be easy to structure. He invited the Commission to consider first the first five words of the first line of the original Article 9(1) *f)* and then the new variant of this provision as prepared by the Drafting Committee. In the absence of any observations the Drafting Committee variant was adopted.

Article 9(1) g)

The Chair then asked the Commission to discuss the next element of the Drafting Committee variant as found in the new Article 9(1) *g)*. He noted that this contained words in square brackets, which the delegation of the Russian Federation had proposed to delete in Working Document No 6.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that there was no need to limit this provision to situations where recognition was provided for pursuant to an international agreement. If it were decided that priority should be given to an earlier judgment then recognition should be considered solely from the perspective of the internal legislation of the State concerned.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) explained that the words in square brackets had been advocated by the European Community. There was a difference if recognition was required under an international agreement or under internal law, the former being more important and requiring greater respect. He stated, however, that if a consensus were to emerge in favour of the proposal of the delegation of the Russian Federation he could accept this.

Mr Inoue (Japan) voiced his support for the proposal of the delegation of the Russian Federation. He stated that the words in square brackets would discriminate between States, which were parties to international agreements and those, which were not. This would in turn lessen the attractiveness of the Convention. He then asked Mr Kosorukov if it was intentional that Working Document No 26 did not contain the words in square brackets in Article 9(1) *g) ii)*.

Mr Kosorukov (Russian Federation) replied that this was the case but he had not mentioned it because the debate had not yet turned to this issue.

The Chair added that this was because the proposal of the delegation of the Russian Federation was split.

Mr Goddard (New Zealand) gave his support for the deletion of the words in square brackets as provided for in the proposal of the delegation of the Russian Federation. He drew attention to the Commonwealth scheme for the parallel enforcement of judgments and noted how favourable recognition regimes had also been extended to other jurisdictions, for example France, as a result of New Zealand's membership of the British Empire. Although there was no formal treaty between New Zealand and France, and New Zealand now had full independence, this arrangement remained in force but would not qualify under the present provision if the words in square brackets were adopted.

The Chair noted that there was increasing support for the proposal of the delegation of the Russian Federation.

Mr Markus (Switzerland) confirmed that he also supported the proposal.

Mr Duan (China) sought clarification with regard to Article 9(1) *f)*. He asked how the provision would operate if a money judgment was made in the requested State which was identical to that made by the court in the chosen State. In such circumstances there would not be any inconsistency between the judgments as required by the terms of the provision.

Mr Musger (Austria) responded that this was a pertinent point but one of theoretical interest only for in such circumstances where the money judgments were identical there would be no need for the judgment creditor to bring recognition proceedings in the other State.

Mr Duan (China) thanked Mr Musger and asked that this explanation be provided in the Explanatory Report.

The Chair stated that this would indeed happen and that the explanation would also be recorded in the minutes of the meeting.

Mrs Haines (United States of America) gave her support for the proposal to delete the words within the square brackets.

The Chair concluded that there was general agreement for the proposal of the delegation of the Russian Federation in respect of Article 9(1) *g)* and that it was adopted.

Article 9(1) g) i)

The Chair invited the Commission to move to a consideration of the next element of Article 9(1) *g)*, namely sub-sub-paragraph *i)*. He explained that the Drafting Committee had restructured the original Article 9(1) *f)* to make a distinction between cases where the competing judgment was made in a Contracting State and in a non-Contracting State.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated he had no problem with the policy behind Article 9(1) *g) i)* but explained that his proposal adopted a different drafting style because of a different policy with regard to the issues covered in Article 9(1) *g) ii)*.

The Chair confirmed that the Russian Federation wished to keep Article 9(1) *g) i)* as it was and explained that Article 9(1) *g) ii)* would be considered later.

Mr Hartley (co-Reporter) explained that this provision would normally only apply where one of the Article 7 exceptions had been relied upon for this would mean that the judgment of the non-chosen State was not in contravention of the Convention.

Mr Kosorukov (Russian Federation) indicated that the policy here was different to his original understanding and he asked if all of Article 9(1) *g)* could be considered at this time.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that the focus should not be on issues of drafting but of policy. Here the policy was to distinguish between cases where a judgment was made by a Contracting State and a non-Contracting State. He added that he was in favour of treating these issues separately.

The Chair suggested that even the proposal of the delegation of the Russian Federation could be structured in this way. He reiterated that there had been no change of policy despite the restructuring of this part of the provision.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that on an issue of policy he could not accept Article 9(1) *g) i)* as proposed by the Drafting Committee for it was not the same as the proposal of the delegation of the Russian Federation.

The Chair asked how it was different.

Mr Kosorukov (Russian Federation) replied that in light of the views strongly expressed on this issue, he would need some time for reflection and would get back to the matter shortly.

Mr Markus (Switzerland) stated he was happy with the proposal of the Drafting Committee in Article 9(1) *g) i)*.

Procès-verbal/Minutes No 10

Mr Tenreiro (European Community – Commission) observed that the policy choice was whether the Convention should simply favour the recognition of earlier judgments between the same parties and involving the same cause of action or whether it should introduce a stricter rule which would in addition allow the court in the State of recognition to verify if the earlier judgment had been made in accordance with the Convention.

The Chair confirmed that this was the policy choice that needed to be made.

Mr Sun (China) stated that in principle he was not against the idea behind Article 9(1) *g) i)*. But he had difficulty understanding how a court would determine whether the earlier judgment was in contravention of the Convention or not.

Mr Goddard (New Zealand) voiced his support for Article 9(1) *g) i)*. He clarified that whilst this provision would allow the court in the State of recognition not to recognise the judgment of the chosen court this was not an obligation but a discretion. It would be for each State to decide what approach to take.

Mr Musger (Austria) sought to clarify the issues through the presentation of an example where the court in the State of recognition is faced with two foreign judgments: a judgment made under the Convention and a judgment made by another Contracting State. Where the Convention judgment was first in time, Article 9(1) *g) i)* would not apply and the Convention judgment would be recognised. However, where the other judgment was first in time there were two possibilities; if Article 9(1) *g) i)* were not adopted it would mean that the recognition of the Convention judgment could be refused. The State addressed would either apply the principle of priority or apply a more consistent criterion. However, if Article 9(1) *g) i)* were adopted this power would be restricted, for the earlier judgment must not have been given in contravention of the Convention. This would be a more sophisticated and complex rule and would also require the addition of Article 9 (1) *g) ii)*. He asked if the Commission wished to include such a sophisticated rule, which would strengthen the Convention but make it less readable.

The Chair suggested that an alternative approach would be to state that the judgment must have satisfied the requirements of Article 7.

Mr Goddard (New Zealand) pointed out that Article 20 judgments also had to be taken into account for these would not be contrary to the Convention.

The Chair agreed.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that after careful consideration, he still believed that the proposal of the Drafting Committee on Article 9(1) *g) i)* represented a change of policy in relation to Working Document No 110 adopted by the Special Commission in April 2004, and conflicted with the proposal of his delegation, which upheld the policy of that Working Document. He pointed out that the original Article 9(1) *g)* imposed only one requirement on the earlier judgment to prevail over the Convention judgment, and that was fulfilment of the conditions necessary for the earlier judgment's recognition in the requested State, whereas the proposal of the Drafting Committee added another requirement, namely the earlier judgment's compliance with the Convention. He held that this addition was entirely unnecessary.

The Chair replied that this argument was only pertinent if Article 9(1) *g) ii)* were to be deleted. He explained that the Drafting Committee had only divided the elements in Article 9(1) *g)* as it wanted to add Article 9(1) *g) ii)*. He further asked that delegates refer to Working Document No 1, which included Working Document No 110 of April 2004.

Mr Musger (Austria) stated that where the earlier judgment was a judgment from another Contracting State there was no difference between the original Article 9(1) *f)* and the proposal of the Drafting Committee. The only difference that had been introduced was in respect of judgments from non-Contracting States.

Mrs Ferreira (China) drew attention to the issue of timing and asked how it could be ascertained in practice if Article 7 had been applied in accordance with the Convention. She noted that this issue was relevant to Article 9(1) *g) ii)* as well.

The Chair stated that the Commission would consider Article 9(1) *g) ii)* at a later stage.

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that Article 9(1) *g) i)* had not introduced a substantive change from the original provision; it had simply been drafted differently. He noted that the original provision (Article 9(1) *f)*) had not been controversial at the last Special Commission and he questioned why the issue should have become controversial now. He observed that the policy of the Convention was to give effect to the agreement of the parties. If the parties had chosen a court, the judgment of that court should be recognised and not the judgment of any other court. The only situation where there should be a departure from this policy was where an earlier judgment had been given on the basis of the Article 7 exceptions but even this was discretionary.

The Chair stated that a debate about nothing was still a debate and asked if the concerns of the Chinese delegation had now been answered.

Mrs Ferreira (China) confirmed that they had.

Ms Ferreira Correia (Portugal) sought clarification of the application of this provision to a particular example involving inconsistent judgments from two Contracting States: on day 1 proceedings were brought in the chosen court and on day 2 proceedings were brought in a different State Party to the Convention; the latter court decides that it can proceed with the case on the basis of Article 7 (invalidity of the agreement) and delivers its final judgment before the chosen court, which considered the agreement to be valid. Her understanding was that the court in the State of recognition could not re-examine the issue of the validity of the agreement where the chosen court had ruled on the issue and that it would have to recognise the judgment of the chosen court.

Mr Goddard (New Zealand) stated that this analysis was correct but this would be a very rarely occurring case. He held that it would be consistent with the spirit of Article 9 to treat the exercise of jurisdiction by the non-chosen court as being in contravention of the Convention. He recommended that this issue be covered in the Explanatory Report.

Furthermore he acknowledged that there was an issue for certain delegations in respect of this provision. He suggested that it might be due to loose drafting in the fourth line of Article 9(1) *f)* in Working Document No 1. He suggested that the term "earlier judgment" might be misinterpreted and cause confusion as to whether the judgment came from the chosen or a non-chosen court. He stated that the policy concerns behind the proposal of the delegation of the Russian Federation related to the additional requirements included before recognition could be refused.

Mr Kosorukov (Russian Federation) thanked Mr Goddard for his insightful comments. He stated that his interpretation was that the inconsistent judgment referred to in the original Article 9(1) *f)* was the later judgment. Furthermore there was only one condition with regard to the earlier judgment, namely that it had to fulfil the requirements for recognition in the requested State.

The Chair stated that this was the very reason that led to the proposal of the Drafting Committee. He added that he felt that the Portuguese example deserved more detailed reflection before being referred to the co-Reporters. He noted that this was an area where the Convention had not yet been perfected.

He concluded that Article 9(1) *g) i)* had been adopted since there had been no proposal to change it.

Article 9(1) g) ii) *and Article 11*

The Chair noted that Article 9(1) *g) i)* could not be considered separately from Article 11. He noted that there were two proposals on the latter provision: the Argentinean delegation supported the existing text in Working Document No 29 whilst the Russian Federation proposed its deletion in Working Document No 35.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that Article 11 was detrimental to the Convention as it was not the object of the instrument to interfere with the recognition and enforcement of judgments under other international instruments or under domestic law. Where internal law or a treaty provided for recognition, this should be upheld. The Convention would gain in integrity from the deletion of Article 11.

Mr Musger (Austria) accepted that the policy of Article 11 was that judgments from third States were not to be recognised where the parties were bound by an exclusive choice of court agreement. The policy behind the provision was to strengthen the Convention and reinforce party autonomy.

Mr Kovar (United States of America) agreed with the description of Article 11 by the Delegate of Austria. Where an exclusive choice of court agreement existed and one party to that agreement brought proceedings in a non-Contracting State, it was essential that before the latter judgment could be recognised in a Contracting State the requested court in the Contracting State should decide whether the choice of court agreement would have been enforced. He stated that Article 23 would deal with the question of treaty obligations with third States. He added that obligations under internal law should not be enough to justify the recognition of a judgment from a non-Contracting State in such circumstances.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) voiced his support for Article 11.

The Chair noted that the Commission appeared to be in favour of retaining Article 11 and invited delegations to address issues related to its drafting.

Mr Markus (Switzerland) noted that the Russian Federation delegation appeared to be departing from the most favourable recognition rule. A Convention such as the present one set down the rules for recognition but if more favourable rules existed these should be applied even if recognition would have to be refused under the Convention. He stated that the present Convention only dealt with choice of court agreements and sought to protect them. If such an agreement were to be disregarded by a court, the issue would technically be outside the scope of the present Convention. Consequently there was a need to protect the instrument and this was provided by Article 11. On the issue of drafting he noted that it was odd to speak of a judgment having been given in contravention of the Convention if the State of origin had not been a Contracting State. It would be preferable to refer to the idea of incompatibility with Convention rules.

The Chair observed that the Drafting Committee had reflected on this drafting point but had not reached a solution.

Mr Goddard (New Zealand) voiced his support for Article 11 provided it did not apply in situations where the parties had implicitly agreed not to adhere to the choice of court agreement. To illustrate this issue he gave the following example, involving New Zealand, Australia and Samoa, in which the first two States were Parties to the Convention but not Samoa. A large Australian company enters into an agreement with a Samoan company to bring any disputes arising from the contract before the courts of New South Wales. However, when the Australian company issues proceedings it does so in Samoa. A judgment is delivered. If it is attempted to have the Samoan judgment recognised in New Zealand, Article 11 should not prevent this. The judgment should not be treated as having been given in contravention with the Convention as there was a tacit agreement by the parties not to sue in the chosen court. Mr Goddard suggested that the same result should be achieved even if the Samoan company had at an early stage of the case sought, for strategic reasons, to stay the proceedings in Samoa.

Mr Sun (China) voiced his support for the position of the Russian Federation. He reiterated that Article 7 gave rise to many difficulties; Contracting States had different rules on capacity and different States might apply Article 7 in different ways with differing results. In such circumstances it would be difficult to know how Article 11 would operate in practice. Furthermore there was the additional problem of how Article 20 might be inferred as operating when no formal declarations would have been recorded.

The Chair noted that the concern of the Chinese delegation was not related to the underlying policy issues but to the practical operation of the provisions.

Mr Sun (China) agreed but also pointed out that his delegation did object to one State being able to judge whether another was in contravention of the Convention.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that it was essential to prevent parties from being able to defeat the objectives of the Convention and that therefore Article 11 played a crucial role. He questioned if the practical problems related to Article 7 would be as significant as suggested. In his view the examples of the Delegate of New Zealand with regard to submission would not be caught by Article 11 as they were consistent with the principle of party autonomy. Responding to the Chinese delegation he pointed out that a non-Contracting State would not of course have made any Article 20 declarations. He indicated that the policy behind Article 11 was more important than any limited practical difficulties that might arise. He reiterated that it was essential that non-Contracting States could not become havens to parties violating choice of court agreements. He recognised that a court might not have all the relevant information to decide if an Article 7 court was entitled to hear the case, but it would have to do the best job it could.

Mr Kovar (United States of America) expressed his agreement with the comments of Mr Beaumont. Responding to the Chinese delegation he suggested that the reasons justifying the intervention of the Article 7 court were likely to have

Procès-verbal/Minutes No 10

been recorded in the judgment of that court. It was though impossible to anticipate potential Article 20 declarations. He added that Article 11 was not likely to arise in many cases because it was unlikely there would be assets in the Contracting State; however, the existence of Article 11 might encourage non-Contracting States to join the Convention. On balance, his delegation favoured retaining Article 11.

The Chair stated that the concerns of the delegation of China had merited discussion. He noted that it was for a claimant to act appropriately if he wanted to have a judgment subsequently recognised in a Contracting State. If a claimant were to bring proceedings in a non-Contracting State he would be fully aware that he ran the risk of non-recognition of that judgment in a Contracting State. If a claimant wanted to guarantee recognition in a Contracting State he would have to ensure that the court seised acted in accordance with Article 7 and then present these facts to the requested Contracting State. The system was not perfect but parties had the possibility to act in such a way that the record was clear that there was a basis under Article 7 to bring proceedings in a non-Contracting State as if it had been a Contracting State.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) noted that tentative answers had been provided and delegates could now reflect on these.

The Chair indicated that the Commission would return to this issue in the morning and then consider Article 9(1) *c)*, Article 7 *e)* and Article 9(1 *bis*).

The meeting was closed at 5.50 p.m.

Procès-verbal No 11

Minutes No 11

Séance du mardi 21 juin 2005 (matin)

Meeting of Tuesday 21 June 2005 (morning)

La séance est ouverte à 9 h 45 sous la présidence de M. Bucher (Suisse), les co-Rapporteurs étant MM. Dogauchi (Japon) et Hartley (Royaume-Uni).

The Chair expressed the Commission's warmest thanks to the delegation of Germany and asked to convey to their Embassy how pleased participants were to attend the pleasant reception of the evening before. He then welcomed Mrs Natalya Borisovna Sluysar, Director of the Integration Committee of the Eurasian Economic Community, and gave her the floor.

Mrs Slyusar (Eurasian Economic Community (EurAsEC)) made the following speech:

"Thank you, Mr Chairman, for this opportunity to speak. I would also like to thank the Permanent Bureau of the Hague Conference and the Secretary General, Mr Hans van Loon, for the generous admission to the Twentieth Session of the Hague Conference on Private International Law.

In 2000 the Russian Federation and the Republics of Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan and Tajikistan have established the Eurasian Economic Community. Three countries – Armenia, Moldova and Ukraine – act as observers. The Eurasian Economic Community is a trans-regional international organisation to which its Member States have transferred competence concerning integration in the areas of economy, trade, culture, scientific research and law. It is more than just an REIO. It has developed quickly, and obtained the status of observer at the United Nations General Assembly 2003.

Two of the basic goals of the Eurasian Economic Community are harmonising legalisation and coordinating foreign policy. They are achieved by decisions of the Eurasian Economic Community Inter-State Council, which are binding for all Members States and are implemented through their internal legislation.

The Eurasian Economic Community has its own Community Court, whose judgments are final and binding. As of now it decides on disputes between Member States, but in the near future its competence will include disputes between physical and legal persons. The Court's jurisdiction is rigidly defined in its Statute, and may be augmented by treaties within the Eurasian Economic Community framework.

In its workings the Eurasian Economic Community relies largely on multilateral treaties in force between its Members. The preservation of the system of treaties is very important for this international organisation. We note that the current draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements, should it be adopted, will have priority over other treaties, specifically in cases of later treaties or when States concerned are Party to both the Convention and the other treaty. This may interfere with the dispute settlement mechanisms of the Eurasian Economic Community and distort the functioning of its judicial system.

Therefore it would have been preferable for us if the draft Convention reflected the need to recognise imperative rules on jurisdiction, and gave greater regard to other treaties.

We wish the distinguished members of Commissions I and II success in their worthy endeavours. We follow the work of the Hague Conference with great interest, and hope for expanding co-operation between our organisations."

Article 11

The Chair thanked Mrs Slyusar for her introduction. As there were no further interventions he proposed to come back to their work. The last stage they had reached the day before was the debate on Article 11. Support was expressed as to the inclusion of such provision. On the one hand, the proposal of the Drafting Committee was preferred to the original text of the Special Commission. However, that draft could be improved. On the other hand, there were two serious opponents. The delegation of the Russian Federation proposed the deletion. This proposal was strongly supported by the delegation of China. The Chair asked whether there were any overnight developments or shifts in position or attempts to accommodate the concerns of the Russian Federation and China. He noted that the two positions of those delegations were not identical. The delegation of the Russian Federation opposed on a matter of principle while the delegation of China opposed for practical difficulties to apply that provision. The Chair asked

whether there were any comments that would lead to a conclusion or an intermediate conclusion of the debate. If there was no intervention in either one way or the other, he would have to rule that the issue was not mature for decision at that moment. He stated that nobody would oppose to his feeling. Accordingly, he proposed to suspend that subject for the time being. He invited the participants to discuss the matter among them and stated that the issue was pending. He then proposed to have Article 11 as proposed by the Drafting Committee placed between brackets and to delete the previous version of the Special Commission. Noting a reaction from a Delegate of the Russian Federation, he asked him whether he would have preferred to keep both the texts.

Mr Kosorukov (Russian Federation) preferred to keep both. His delegation had a problem as a whole, and in principle also, with the wording of the Drafting Committee.

The Chair observed that the comments from the Delegate of the Russian Federation were not entirely consistent with what he had stated the previous day. He asked the Delegate whether the text of the Special Commission would in any way help his delegation.

The Chair noted that the Delegate of the Russian Federation was indeed of that view and concluded that both the text of the Special Commission and the text of the Drafting Committee would be kept between brackets.

Article 9(1) f) *and* g)

The Chair noted that there were double brackets for Article 9(1) *g) ii)* as proposed by the Drafting Committee (Work. Doc. No 1). He stated that the discussion on Article 9(1) *f)* and *g) i)* had been finished and that for the time being had been resolved pending the discussion on Article 9(1) *g) ii)*. For some delegates there was indeed a connection between *i)* and *ii)*; The entire text was therefore still kept between brackets. The text of the Special Commission was also kept between brackets. However, he thought that the more serious brackets were in Article 9(1) *g) ii)* as proposed by the Drafting Committee. The main problem related to that sub-paragraph and its possible consequences with regard to the entire Article. There were indeed no differences of policy between the draft prepared by the Special Commission and the draft prepared by the Drafting Committee. It had been agreed the previous day that in the case of a judgment given in a non-Contracting State, if the State of origin had been a Contracting State, it would not have been given in contravention of the Convention.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that he was sorry, but that he had noted on the previous day that Article 9(1) *g)*, both in its original version and in the proposal in Working Document No 26, did not coincide with *i)* of the Drafting Committee. According to him Article 9(1) *g)* did not coincide with *i)* of the Drafting Committee. There was a difference in policy in the proposal made by the delegation of the Russian Federation and that of the Drafting Committee. He thought that it was not so that all agreed on Article 9(1) *g) i)*.

The Chair answered that on that point, his ruling was that the difference did not exist. He reminded the Delegate of the Russian Federation that he had said the previous day that there was a link between their proposal and the text proposed by the Special Commission. If they referred to their proposal, it was exactly in compliance with the text of the Special Commission. The Chair stated that there was a decision the day before on that issue and there were no objections, including from the delegation of the Russian Federation. Accordingly, he would not open the discussion again.

Mr Sun (China) wanted to add another point. He thought that if Article 11 were deleted, Article 9(1) *g) ii)* also had to be deleted. He thought that there might be no need to have *i)* in Article 9(1) *g)*. That was what he wanted to remind the Commission of.

The Chair responded to the Delegate of China that that was exactly what he meant. If Article 9(1) *g) ii)* were deleted, there was no need to keep Article 9(1) *g) i)*. That solution would mean to come back to the text of the Special Commission. It was a matter of drafting and of deletion that was on the table. He thought that they had to make some progress on that matter within the limits they had fixed.

Article 9(1) c) – *Documents de travail Nos 25, 26 Corrigendum, 37 et 39 / Working Documents Nos 25, 26 Corrigendum, 37 and 39*

The Chair then referred to Article 9(1) *c)* as regards notification. There were several working documents with respect to this provision: Working Document No 25 from the delegations of Japan and the United States of America, Working Document No 26 and its Corrigendum from the delegation of the Russian Federation. There were two new working documents on the table. The first was Working Document No 37 from the delegations of the Russian Federation and Ukraine. The main difference with Working Document No 26 Corrigendum was that the following sentence in *c) i)* was no longer deleted, but retained as in the text of the Drafting Committee: "unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification [...] to be contested". The Chair noted that the proposal was close to what they had already discussed. The second was Working Document No 39 from the delegations of Australia, Japan, New Zealand, the United States of America and the delegation of the European Community.

He first invited the proponents of Working Document No 37 to take the floor, albeit briefly as the text had already been seen.

Mr Malynovsky (Ukraine) stated that the problem had been discussed quite extensively on the previous day. The delegations wanted to provide the basis for a possible compromise solution. It was important that the notification took place according to the rules of the State where it took place. He did not see the need for Article 9(1) c) *ii)*. It seemed to have the same aim as was already reflected in the first paragraph.

The Chair invited the proponents of Working document No 39 to present their proposal.

Mr Goddard (New Zealand) stated that his delegation had no particular views, or no strong views. He had listened carefully to the concerns of other delegates and had tried to find a formula that would meet as many as possible of the concerns, although it was not possible to meet all. He looked at the heart of the issue and "public policy" was not a good formula. Concerns had been raised by the delegation of Norway. He also thought that the term "sovereignty" was unlikely to be helpful. The non-recognition should only take place if there were serious problems and not if there had been a minor departure as to the form of notification. It should be confined to serious cases, such as the unauthorised service from overseas. Article 9(1) *c) ii)* dealt with the notification of the defendant in the requested State. It had to be "manifestly incompatible with the fundamental principles of public policy". "Manifestly" meant seriously and clearly. He thought that it was a fine path to walk and it seemed to him that the proposed wording (Work. Doc. No 39) walked that path. He thanked the delegations that had supported the proposal and stated that it had not been possible to speak to more delegations.

Procès-verbal/Minutes No 11

The Chair thanked the proponents of the Working Document No 39 for their efforts to present a joint proposal. He had the feeling that the previous day most of the delegations were in favour not to go in the direction of full protection on rules of notification, though it was the underlying philosophy of Working Documents Nos 26 and 37. He asked whether Working Document No 37 was nevertheless supported and whether there were comments on Working Document No 39.

Mr Markus (Switzerland) noted that he had already stated that he felt some sympathy for Working Document No 37, namely that it took into account the law of the State where notification or service took place. He thought that the proposed test seemed too severe and precise and that it could give rise to delay or to the non-recognition of a decision in the case of only a minor incompatibility. He thought that this had been discussed sufficiently the previous day. There should not be such a severe test.

Turning to Working Document No 39, he wanted to ask a question. He noted that in that area, two points were important. The first was the protection of the defendant. There were substantial rules for the protection of the defendant and the sovereignty of the State concerned. He wondered what the relation was of Article 9(1) *c) ii)* in Working Document No 39 and Article 9(1) *c) i)*. The rule in *i)* protected substantially the defendant. That was a very fundamental rule. The rule was based on the Convention itself and was not drawn from the applicable law. That seemed to be a good rule. It contained all that one wanted in order to protect the defendant. Sub-paragraph *ii)* was partly for that purpose. It protected the defendant in itself. Therefore the relation between the two sub-paragraphs had to be considered.

The other question was what the relation was between sub-paragraph *ii)* or Working Document No 39 and Article 9 *e)*. The participants had already discussed the rule of public policy. If sub-paragraph *ii)* were not a rule for the protection of the defendant, but a rule for the protection of the sovereignty, it would be covered by the public policy of the interested State. He wondered what the difference with Article 9 *e)* would be. It was just on the relation of the provisions and he wondered whether the proponents could comment on that.

Mr Goddard (New Zealand) stated that he had tried to be brief when introducing Working Document No 39, but he had been too brief. He thought that the Delegate of Switzerland had posed good questions. There were two interests at issue: firstly that of the defendant and secondly that of the requested State. As far as the defendant was concerned, sub-paragraph *i)* established a fact-based autonomous Convention standard. One would be assessing the adequacy of the notice with regard to time and form. It was an autonomous Convention standard. Regarding the defendant, all the elements were in sub-paragraph *i)*. Sub-paragraph *ii)* addressed the distinct concern of the requested State. A significant number of States had an important interest in the matter. The sub-paragraph was concerned with the requested State and not with the defendant. The proposal in Working Document No 39 addressed the concerns of the requested State. It would be too principled of that State to take into consideration the concerns of other States. It is not for that State to protect the interests of other States. There should be no opportunity for that State to refuse recognition because of the important concerns of other States. It did not affect its judicial system.

He then referred to the relation with Article 9(1) *e)*. The question had been raised the previous day if sub-paragraph *ii)* could be deleted and *e)* could do all the work. There were two reasons why it could not. The first was that paragraph *c)* was on the notification of procedure. It was possibly an exhaustive rule and one should not have to have recourse to another. He thought that there was a concern in the meeting. That was what he thought, but that should surely be discussed by the experts. The second was the concern raised by the Delegate of Norway on public policy and whether that captured it. He had thought that it did, but it was unhelpful to have doubt. The question was notification of the defendant and it had to be dealt with exhaustively in paragraph *c)*. There should be no residual possibility in terms of the initial proceedings under paragraph *e)*. One important refinement was the situation where in the original proceedings there was some serious breach of natural justice. He referred to a case where the plaintiff had sent the notice on a judgment on quantum to the defendant's old address while he knew that the defendant had moved. The judgment was not enforced. Paragraph *e)* would be the place to deal with that situation.

Mr Kosorukov (Russian Federation) referred to the questions of the Delegate of Switzerland. From the point of view of the delegation of the Russian Federation, Article 9(1) *c) ii)* should not apply exclusively to the requested State. The defendant was protected in paragraph *c)*. That merely added another level of protection when the defendant lived in the requested State.

Regarding the question of whether paragraph *e)* had to be interpreted independently of *c)*: That was a different rule and should not be limited by paragraph *c)*.

He did not see the compromise in Working Document No 39. It replaced "public policy" with "manifestly incompatible with fundamental principles of the requested State [...]". That was clearly not preferable for the delegation of the Russian Federation for reasons much elaborated upon previously. It was important for observing the rights of the defendant to take into account the legal order of the State where he resided when the notification took place. The delegation of Switzerland had stated that the test in Article 9(1) *c) i)* of the proposal of the delegations of the Russian Federation and Ukraine (Work. Doc. No 37) was too precise. Mr Kosorukov stated that precision was exactly what his delegation had had in mind when developing this proposal. They had considered a reference to public policy, but thought that a reference to the law of the State of notification was much clearer and would not pose a problem for any judge. He believed that the proposal in Working Document No 37 was a major step towards a compromise, because it allowed for the exception where the defendant appeared without contesting notification.

The Chair stated that he needed some directions to conclude on that issue. The previous day he had concluded with respect to a similar proposal that that proposal went manifestly too far for the Commission. Unless there was another direction they needed to make a decision on the issue. The protection of the defendant was an important thing but he asked how far they could go. Did they want to have a detailed rule referring to the law of the State where the notification took place, so that the protection mechanism would be applied in parallel at the recognition stage? He thought that this was not the wish of the majority of the delegations. The Commission wanted to have a flexible rule regarding the protection of the defendant. That had been accepted by the delegations, apart from that of the Russian Federation.

A second issue was whether the State's interest should also come into play. The text of the Special Commission referred to the notion of public policy. It seemed that the concepts of public policy or sovereignty were not appropriate but that the idea behind it should be kept. That was the purpose of Working Document No 39. He asked again whether there was support for Working Document No 37 or comments on Working Document No 39.

Mr McGovern (Canada) stated that his delegation could associate itself with the proposal made in Working Document No 39 and thanked the Delegate of New Zealand for the effort.

Mr Markus (Switzerland) wanted to briefly intervene after the useful explanations by the Delegates of New Zealand and the Russian Federation. The system envisaged in paragraph *c)* excluded residual matters under paragraph *e)*, which would not apply to notification at all, but to all other matters of public policy. The question was whether it did so. He wanted to pose a small question. He had listened carefully to the Delegate of the Russian Federation. He thought that there was a major concern. Sub-paragraph *ii)* applied only when the defendant was served in the requested State. Then only would the public policy of the requested State apply. The situation would not fall under paragraph *e)*. He was concerned with the problem where the defendant was served in a different State, *i.e.* in the State of the proceedings or in a third State. There would then be no consideration of public policy by the requested State. Although he could imagine that the defendant had been notified in the third State or in the State of the proceedings, sub-paragraph *i)* could be sufficient for the protection of the defendant. Nevertheless, it could be contrary to the rules of the requested State. He was wondering about the sovereignty of the third State. The recognising State might also want to protect the sovereignty of the third State if there had been a severe violation in the way the notification had been carried out. He imagined that the requested State would take other States' interests into account. The consequence was that he proposed to delete "of the requested State". If that were deleted, it would in fact ensure the possibility of the requested State to consider whether the notification was not against the sovereignty of another State.

The Chair asked the delegates not to further complicate the debate. The problem they had was how to protect the rules of notification of the requested State but they were then also required to provide protection of third States' sovereignty. He thought that that would be going too far. He reminded the delegates that they did not only have to look at Article 9(1) *c) ii)*, but they also had to rule on Article 9(1) *c) i)* which applied independently of where the notification took place. That had been considered as sufficient. It was a delicate matter to protect the requested State in relation to its own system of protection. Until then there had been no interventions to expand the protection to the interest of the third States beyond what they already had in *i)*. If the discussions went in such a direction, he expressed his worry that they would not be able to find a perfect solution, but that the debate would also not go on.

Mr Sun (China) wanted to intervene briefly. He had two points. The first was that he felt some sympathy for the previous speaker. Public policy would not come into play if the State where service took place was not the State where the defendant resided. That was not acceptable. He thought that it was incompatible and that more thought was necessary.

The second point regarded Working Document No 39. He thanked the proponents that they were willing to compromise. However, in the wording, there were two rules: "manifestly incompatible" and "fundamental principles". He hesitated to use those two phrases at the same time. In paragraph *e)* "manifest" was used. The paragraph under discussion used "manifestly incompatible with fundamental principles...". He did not think that there should be a difference. His delegation would accept it, but either "manifest" or "fundamental principles" had to be deleted. Both could not be retained.

The Chair repeated the alternative proposal of the Chinese delegation to either delete the word "manifestly", or delete the word "fundamental". He thought that the first proposal was lighter and that the second could be heavy. He asked the proponents of Working Document No 39 whether they could reach a compromise on that issue.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that the proponents could not co-ordinate their positions at that point. It was difficult to make concessions on the floor.

The Chair replied to the Delegate of the United Kingdom that he was endeavouring to ask questions on time although he knew that he would not always receive an answer.

Mr Beaumont (United Kingdom) supported the Chair's reaction to the intervention by the Delegate of Switzerland. He thought that the Delegate of Switzerland was tilting at windmills. He wondered whether one should really refer to the interests of third States and he did not think that one should. Most States did not have public policy rules on the matter at hand. Some had and they could apply their own, but not those of other States.

He then turned to the concern raised by the Delegate of China on service. Sub-paragraph *i)* protected the interests of the defendant. Those were the interests of businesses which were possibly established in four States, and not of individuals. The protection for businesses could be less. For States the protection was more limited. They could use Article 9(1) *c)* and they should not be able to say that anything was prejudicial to the interests of other States.

Mr Thue (Norway) found it necessary to intervene on behalf of a weaker party: the judges. He thought that they were not so sophisticated as to be able to understand and interpret the differences between Article 9(1) *c)* and 9(1) *e)*. The situation is that one might have competent lawyers on both sides and that left the poor judges. Many judges had difficulty even with the application of the Lugano Convention. He thought that they, and even lawyers, would have great difficulties with the Convention under discussion. He thought that the proposal of the delegations of the Russian Federation and the Ukraine was at least clear with respect to what one was talking about. He thought that the Drafting Committee should try to write Article 9(1) *c)* and 9(1) *e)* together.

Mr Kovar (United States of America) agreed with the Delegate of the United Kingdom in reply to the intervention made by the Delegate of Switzerland. He did not see the place for the court of the requested State to consider the violation of the court of origin's own notions of public policy. He did not think that one should go down that road.

In response to the delegation of China, he stated that the specific language was in fact directly parallel to sub-paragraph *e)*. That provision stated: "manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of...". The language was directly parallel. Nevertheless, his delegation had no problem discussing further in the corridors or in the Drafting Committee.

Regarding the desire of the Delegate of Norway to be as clear as possible for judges, he was not sure that combining sub-paragraphs *i)* and *ii)* made it any clearer. Sub-paragraph *i)* referred to the defendant and that was a factual test. Sub-paragraph *ii)* referred to the general interests of a State. Splitting the provisions had an inherent logic and brought clarity of drafting. In the judgment of his delegation that was good enough.

The Chair said that he was trying to settle the matter. They were trying to make progress but if he saw that there was resistance,

Procès-verbal/Minutes No 11

they might have to proceed by way of a Working Group if they wished so. He stated that there was no support for the proposal made in Working Document No 37. As stated by the Delegate of Norway, that proposal fully relied on the domestic law of the requested State. That proposal had no support to be carried on.

As to Working Document No 39, two other proposals had been made. Although the delegation of the United States of America seemed to be prepared to accept that deletion, he had not heard from the other proponents that they would accept such deletion.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that he was open to discuss the draft. To a certain extent it was a drafting issue. There was no more reference to public policy in the proposal and the proponents had wanted to be clear. It was absolutely clear from the point of view of the delegation of the European Community that they wanted to exclude the possibility that recognition and enforcement be refused because of some formality of notification in internal law itself. On the policy there was full agreement. One had to refer clearly to rules or principles that were important. The proponents had used the words "manifestly" and "fundamental principles". To some extent those two expressions covered the same philosophy. He thought that the matter could be referred to the Drafting Committee.

The Chair said that since they were all sitting there, they had all become experts in the word "manifestly". They knew that it was a matter of substance and not of drafting. However, if it were a general wish, he would be prepared to leave the issue to the Drafting Committee.

Mr Goddard (New Zealand) was grateful to the Delegate of the United States of America for explaining the parallelism between Article 9(1) *e)* and the language of Working Document No 39 for Article 9(1) *c) ii)*. If one read to the end of paragraph *e)*, one saw that "fundamental principles of procedural fairness" were referred to. One was looking at the same level in paragraphs *c)* and *e)*. He thought that the mood of most in the room was that there was some logic in what the Delegate of China had said and that the word "manifestly" could be deleted. He thought that the matter could be sent to the Drafting Committee.

The Chair took note of the invitation of the Delegate of New Zealand to delete the word "manifestly" and to check whether there was consistency between all the provisions of the Convention.

Mr Inoue (Japan) thanked the participants for the growing support. He had a minor comment. He thought that the Delegate of Switzerland had made an interesting proposal. However, he felt slight hesitation. He thought that it would be difficult for a Japanese judge to see what was the public policy of Switzerland and what was not. Japan could have a different public policy to Switzerland, and especially the degree of public policy could vary. He thought that it might be difficult in practice.

Mr Musger (Austria) explained why Article 9(1) *c) ii)* was needed. If one had only sub-paragraph *i)*, it could be argued that that provision was an exhaustive rule so that the general public policy provision would not apply. Therefore sub-paragraph *ii)* was needed. He thought that the Delegate of New Zealand had made it clear that paragraph *c)* had to be like paragraph *e)*. He thought that the basic policy had to have the same level. He was wondering why the wording of paragraph *c)* was not changed to really reflect paragraph *e)*: "notified... in a manner that was manifestly incompatible with public policy". That would make it clear. That could be a solution for the draft. If it were not, one could try to align the wording in another way. One had to think a bit more, because it was complicated.

Mr Kosorukov (Russian Federation) found it interesting to see that some of the interventions had the effect of worsening the protection of the defendant in comparison with Working Document No 1. He was wondering why one had to reflect the wording of Article 9(1) *e)* in Article 9(1) *c) ii)* and not *vice versa*. He did not support the current wording of Article 9(1) *c) ii)* because it did not fully protect the defendant, but he could clearly see the reason behind this wording, which was to uphold the public policy of the requested State. This was a separate provision from 9(1) *e)* because it offered a higher degree of public policy protection in matters of notification. The proposal in Working Document No 39 would eliminate this distinction, bringing *c) ii)* down to the level of *e)*. This would be detrimental to the defendant but also to the requested State, which would be denied the application of an unfettered public policy exception even in this small matter. He did not think that there was full agreement on sub-paragraph *i)*. Before it was referred to the Drafting Committee, there had to be agreement on the policy.

The Chair took note of the fact that the delegation of the Russian Federation was not prepared to withdraw their proposal in Working Document No 37, although it had no support from the other delegations. He stated that they had to find a solution on the basis of consensus. Therefore, it would have been extremely helpful if they tried to make progress and consider revision. He added that the expression "detrimental to", when the overwhelming majority did not support their proposal, should have a question mark. He would probably rather follow the proposal of the Chinese delegation.

Mr Kosorukov (Russian Federation) did not want to create the impression that his delegation was rigid. They were open to compromise and to negotiation. He stated that Working Document No 37 had been a step towards a compromise. He could not see an alternative. Working Document No 39 was not fully acceptable for his delegation for the reasons that he had explained. He stated that there were some delegations that did not fully support it. There was at least a question and discussion.

The Chair said that he had been looking for a clear statement to move away from Working Document No 37. He reminded the delegates that they had to use the word "compromise" with caution. He noted that the text of the Special Commission referred to public policy. Working Document No 39 was intended to overcome the difficulty they had with public policy. Working Document No 37 required the notification to have been fully compliant "with the law of the State where the notification took place". That was followed by a semi-colon with a reference to whatever proceedings and whatever date. That departed further from what the Special Commission had proposed.

He then invited the delegations, which would have a compromise, to proceed. The contribution would have to be concrete. He noted that the only proposal that might help was Working Document No 39. Some also proposed to delete the word "manifestly". The delegation of Switzerland wanted the deletion of "requested State" but as there was no real support for that proposal, he thought that they would probably not insist on it.

The Chair proposed to have a final short round on the issue of notification.

Mr Goddard (New Zealand) wanted to say briefly that the proponents of Working Document No 39 had all agreed to delete the word "manifestly" to try to accommodate the delegation of China.

Mr Kovar (United States of America) wanted to note quickly again, with regard to the proposal of the delegations of the Russian Federation and Ukraine, that the issues had been discussed many times and that his delegation objected, like many others. The proposal meant that even a small violation of internal law would lead to non-recognition and that was not the kind of protection that one should provide in the Convention under discussion. One could not consider public policy unadorned. That would lead to a disparity in the way in which the Convention was applied in those countries where a small violation of internal law was considered to be incompatible with public policy, and in those countries that had a higher threshold for what was considered to be incompatible with public policy. Therefore one had to try to even out the approaches between different legal systems. That was why the words were so important.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated briefly that he was on the same line. He hoped that the matter could be settled there and then. They could accept the deletion of "manifestly" and he thought that the policy was clear. In another way, it went against what had already been discussed. He reminded the participants that there were also other conventions and internal rules between Member States on the matter of service. There were also rules on recognition and enforcement. There should not be any confusion with other conventions. He thought that this had to be clarified in the Report. Parties to treaties should respect them and he expected them to do so. He hoped that the participants could adopt Working Document No 39 without the word "manifestly" and move on.

Mr Inoue (Japan) was on the same line as the previous speakers. He supported the deletion of the word "manifestly" in Working Document No 39. It was an elaboration of the old *c)* in Working Document No 1. He agreed with the Delegate of Austria on the parallelism between paragraphs *c)* and *e)*. However, regarding the service of documents, paragraph *c) ii)* should be the be-all and the end-all. If one emphasised the parallelism too much, it would be interpreted as just a part of *e)*. The wording was clearly different. He agreed with the delegation of the United States of America in that one should not refuse recognition and enforcement only due to a minor formality in breach of internal rules.

The Chair was grateful to the delegation of Japan for their contribution. He knew that the issue was one of the main concerns of Japan. He thanked that delegation for the solution they had proposed, which could be generally accepted.

Mr Sajko (Croatia) wanted to make a short remark on Working Document No 39. His delegation supported that wording. If one compared it to the previous wording of sub-paragraph *ii)*, the wording was different, but not the substance. Working Document No 39 used the words "fundamental principles". As one knew, foreign law would not apply if it were in contravention with the fundamental principles of the *lex fori*. It was disguised wording for public policy.

Another small remark was that the word was often in Hague Conventions; they had been told the previous day the exact number of Conventions in which it had been used. He thought that "manifestly contrary to public policy" was good. The participants should not dwell on the use of the words. If it were to be in the Convention, it should be in line with previous Hague Conventions. He thought that "manifestly" had to be retained.

Mr Markus (Switzerland) briefly stated that his delegation was aware of the idea of indirect protection of a third State. He had noted that his proposal had not been enthusiastically supported and he withdrew the proposal to delete the words "of the requested State" from the proposal in Working Document No 39. In the spirit of compromise, he was ready to support Working Document No 39. As to the open question of whether the word "manifestly" stayed in or went out, he had a slight preference for its deletion. He stated that the Report should reflect the idea or the system behind Articles 9(1) *c)* and *e)*. There was a strict separation between those provisions. The idea behind the separation of sub-paragraphs *i)* and *ii)* was essential. Sub-paragraph *i)* contained the only rule for the protection of the defendant. Sub-paragraph *ii)* was the rule for the protection of the State's interests. At least one had to avoid a different standard for the defendant according to whether he was notified in the requested State or in another State. He thought that the Report had to state that sub-paragraph *i)* dealt with the defendant. One could avoid that there were two different standards in different States.

The Chair noted that all the proponents of Working Document No 39 had moved in the direction of the proposal of the delegation of China. He therefore thought that the delegation of China might feel satisfied.

Mr Sun (China) did not want to prolong the debate unnecessarily. He wanted to flag that he associated himself with the important intervention of the Observer for the European Community. Other conventions were important too. He thought that nothing should be done to prejudice other conventions.

He also agreed with the Delegate of Switzerland and he thought that the ideas had to be put clearly in the Report. He hoped that the meeting could move forward. He thought that that would make the Chair happy.

The Chair noted that Working Document No 37 was no longer supported. The Commission approved Working Document No 39 with the deletion of "manifestly". That matter was settled.

Articles 7 e) *and 9(1* bis*) – Working documents Nos 8, 13, 26 and 40 / Articles 7* e) *et 9(1* bis*) – Documents de travail Nos 8, 13, 26 et 40*

The Chair then referred the delegates to Article 9(1 *bis*) and to the proposal of the delegations of New Zealand, the United States of America and of the delegation of the European Community (Work. Doc. No 40). That proposal addressed two provisions: Articles 7 *e)* and 9(1 *bis*). He reminded the participants that Article 7 *e)* had been left open because they had difficulties to agree on a common understanding and drafting. Both above-mentioned provisions were connected, which explained why they were presented in the same proposal. He therefore proposed to deal with the two matters together. He invited the delegations to remind the Commission of the underlying problems, as they were jumping from one provision to another.

Mr Goddard (New Zealand) stated that he would start under the control of his co-proponents, who had participated very actively in the development of the proposal. He thought that it was worth stepping back to Article 5(3) which set out two qualifications on the rule that the chosen court had to hear the case. Letter *a)* was on jurisdiction related to the subject matter or the value of the claim. Letter *b)* was on internal allocations of jurisdiction. He particularly remembered the decision to delete the text between brackets in Working Document No 1 and to add that if there was discretion, the choice of the parties had to be duly taken into account. There were two

possible situations in which the court would not hear the case: the first was that it could not because of the value, and the second was that it was transferred. That could be mandatory, *i.e.*, it had to happen. If there were discretion, the choice of court had to be taken into account. In most of the cases there would be no transfer because weight would be given to the choice of the parties. One also had to remember that in some cases because of the subject matter, a court would dismiss a case and there would be no question of transfer; just the result of the transfer was being dealt with (from the chosen court to another court). There was another particular situation: if the courts of the United States of America had been chosen and there was then a transfer to another court in the class of chosen courts, that would not be an Article 5(3) situation and there would not be a problem. One was only dealing with the situation where there was a transfer by a court, which had specifically been chosen or by one of the class of chosen courts to a court that had not been designated.

There were two practical problems. The first was related to Article 7. Once the chosen court had transferred the case, could an unhappy party go to a court in another Contracting State and seek to have a non-chosen court hear the case? According to Working Document No 40, he could. If the chosen court refused to hear the case, a party who did not want to proceed in a different court that had not been chosen in the choice of court agreement, could go to another court. This was normal. The Convention would no longer preclude a non-chosen court to hear the case. But what would happen to the judgment of the transferee court? That was the Article 9 problem. Article 9 started by saying that "[a] judgment given by a court in a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States...". Here the judgment would be from a court that had not been designated. Paragraph 1 would, on the face of it, not apply.

The answer was in Article 9(1 *bis*): "Paragraph 1 shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3. However, where the chosen court had discretion as to whether to transfer the case to another court, recognition or enforcement of the judgment may be refused against a party who objected to the transfer." Mr Goddard wanted to go through the elements, because there was a lot packed into that provision. There had been a lot of going back and forth. To start with, in some cases paragraph 1 would apply: in cases was if there had been a judgment by a court in the Contracting State in which the parties wanted to litigate. That judgment of the transferee court would be recognised and enforced as if it were a judgment of the chosen court. But if the court had discretion under Article 5(1) *b)* and asked to have regard to the choice, and still sent the case away despite the agreement, the party who objected and was sent off would not be exposed to recognition and enforcement of the judgment under the Convention. There would be an ability to refuse recognition under the Convention. So, the basic rule was that the judgment would be enforced as if it were one of the chosen court. It would be a tiny number of cases where the court were asked to have regard to the choice of court agreement and still send the parties off. If a party objected, it was possible to refuse recognition.

He thought that this was a sensible and practical approach. The delegations of the United States of America and the European Community had both moved a lot and he wanted to thank them and welcome the proposal.

The Chair welcomed that effort and invited the two other proponents to take the floor.

Mr Kovar (United States of America) appreciated the careful explanation of the Delegate of New Zealand. He stated that it had been a difficult compromise to reach. There were fundamental issues of the legal systems concerned. They had tried to find areas where there could be common ground. He thought that it was important that the Report made one point clear: every transfer was not necessarily a "transfer" for purposes of this provision of the Convention. The choice of court agreement could be drafted in a general way. A transfer of a federal court to another federal court or to a state court in the same location could still be what the parties had agreed to. The provision only applied if one went away from the chosen court or chosen courts.

The Chair thanked the Delegate of the United States of America for that clarification.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that there had been a lot of effort to compromise. He wanted to enlighten one aspect that might not be too clear. He stated that in the first discussion on the compromise, the protection of the will of the party was a fundamental issue.

His first point was the choice of court. Before one could apply Articles 5(3) and 9(1), one had to answer the question whether it was a real transfer, or whether the new court was still a chosen court. He stated that one might go further: people could write contracts in the way that avoided the need or possibility for a transfer. They might choose different courts. They were allowed to do that and it would still be an exclusive choice of court agreement if the different courts were in the same State. Then one would remain within the rules of the chosen court and the rules on transfer would not apply. There would be no effect for the new court, because it was still chosen.

The second element was that the draft wanted to make it clear that it was not a question of a chosen court and one party not wanting the case to be transferred. In reality all Article 9(1 *bis*) did was to introduce a new ground for refusal. It could be further elaborated.

The Chair drew the attention of the participants to Working Document No 8 of the delegation of the Russian Federation and Working Document No 13 of the delegation of Japan, both with respect to Article 7 *e)*. Working Document No 10 had already been presented and was then superseded. Working Documents Nos 8 and 13 proposed the deletion of the brackets contained in Article 7 *e)* and the delegation of the Russian Federation joined the delegation of Japan in favour of the deletion of the reference to *b)*. The essence of Working Document No 13 was to keep the text that was in brackets, making reference to Article 5(3).

As to Article 9(1 *bis*), there was also a proposal from the Russian Federation in Working Document No 26, which consisted in the deletion of the brackets in the draft of the Special Commission.

Mr Inoue (Japan) stated that he fully respected the negotiations between the delegations of New Zealand, the United States of America and the European Community. However, he still had mixed feelings on the wording in Working Document No 40. Firstly it proposed that the brackets in Article 7 *e)* were deleted. That would cause *lis pendens* more easily. He had some hesitation. Secondly, he supported retaining the proposal for Article 9(1 *bis*) as far as the first sentence was concerned. In Working Document No 1, there were brackets with a reference to Article 5(3) *b)*. He thought that "*b)*" had to be deleted, keeping the reference to Article 5(3) as a whole, and that the wording had to be retained with the wording of the first sentence.

He still had some hesitation in supporting the proposal. One should not resolve the unease of a party in a procedural way. The court would give the parties an opportunity to express their views. That would incur a burden on the judge and would affect the procedural rules of the internal law. He did not see at which time a party would be able to raise an objection. A party might at first agree and then later have second thoughts and raise an objection afterwards. He did not fully support Working Document No 40 and thought that the discussion had to be continued.

The Chair hoped that the discussion would help the Japanese delegation to proceed. As to the time factor that they had mentioned, he invited them to ponder on whether that was a serious issue and how it could be solved.

Mr Kosorukov (Russian Federation) had, like the Delegate of Japan, mixed feelings. The policy behind Article 9(1 *bis*) was interesting, but he was not fully certain. He was thinking of the implication of the deletion of the wording in Article 7 *e)*. That was a new proposal. He could say that the position behind Article 9(1 *bis*) was considered favourably by his delegation.

The Chair reminded the Delegate of the Russian Federation that he had asked them whether they were ready to address that proposal. The problem was well known; he had the feeling that they could try to find a solution then and move on. Otherwise, they would have to postpone the discussion.

Mr Poon (China) thanked the proponents of Working Document No 40. He referred to the proposed Article 9(1 *bis*) where the judgment could be refused recognition. He wanted to add the element that the defendant did not appear in the court to which the case had been transferred. That was the first point. The last point was that his delegation was still studying the time factor. There might be some other idea or intervention later.

The Chair invited the forthcoming speakers to also comment on the latter observations that had just been made and to see whether that could be tackled in the second sentence of the provision. As to the time factor of the objection to the transfer, one idea could be to state that the objection had had to be raised before the chosen court, or they could even try to be more precise.

Mrs Sabo (Canada) was grateful to the delegations that had produced Working Document No 40; from the perspective of the delegation of Canada, it went a long way towards compromise. The elimination of the words between brackets in Article 7 *e)* did cause some concern. The way in which her delegation understood that it would work, was that if there were a transfer under Article 5 and a court in another Contracting State were seised, that court might hear the case, except if a rule in Article 7 applied. That would increase the possibility of conflicting judgments at the recognition and enforcement stage. Article 9(1 *bis*) would possibly also raise issues under Article 9(1) *f)* and *g)* and so forth. Under the rules as they were set out, the functioning would add to the complexity. She thought that it was the only way for compromise.

She then referred to the intervention by the Delegate of China and was sympathetic to the idea of having a special rule for the defendant not appearing. The issue was how far one wanted to go to protect the defendant.

Regarding Working Document No 40, it was helpful to emphasise that the transfer could only be in that State. She thought of the words "in that Contracting State" and thought that clarification was needed. The Observer for the European Community in his comments mentioned that one of the new issues was the question whether the court was still chosen. In Canada it was not clear how that would affect the courts. The system was different from that of the United States of America, although they were often included in the discussions as if the situation were the same. She stated that generally in a province, there was one court. There were a number of judicial districts and a judge sitting in one might also sit in another. They were all the same court. The Chief Justice might for example decide that a case would not be heard in Toronto, but in Ottawa. That would still be the same court of Ontario. It would not be a transfer, because it was the same court. She thought that the Report could perhaps clarify that.

The Chair thought that probably part of the answer would be dependent on how the choice of court agreement had been drafted.

Mr Hartley (co-Reporter) stated that if a court in Saskatchewan was chosen, another court in Saskatchewan would still be the chosen court and the provision under discussion would not apply. The judgment would be recognised and there would be no question of whether the defendant agreed or not. If one chose a court in Ontario, one could be litigating in a court in Ottawa, Toronto, London or Kingston. That was not what the meeting was talking about. If one moved the case to Alberta, that would be a transfer. On the other hand, if it stayed in the chosen court, that would not fall under the provision. He asked whether that met the concern of the delegation of Canada.

Mrs Sabo (Canada) replied that it did.

Mr Goddard (New Zealand) stated that the co-Reporter (Mr Hartley) had explained the issue better than he could. Regarding the timing of the objection, the thrust of the second sentence was that the objection to the second court had to be made in the context of the court that had the discretion. The party could not have second thoughts later. It must be at the time of considering the discretion (Article 5(3) *b)*). He was sure that this could be drafted. For instance, placing "before the chosen court" at the end would be one possible way. He had not had enough time to think it through. He referred to the issue of submission. A defendant could not submit and later object. To use an American saying, one had to fish or cut bait. One had to object or go along. One could not ask later for special protection.

Mr Sajko (Croatia) stated that one had to analyse at that point the scope of the choice of court agreement. One had to look at what the parties agreed and everything depended on the wording of the choice of court agreement. After the analysis of the agreement, one had to conclude that it was not possible for a chosen court to have discretion to transfer to another court. That was one solution. Another was that if at the conclusion of the agreement, such discretion was admitted, then a transfer would fall within the scope of the agreement. Only if the agreement did not admit discretion for transferring to another court, would one have the situation pertaining to Working Document No 40. At that moment, he just had a short remark. Regarding the time element, he thought that it could be fixed. One could add after "may be refused against a party who objected to the transfer" the words: "before entering into the merits of the dispute before that court". He had not invented the phrase;. it was also used in arbitration.

The Chair noted that the Delegate of Croatia had intended by his intervention to put his proposal before the Commission. It had been noted and they would come back to it.

Mr Markus (Switzerland) was extremely grateful for the draft of Article 9(1 *bis*). He thought that it was a great achievement

Procès-verbal/Minutes No 11

and wanted to thank the delegations. He thought that there were several points. He agreed with the delegation of China that there might be a problem in the case of non-appearance of the defendant. That had not yet been resolved. He agreed with the delegation of Canada in terms of the clarification. One meant "in the same State" and that had to be made clear. He also agreed with the explanation of the co-Reporter (Mr Hartley) with regard to what was the understanding of what was the chosen court in the sense of that provision. There was one small issue. If different courts were chosen in the agreement, it was clearly implied that the plaintiff had a choice. That favoured the plaintiff. If one transferred a case from a chosen court to a different court which was also agreed, but not seised by the plaintiff, that might be quite inconvenient for the plaintiff; he would have reasons to seise a specific court. However, Mr Markus could see that it was difficult if one wanted to consider that, and it would be a narrower notion of the chosen court. Regarding the rules on transfer, he thought that it could be clarified in the Convention, but he could also live with clarification in the Report.

Mr Bennett (Australia) supported Working Document No 40 and he agreed with what the co-Reporter (Mr Hartley) had said. There was a distinction between a choice of court and a choice of venue. The same court could be in different places. There was a grey line, especially in federal systems. He told the participants that an Australian federal court could sit in Tasmania, New South Wales or anywhere else. The same applied to the High Court of India. It could be the same court for some purposes and another court for other purposes. Just to complicate matters, the High Court of Australia had ruled that a court of a state could sit as a matter of convenience in another state. That would not happen in the United States of America. That was the question of court and of venue. He thought that a litigator was more interested in venue. From a theoretical point of view, the court was more important. There was no bright line in the distinction between a choice of court and a choice of venue.

Mr Kosorukov (Russian Federation) recognised the value of Working Document No 40. There should not be a discrepancy in the approach between Article 7 *e)* and Article 9(1 *bis*), where there is an exclusion for the chosen court if it had a discretion to transfer a case. To preserve the logic, he thought that Article 7 *e)* had to be corrected. He had a proposal for amendment. The text between brackets had to be retained, without "*b)*" *(i.e.,* referring to Article 5(3) as a whole. Then the words "and did not have a discretion not to do so" had to be added. He thought that this would preserve the logic.

The Chair summarised the proposal of the delegation of the Russian Federation. That proposal consisted in taking Article 7 *e)* from the Special Commission's text (Work. Doc. No 1), to remove the brackets as well as the reference to *b)* and to add at the end "and did not have discretion not to do so". The Chair noted that they would then have two negatives in the same sentence. However, the idea was perceived. He asked whether there were any reactions on that proposal.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that one might have to go back to Article 7 and try to explain why the words between brackets had been deleted. It was not a disaster as some might think. He thought that Article 7 had been simplified and he wished to venture to explain why. In that case, one was still in the situation where one considered the choice clear. One was at a different point of time in the assessment. There could be different courts that would have jurisdiction in the absence of a choice of court agreement. For instance, the one court might have jurisdiction because the defendant was domiciled there and another because that was the place of the performance of the contract. There might be different courts, but it was not so that all courts had jurisdiction. Maybe there might be a few. Article 7 did not give jurisdiction to courts, but just allowed courts to exercise it if they had jurisdiction. One had to go back to the reasons behind Article 7. The second point was that when the parties agreed, they did not want to go just to any court. They could have decided to live with the courts that already had jurisdiction, but they decided to agree on a specific court, for instance that of St. Petersburg. At the time of the action, when that court was seised by one of the parties, there might be mandatory rules to send the case to Moscow. In principle, it would be in the interest of the plaintiff to go along. Then there would be a decision that would in any case be recognised under the Convention. Why should they go to another court. If one presumed that the plaintiff preferred to go to a court in Canada, he could do that, but if he did not go along to the court in Moscow, he would not have a judgment that was under the Convention. He thought that the application would be limited and rare. He thought that one could live with the easier solution of suppressing the words.

The Chair asked for any comments on the amendment proposed by the delegation of the Russian Federation.

Mr Goddard (New Zealand) agreed with the Observer for the European Community and thought that he had given a helpful explanation about how it would work. He had two reasons for not supporting the proposal made by the Delegate of the Russian Federation. The first was simplicity. He did not think that one should overdraft to deal with a case within a case within a case. He referred to the speech of the German Ambassador the previous evening that the Convention would not be a work of art, and to the reminder of the Chair not to be too perfect. The participants should not draft for the 1% of the 1% of the 1% of the cases. The second reason regarded a question of principle. Why would one in some cases apply Article 7 if the chosen court decided not to hear the case? A party would no longer be litigating in the court that they had chosen. If they wanted to they could go elsewhere. There was no reason for distinguishing the case. If the parties were happy to say (as he expected that they would be) that they wanted to have a judgment under the Convention, they should be permitted to do so. He thought that it was logical, coherent and fair.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that from his delegation's point of view, in Articles 5(3), 7 *e)* and 9(1 *bis*) the workings of a State's judicial system had to be respected. It was respected in Article 5(3) by the Special Commission and finalised by the Drafting Committee. To impose limitations on the benefits of the judgment under the Convention, was not entirely in line with what had been agreed with regard to Article 5. Why should the transfer of cases under mandatory rules be denied the benefits of Article 7 *e)*? Why should parallel litigation be permitted? He agreed that the positions when the chosen court had discretion or not had to fully comply. He supported Article 9(1 *bis*) and stated that there was a need to amend Article 7 *e)*. He did not see the reason to weaken so much the reference to the jurisdiction of the States. He stated that the discussions were not about arbitration. They were concerned with the working of States' courts and the working of a judicial system as a whole. It was perfectly logical that there could be an exception as he had worded it and that would address the issue.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) wanted to elaborate. He thought that they were close to something that looked like a compromise. One had to look again at Article 7. There were no opposing policies. If one looked at it in an abstract way, they were the same. He stated that it seemed that a rule was emerging. One year ago his delegation had

asked the other delegations to change their rules. They could not do that and his delegation was not asking that anymore. That was in relation to Article 5(3). Regarding Article 7, his delegation was asking the other delegations to fully respect the choice of the parties. In the case of a frustrated choice, the competence of the Article 7 court should be respected. He thought that it was the same policy and that it was logical. He thought that they had to keep on that track. It had been indicated that there would be no parallel proceedings. There were no different States involved. A court would dismiss a case and there was not a lot of interest in principle. Only in the case where there was effectively a contract and the defendant was not happy would one have parallel proceedings, and he thought that in principle that would not happen. It had been accepted that there would not be *lis pendens* rules.

He gave an example of a German company that had concluded a choice of court agreement in favour of the courts of St Petersburg. In theory, if there were no agreement, there might be two courts that would have jurisdiction. He hoped that he was not making a mistake with respect to German law. The two courts that would have had jurisdiction in the absence of the agreement, were a court in Germany and one in St Petersburg. It all depended on who initiated the proceedings. If the Russian company were the defendant and there were no other element in Germany, the German courts would not have jurisdiction. If the Russian party sued the German party in St Petersburg, and the parties were sent to Moscow, the German defendant might not want to go to Moscow for some reason. What would the German party do? In theory there was a possibility of parallel proceedings. However, there were two problems. The German courts would in most cases not have jurisdiction. The second problem was that the German party could not be the defendant in the other court. He must thus have a counterclaim. That would not happen often. He thought that the proposal of Working Document No 40 would simplify the matter.

The Chair noted that the discussions revealed there was a parallelism between Articles 7, 5 and 9 on that issue. However, that parallelism could not be considered mechanically. Although those three provisions used the same language, it was not in a mechanical way as the approaches were very different.

Article 5 addressed situations where the court of the relevant State had been chosen. Article 7 dealt with cases where the court seised was in a different State than the State of the chosen court. Therefore, the approach of the question of transfer of jurisdiction was very different on the way in which a compromise might be reached. There the compromise would have been with regard to an implied balance between those courts. The purpose of the Convention was to ensure that a choice of court agreement would be respected. Then there was Article 9, which dealt with the recognition and enforcement of a judgment that had been rendered by the chosen court, or by the court to which the case had been transferred in that same State.

The Chair emphasised that the approach that had been followed in Working Document No 40 was to consider those various situations and to find a compromise on those cases. He had noted that most of the delegations had been satisfied by the proposal, which had received overwhelming support.

However, the Chair noted that they still had to address the comments made by the delegation of China. The first proposal was to make a distinction in the second sentence of Article 9(1 *bis*), as to whether the defendant had appeared or not. He thought that this might not be a good criterion. If the defendant had not appeared, he asked why he or she should have the possibility to object. He wondered whether it was really important to address the issue. The second proposal was to determine the moment when or the context in which the objection had to be raised. He said that the Commission might be more specific on that issue.

Mr Sun (China) thought that it was important whether the defendant appeared or not.

The Chair asked the Delegate of China whether he would be able to propose a wording as to how to introduce that element in the provision.

Mr Sun (China) stated that his delegation would work on the issue and table proposals.

Mr Musger (Austria) wanted to comment on the default situation. They were dealing with cases where the court had discretion. Normally, the plaintiff would go to the chosen court. It would be the defendant who asked for a transfer. Then one would not have a default problem. He thought that it would be so in most cases. In a small number of cases where the plaintiff went to the chosen court and the court on its own motion ordered a transfer, which might be possible under some systems, it was necessary to protect the defendant. He saw the default issue as not pertinent in most cases.

The Chair wondered whether that situation should really be dealt with. In the event that the defendant had the opportunity to object to the transfer but did not appear, it seemed to him quite contradictory to require the protection of that kind of behaviour.

Mr Goddard (New Zealand) referred to the situation in which the plaintiff did ask for a transfer. If the judge transferred the case, it would be enforced. He wondered how many times less objectionable the case was where the defendant did not object.

The Chair noted that the Delegate of China had expressed comments, that they were recorded and would be included in the Minutes. He asked the delegation of China whether that would meet their concern.

Mr Sun (China) stated that his delegation was at that stage flexible regarding the consensus. He noted that the Convention usually had a different view on a default judgment. He wanted the Commission to record that they would be flexible on that Article, but that it should not prevent them from raising concerns later in the discussion. He stated that this was not the right time, but that his delegation still had some concerns on default judgments.

The Chair thanked the Delegate of China. If there were a need to add a specific provision on a judgment rendered by default, they would have to come back with a proposal but not too late. He understood that the delegation of China was not insisting on that issue.

With respect to the time factor in Article 9(1 *bis*), the Chair noted that there was a general agreement that the objection to the transfer had to be raised before the chosen court. There were two specific proposals in that respect. The first one was to add the words "in the context of the discretionary decision" and "before a chosen court". Thus the objection had to be in relation with the exercise of the discretion of the chosen court. There was a proposal of the delegation of Croatia to make a reference to "before entering into the merits of the judgment". However, he thought that this last proposal might not be the best solution. It was not the aim to introduce a substantial difference between the procedural laws which addressed the issue of the merits in many different ways.

Procès-verbal/Minutes No 11

He stated that it was mainly a matter of choosing the right language. He pointed out that the idea was in fact implicitly addressed in the current text with the use of the past tense ("objected"). He proposed to refer the matter to the Drafting Committee which would have to look closely at this provision and to make a decision as to whether they wanted to add the words "before the chosen court" and if so, whether they should also add something in line with the words "in the context of the discretionary decision".

The Chair took note of the fact that the proposal of the delegation of the Russian Federation had not been retained with respect to Article 7 *e)*, although it had been an interesting discussion. The Commission adopted Article 7 *e)* as it stood, while the words between brackets were omitted. Article 9(1 *bis*) was adopted as it stood completed with the language initially provided in Article 7 *e)*.

Mr Inoue (Japan) did not want to delay the issue. He wanted to clarify a point. It regarded the word "object" in Working Document No 40. He wondered whether it included an appeal if that was allowed under the law of the State of the court.

The Chair said that it should be answered in the affirmative if there were an appeal on the transfer matter.

Mrs Ferreira (China) wondered whether the Chair could repeat what he had said before.

The Chair stated that the proposal of the delegation of New Zealand, namely to add "before the chosen court", had been preferred to the expression "before entering into the merits" because that last proposal referred to internal rules of procedures.

He then stated that regarding the suggestion made by the delegation of China, the Commission would try to settle the issue. He also wanted the Commission to finalise the discussions on Article 9. Discussions would then skip over Articles 12, 13, 14 and would have to deal with Article 15 on damages.

La séance est levée à 13 h 10.

Procès-verbal No 12

Minutes No 12

Séance du Mardi 21 juin 2005 (après-midi)

Meeting of Tuesday 21 June 2005 (afternoon)

The meeting was opened at 2.45 p.m. under the chairmanship of Mr Bucher (Switzerland) with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

The Chair opened the meeting stating that there were some remaining items on Article 9 to be resolved, before moving on to consider Article 15.

He referred to Article 9(2) concerning the review of the merits of the judgment. He commented that there was no working document on this provision. He said that the provision had been carefully drafted by the Special Commission. He noted that there were no interventions and consequently the provision was adopted.

He then referred to Article 9(3), which concerned the determination of the effects of the judgment. He said that the provision had also been carefully drafted after several attempts by the Special Commission. He again noted that no proposal had been made and that the floor had not been requested. He stated that accordingly the provision was adopted.

The Chair then introduced Article 9(4), which concerned a judgment being under review in the State of origin. He noted that this was a flexible rule. Again it was observed that there were no working documents on this provision. He said that the provision had also been fully considered by the Special Commission. He observed that the floor had not been requested, and that the provision was adopted.

The Chair stated that Article 9 was dealt with, except for the issue of conflicting judgments: a matter to be considered in relation to Article 11, which was still open.

He then invited the delegates to move on to considering Article 15 on damages. He said that the Commission would first hear a presentation by the co-Reporter, Mr Hartley. He said that he had been advised that there would be an extensive debate on this issue, it being very important for the delegates. He suggested that the presentation form the basis of the debate.

Mr Hartley (co-Reporter) said that the issue of damages was one of the most important topics, so he wished to introduce Article 15.

He said that Article 15 used the term "non-compensatory damages" in paragraph 1. He asked what this term meant. He said that it was necessary to distinguish between compensatory damages and non-compensatory damages. He noted that non-compensatory damages included exemplary or punitive damages. He said that these terms meant the same thing. He went on to explain that punitive damages are damages intended to punish the defendant for especially blameworthy conduct (*e.g.*, malice or recklessness) and also to deter others from doing the same thing. He stated that punitive damages are found in all common law countries. He said that they differ from a criminal penalty in that they are awarded in civil proceedings and are paid to the victim, not to the State. They differ from compensatory damages in that they are intended to do more than put the plaintiff in the position he would have been in if the defendant's wrongful act had not occurred. He gave an example of when such damages might be awarded: a car producer knows that the car is dangerous, yet still produces it because he knows that it is cheaper to pay compensation than to fix the fault. He explained that compensatory damages are intended to compensate the victim for his loss.

Mr Hartley raised the question: for what kinds of loss should compensation be paid? He explained that there are four kinds of loss:

i) Objective assessment (or concrete loss). He noted that by and large there was really not much room for argument on damages resulting from this type of loss;

ii) Speculative assessment, *e.g.*, compensation for a lost opportunity. Quantifying this type of loss requires a large amount of guesswork. He acknowledged that in these cases it is very difficult to know what a party's position would have been if the loss had not occurred;

iii) "Dommage moral" (or "moral loss"), *e.g.*, pain and suffering, loss of reputation, emotional distress, humiliation and hurt feelings. He explained that in theory this type of damages is meant to put one in the position one would have been in if the loss had not occurred, but in practice it does not do this. As a result in these cases damages could be grossly excessive;

iv) Accounting for profits (or "disgorgement" or "restitution"). This type of damages gives the plaintiff the unjustified gain of the defendant, and is common in some intellectual property cases. In theory these damages are not exactly compensatory, although Mr Hartley noted that he had never heard anyone object to this type of damages.

In relation to types ii) and iii) noted above, Mr Hartley said that it was difficult in practice to draw a line between those damages that are compensatory and those that are punitive. He commented that the "excessive" damages referred to in Article 15(2) could be punitive or non-punitive.

Mr Hartley also noted the existence of liquidated damages, which are damages, the level of which is determined by the contract. These could be or could not be compensatory in nature, depending on the circumstances.

Mr Hartley went on to explain the reasons for having Article 15. He explained that some countries have a problem with the nature of punitive damages, even if the amount awarded is very small. Other countries have no objection in principle to punitive damages, but they do object if they are excessive. There is also a problem in deciding whether damages are compensatory or not.

He outlined the possible solutions to the problem in relation to damages and Article 15:

i) Keep paragraphs 1 and 3 and delete paragraph 2;

ii) Keep the whole of Article 15; or

iii) Delete the whole of Article 15.

He stated that the Drafting Committee text indicated what Article 15 would look like if paragraph 2 were deleted. It was not intended to pre-empt a policy discussion as to what solution is best.

The Chair thanked the co-Reporter for his presentation. He stated that the Commission had Working Document No 1 and the alternative drafting of the Drafting Committee before it. He explained that connected to this big issue was the matter of insurance contracts, which was addressed in Working Document No 31, which proposed to add a paragraph 4 to Article 15. He also stated that Working Document No 30, as corrected, on Article Z concerned this issue. In addition the Commission had before it Information Document No 2, which gave an overview of the matter.

Mr Kovar (United States of America) said that he wished to take the floor first on this issue because it was of the first importance for his delegation. He explained that the proposal of the delegation of the United States of America was to accept the alternative of the Drafting Committee, which deleted paragraph 2 and combined the remaining paragraphs in a reasonable way.

Mr Kovar said that it was important that a provision that was initially drafted for a different convention (the broad 1999/2001 convention on recognition and enforcement of judgments, which included consumer contracts, potentially employment contracts, information torts, copyright torts, etc.) not were accepted in *toto*. He explained that on the basis of that broad text, the delegations had worked together to prepare a provision that would achieve consensus. However, the Convention before the Commission now was not the same. It was a narrower convention, covering exclusive choice of court agreements only, which are concluded between businesses and are civil or commercial in nature. He said that in this context it was possible to say that the parties to the contract knew that they were choosing a particular court and a particular legal system. He noted that there was sometimes a misunderstanding as to how legal systems work, but in this case where parties have chosen the court, they have opted for certainty, predictability and transparency.

He went on to say that today the vast majority of legal systems deal with the issue of whether or not to enforce foreign award of damages under the concept of public policy. He said that he was not aware of any instruments that had provisions like this one. The Brussels Regulation (European Council Regulation No 44/2001), the *Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters* (the Minsk Convention) and the Inter-American instruments on private international law do not have rules like Article 15. He thought that if damages were really of a quantum beyond the scope of rationality, or if a judgment presented an element of damage completely unknown, courts could use public policy to deal with that.

He stated that nevertheless, he understood that in this Convention a provision had been drafted that covered public policy in order to give greater certainty to delegations. He said that he was able to agree to language similar to that in Article 15(1) in order to deal with punitive, exemplary and triple damages that do not directly compensate a party. He said that he thought the provisions in Article 15 that would require States to recognise a judgment partially where it can do so, were helpful.

Mr Kovar explained that the proposal was to delete paragraph 2. By contrast, he thought that the existence of this paragraph in the Convention would create a situation where a judgment debtor could defend an action to enforce a judgment by re-litigating the issue of damages. He stated that the Explanatory Report acknowledged the difficulty in establishing a clear distinction between the types of damages. He said that as a result defendants would routinely fight the determination of the damages, even where they are compensatory. This would force the claimant to hire a local attorney, be subject to months of proceedings, and increase the cost of enforcing awards. He said that it would be unjust and the opposite of what the Convention was trying to achieve.

He stated that in the consultations that his delegation had had on this project he had found that this provision was completely unacceptable. He said that the American Bar was not prepared to accept this provision. He said that his hope was that some common ground could be found with those delegates who may have a preference for maintaining paragraph 2.

The Chair confirmed that the delegation of the United States of America proposed to delete paragraph 2 of Article 15 and address the issue in the way the Drafting Committee had pro-

Procès-verbal/Minutes No 12

posed, should such a policy decision be taken by the meeting.

Mr Bennett (Australia) said that he felt that it needed to be pointed out that there were factors at work other than differences in legal systems. He said that the issue was not only that different countries have different approaches to how non-compensatory damages are calculated. He stated that the underlying issue was that large sums of money awarded against companies in developing countries could ruin these companies. He said that how this was dealt with was a matter of economic policy. The issue was not simply about saying that damages are too high, but whether enterprises can accept damages awards due to loss suffered caused by their goods in wealthy States. He said that this needed to be taken account of in support of retaining Article 15(2).

Mr Sun (China) said that he also supported retaining paragraph 2. He explained that in China there was no clear distinction between punitive damages and compensatory damages. His country has a general rule of recognition and enforcement, which relates to the amount of the damages. He said that the Chinese courts cannot accept totally freely foreign judgments, even if they are compensatory in nature.

He noted that it was very difficult for a State to decide what kinds of losses are truly compensatory or punitive (as Mr Hartley pointed out). He said that this was one reason to retain paragraph 2.

Mr Goddard (New Zealand) said that there was a very strong argument that Article 15 was not needed at all. He said that it was difficult to see how a common law country would feel the need to have a clause of this kind, given that the public policy exception existed. He stated that under internal law States have a public policy exception, and also under the Commonwealth statutory regime the control of awards considered to be excessively punitive were dealt with by the concept of public policy. He added that the number of cases where this point arises is tiny; it was not something of regular occurrence. He said that it would be a tragedy if differences on this rare issue were to prejudice the progress of the Convention.

He said that there was a strong case to say that public policy alone can deal with the issue, especially as the Commission was only talking about recognition and enforcement of decisions of a court that the parties have chosen. He said that it was not the case that the claimant could later choose a court where these awards are granted. He also wished to note that the agreements under this Convention were symmetric. He thought that it was not unreasonable to say parties had agreed to these rules on damages.

As a matter of principle he thought that Article 15 was not needed at all. However, he acknowledged the concerns expressed concerning the potential recognition and enforcement of these awards that otherwise would not have been recognised or enforced. He said that this was not a problem for common law countries, but that he would be interested to know for which countries this was an issue.

Mr Goddard said that the retention of paragraph 1 and the proposal of the Drafting Committee was a sensible middle road to take. He noted the explicit acknowledgment of the delegation of the United States of America that the treatment of the issue in Article 15 does not preclude the use of the public policy ground, that public policy is complementary to Article 15. He stated that in the extreme event that a case were not covered by a redrafted Article 15, States could rely on the public policy ground. He thought that this should be made clear in the Explanatory Report.

He said that it would have been reasonable for the delegation of the United States of America to argue for the complete deletion of the Article; however, they had not. He said that in principle he would have supported such a proposal. He acknowledged that the delegation of the United States of America had come a long way in accepting this proposal.

Mr Sun (China) said that it was implied that this Article seemed to apply to situations where parties chose a court only before a dispute; this was not always the case.

He said that the delegation of the United States of America had said that the Convention was not supposed to apply to tort situations. He said that he had understood that it was clearly the intention of some delegations that intellectual property infringement cases are covered by the Convention. He said that, therefore, one could not say that parties always chose the court before the dispute arose.

In addition, in business-to-business cases it is not the case that the parties always choose the court of their own free will when one looked at the balance of power between the companies.

Mr Sun said that he wanted to keep paragraph 2 in the Convention. He concluded by saying that it was difficult for China to use public policy to deal with this issue; China is not a common law country. He asked the delegates to note that this Article was meant to be for all legal systems, not just common law systems.

The Chair said that as he understood the intervention of Mr Sun, Article 15(2) was not sufficient for China.

Mr Sun (China) responded by saying that his delegation had also made a compromise in respect of this Article.

Mr Goddard (New Zealand) wished to say firstly that he did not say that the parties could not choose a court after the dispute had arisen, but rather that the Convention was not about unilateral choices of court after a dispute has occurred. He noted that in fact most States were more willing to accept post-dispute choice of court agreements than pre-dispute agreements.

Secondly, in respect of torts, he said that it was important to bear in mind that the Convention could apply to disputes in relation to torts, but only between contracting parties who have an agreement covering these torts.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said that this was a debate that had been had many times. He acknowledged that the provision could be seen as an old provision from the previous broad preliminary draft Convention, and that the concerns in respect of this Convention were not so big. However, there were still lots of concerns and, therefore, he would insist on keeping this paragraph. He said that the explanation of Mr Hartley gave examples of when damages were so unconnected to the loss that enforcement could not be considered under this Convention.

He said that on his reading of Article 15 and the proposal of the Drafting Committeehe did not see a middle road in the simple suppression of paragraph 2.

He asked what would happen if paragraph 2 was deleted. It would leave paragraphs 1 and 3. He said that paragraph 3 was connected to all of this discussion and should not stand alone. He expressed the view that if paragraph 2 was suppressed, then paragraph 3 should be suppressed also. He asked what kind of solution this would be, just leaving paragraph 1

and the term "non-compensatory" which he believed to be unclear. He said that if paragraph 2 were suppressed, the court of origin might classify damages as compensatory, and the consequences of application of paragraph 1 alone would not be acceptable. He thought that it should be clear that the court of origin could not impose on the court of enforcement abstract qualifications of the damages being compensatory or non-compensatory.

Mrs Sabo (Canada) said that there had been interest in favour of essentially deleting paragraph 2. She wanted to address these comments and take strong issue with them.

She said that it had been said that this Article was negotiated in the context of the old preliminary draft Convention and it was therefore not needed now. She disagreed strongly with this view. She said the issue had been discussed at the Special Commission. She said that it had been recognised that tortious disputes could be within the Convention. She said that Mr Goddard had said that Article 15 was not needed at all because common law countries could use the notion of public policy. She said that this statement was completely contrary to both the common law and civil law of Canada. She explained that public policy was not a ground that the courts of Canada can use in this context to refuse to recognise or reduce the amount of an award. She explained that the Canadian public policy threshold was too high for that.

She stated that it had also been said that Article 15 was not needed because of the existence of the exclusive choice of court agreement under which the parties had chosen the particular forum. She acknowledged that sometimes that was true, but stated that this was not the case in non-negotiated contracts.

Mrs Sabo gave the example of a Supreme Court of Canada case which enforced a foreign judgment that began as USD 8,000, but that became a judgment for CAD 800,000 by the time the judgment was given. She said that these cases were of serious concern for Canada.

She said that the argument of using public policy did not advance the discussion, as some countries cannot use public policy. It would become a choice between States that use public policy and States that cannot. She said that if there were only a public policy mechanism in the Convention (and not Article 15) then some States would continue, in a non-transparent way, not to recognise and enforce judgments. She said that this would not lead to predictability.

She suggested that a possible provision could be something along the lines of "where damages are grossly excessive a court can refuse to recognise (...)". She noted that this still would not lead to a transparent result. She was, therefore, strongly of the view that the original text be retained. She did not support the proposal of the Drafting Committee for paragraph 1, and she did not support the proposal of the Drafting Committee that would apply if paragraph 2 were deleted.

She did say that she had heard the concerns of the delegation of the United States of America regarding re-litigating the question of damages, and that she would not want to see anything in the Convention that would encourage this. She said that she would be happy to see something in the Convention or the Explanatory Report to address this.

The Chair expressed a desire to discuss whether a public policy clause alone would be sufficient. He said that if it was confirmed that this was not the case, then a specific rule on damages would need to be worked on, whether that be the clause before the Commission or another one. Just deleting Article 15 would then not be an option in that case.

Mr Wagner (Germany) said that he wished to underline the views expressed by other delegates and, especially the Observer for the European Community. He said that this issue was important for Germany and that a text needed to be found that could be used by all.

He said that this text did come from the old preliminary draft Convention, the only difference being that this Convention only concerned choice of court agreements. He said that the choice of court should not be over-estimated, as all choices were of limited character. He said that if the Convention did not have some restrictions on these awards, then the whole Convention would be unsuccessful. A balanced text must be looked for, and the starting point for this was the text of the old preliminary draft Convention. He said that he was not only concerned by punitive damages, but also by grossly excessive damages. He said that the distinction between the two was not always clear, as indicated by Mr Hartley.

Mr Goddard (New Zealand) said that there was still confusion and he hoped to clarify the issues.

He said that it seemed that special rules limiting recognition and enforcement were only needed if without those rules the Convention would require recognition and enforcement where it would not otherwise occur. It was not necessary to limit recognition and enforcement under the Convention to a level lower than that under internal law. He asked if for Canada, which appeared to take a liberal approach to foreign judgments, there was any restriction on enforcement of these judgments now. If there was not, he thought that the Convention would not change anything, and therefore this rule was not needed.

Mr Goddard said that delegates seemed to be interpreting the presentation by the co-Reporter as saying that there was uncertainty as to what is "compensatory". What he thought was said was that the provision did not do anything to indicate what was considered to be grossly excessive. He said that where the line was drawn in respect of paragraph 2 was problematic.

Mrs Sabo (Canada) stated that her delegation's position stemmed from the Canadian model legislation, which contains provisions that look like Article 15. One province (Saskatchewan) had already adopted this model law (The Enforcement of Foreign Judgments Act / *Loi sur l'exécution des jugements étrangers*, Statutes of Saskatchewan 2005, Ch. E-9.121.; this Bill received Royal assent on 27 May 2005, but was not yet in force), and it was expected that others will follow. This model law places judgment creditors in a much better position in terms of the modification of damages awards (see Section 6) than under the Convention if Article 15(2) were deleted, because the judgment would at least be recognised under the model law.

The Chair asked whether this model law also contained provisions like Article 15(2).

Mrs Sabo (Canada) confirmed this.

Mr Bennett (Australia) said that public policy has two meanings in common law countries. He explained that in Australia there is a strong government policy of reducing tort damages and tort litigation. He said that this was government policy, not public policy. He said that there was no way the courts could refuse to recognise or enforce high awards on the grounds of public policy. Therefore, public policy was not an answer.

Mr Musger (Austria) said that it must be accepted that public policy was not a way out of the problem which could work

Procès-verbal/Minutes No 12

for all. Public policy was sometimes not enough, which was why there was Article 15. He noted that one delegation had a major concern with Article 15(2). He asked what would happen if Article 15(2) were deleted. He said that as a judge he had experience of recognising foreign judgments. If he had to apply Article 15(1) he would ask himself what "non-compensatory" meant. He thought that the whole paragraph would be meaningless if a court was bound by the qualification of the damages in the judgment court. That would allow the State of origin to undermine paragraph 1. He would therefore think that this could not be the meaning of paragraph 1. He would think that the decision of the court of origin, as to whether the damages are non-compensatory or not, does not bind the court addressed. He would then ask himself how one would assess whether damages are compensatory or not. He said that it may be that damages called "compensatory" do not actually compensate the party for the loss incurred; *e.g.*, where there are damages for pain and suffering, it is very difficult to see what the term "compensatory" means. If the payment is huge, it is apparent that at least part of the judgment is punitive. He thought that maybe considering judgments in this way could be a way out of the problems. He suggested redrafting paragraph 1 to ask if damages are designed to compensate for actual loss. If they are not, then they are non-compensatory, and such damages do not have to be recognised. He concluded by saying that this suggestion made clear that the real decisive element was whether the damages are designed to compensate for loss incurred.

Mr Bennett (Australia) said that one factor to think about was how this provision would work in relation to third countries. He asked whether one could go to a third country to seek the non-compensatory part of the award to be enforced afterwards.

The Chair said that he had always been of the view that the Article may operate in that way, *i.e.*, that parties may "enforcement court shop", although it was generally recognised that this was inconvenient for the parties.

Mrs Sabo (Canada) said that in terms of forum shopping she did not think that this was a risk as the determining factor was where the assets are situated.

The Chair agreed, but said that it could still happen that a claimant tried to raise his earnings by going to several different jurisdictions.

The Chair expressed the view that this serious problem should not disrupt the Convention as a whole. He recognised that a simple public policy clause would not resolve the issue for several countries, therefore work had to be done on this Article. He said that the provision had been set up after long debate and the terms had been chosen carefully. He asked that if the terms were to be changed, that this be done carefully and not brutally. He suggested that the notion of non-compensatory damages be worked on over coffee (Mr Musger having suggested that this term was not wholly satisfactory). He said that the notions of damages and compensation were changing. He said there should be a kind of general clause that would allow flexibility to reflect this.

He noted that the concern of the delegation of China went further. That delegation requested that the level of damages that can be enforced in China be preserved. They also said that paragraph 2 could be accepted as a compromise, although there was difficulty in their internal law with this.

The Chair suggested that since the Commission had had an extensive discussion on Article 15, a working group could be created in order to elaborate several drafting proposals on which the Commission could then decide. He added that before he moved on to another topic he wanted to give the floor to those delegations that had presented working documents (Work. Doc. No 30 and Work. Doc. No 31) and the observers that had produced information documents on the insurance aspect of Article 15, so that the working group could have a complete view on the problems this Article raises. He then gave the floor to the delegation of Australia.

Mr Bennett (Australia) explained that Working Document No 31 addressed the point of characterisation. He said that insurance matters could indirectly involve any other possible legal area, among which might be an area excluded from the scope of the Convention. He said that once it had been decided that party autonomy should apply to insurance contracts, then none of the policy exclusions should apply to contracts of insurance. He stated that Working Document No 31 intended to ensure that an insurance or a reinsurance contract was not going to be regarded as lying outside the scope of the Convention, only because it had been concluded upon an excluded matter. He said that, for example, an insurance contract covering liability for punitive damages should be covered by the Convention even though such damages were not covered. He then said that nevertheless it should be clear that consumer contracts were not addressed by the provision suggested in Working Document No 31. He explained that the latter provision only addressed the matters that were dealt with in insurance and reinsurance contracts and not the contracts themselves. The same would apply for contracts of employment. He explained that what was being discussed was a contract related to an excluded subject matter, not excluded types of contract. He was ready to accept redrafting of this proposal if it were deemed necessary.

The Chair noticed that for reasons of consistency it would be better if the drafting used in proposals referring to matters excluded from scope made reference to Article 2(2), as was the case in Article 20(1).

Mr Kovar (United States of America) said that his delegation considered the provision contained in Working Document No 30 to be an important provision because it was useful to clarify that the Convention did apply to insurance and reinsurance contracts regardless of what matters such contracts might cover. He noticed that some misunderstanding was possible if, for example, an insurance contract required the payment of a premium for cover for liability of an excluded matter. He remarked that in such a case it should be clear that a judgment on the insurance contract should be enforceable under the Convention. He wished to note that references to insurance and reinsurance in the commercial area do not cover consumer insurance. He also said the delegation of the United States of America had a great interest in this area. He explained that the United States of America has a large organised insurance industry, which has a strong reason to support the Convention.

Mr Goddard (New Zealand) explained that Working Document No 31 was not intended to have substantive effects but that it just sought to remove all doubts. He noted that insurance contracts were very important and that they frequently took place in a cross-border context. He reminded the Commission that the issue addressed in Working Document No 31, namely the fact that the policy reasons justifying Article 15 did not apply to insurance contracts, had also been addressed in paragraphs 204 and 205 of the Explanatory Report. He said that the proposal was simply to get rid of any uncertainty because of the practical importance of this issue.

The Chair asked the observers for the International Association of Insurance Supervisors and the International Bar

Association if they wished to intervene knowing that they had submitted Information Document No 2 on this matter.

Mr Oxendine (International Association of Insurance Supervisors) said that he had submitted a letter of support for the Convention. He said that it was his organisation's goal to harmonise the recognition of international insurance contracts, and break down barriers. He said that it was not possible to have a true world economy unless there is free flowing insurance. He said that this Article would help the free flow of commerce. He commented that he represented another group that had an interest in the Convention being ratified. He wished to thank the delegates for sponsoring this proposal.

Mr Schwab (IBA) said that he had some contextual remarks to make. Firstly, he wished to make delegates aware that USD 3 trillion was spent on insurance premiums, two-thirds of which was spent on reinsurance transactions and protections. He stated that the relevant communities were very focussed on this Convention. He expressed a hope that the Commission would facilitate harmonisation and enable the collateral held in their home states, which allowed for businesses to operate, to be released. He noted that if his organisation were behind the Convention, then its success would be greatly advanced.

He said that the closely related question of declarations required an understanding that business transactions require security in relation to insurance and reinsurance contracts. He said that the guideposts were specificity, clarity, transparency and security.

He said that the International Bar Association strongly took objection to the mischaracterisation of types of damages that can be awarded. He said that to receive his support insurance and reinsurance protection had to be accorded.

Mr Markus (Switzerland) explained that the intent of the delegation of Switzerland was also to clarify the two points addressed in Working Document No 30, namely firstly the inclusion of insurance and reinsurance contracts under the scope of the Convention and secondly to draw a clear distinction between non-compensatory and excessive damages and the insurance and reinsurance contracts covering such damages. He pointed to Working Document No 6, which aimed to cover the same point as that in Working Document No 30, paragraph 1.

The Chair said that Working Document No 6 would be dealt with when addressing Article 2 and that for the time being the delegation of Switzerland should keep to Working Document No 31.

Mr Markus (Switzerland) said that Working Document No 31 was intended to state clearly that where an insurance or reinsurance contract covers the risk of a person for liability to pay non-compensatory or excessive compensatory damages, notwithstanding Article 15, the Convention still applies to a judgment on such a contract. He explained that the reasons that had led to excluding these type of damages from the scope of the Convention were no longer justified when it came to insurance or reinsurance policies because the latter resulted out of contracts that had been freely agreed upon by the parties. He then said that he was not sure whether there were substantial differences or not between Working Document No 30 and Working Document No 31. He added that, however, Working Document No 31 clearly was not intended to apply to damages resulting out of breach of the insurance or reinsurance contract itself but only to the underlying matter covered by these contracts. He said that he was not sure that this was the case in Working Document No 30.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that although he thought that the wording used in Working Document No 1 already was clear, he could support Working Document No 30 in its attempt to lay out an even clearer wording.

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that questions related to insurance were of great importance for the delegation of the United Kingdom knowing this service industry represented a large part of its economy. He said that therefore he did not want the Convention to prejudice that industry, but on the contrary to positively help it. He noted that Working Document No 30 might help the insurance industry in the United Kingdom not to have to keep large sums of money tied up in the United States of America and that therefore this provision would have a positive effect. He then said that some drafting changes in the wording of Working Document No 30 might be useful such as the introduction of the term "merely" in paragraph 2. Eventually, he stated that in his opinion there were no substantial differences between Working Document No 30 and Working Document No 31.

Mr Inoue (Japan) said that his delegation supported the proposals contained in Working Documents Nos 30 and 31.

Mr Wagner (Germany) said that he supported the comments made by the delegation of the United Kingdom. He also noted that although he thought there were no substantial differences between Working Document No 30 and Working Document No 31 he thought that a small difference was that the proposal of the delegation of Switzerland was limited to final judgments.

M. Robitaille (Canada) indique qu'il s'interroge sur le point de savoir si les procédures qu'on entend exclure du champ d'application de l'article 15 sont uniquement les procédures qui opposent les parties à un contrat d'assurance ou de réassurance ou si une procédure à l'égard d'un tiers peut également être visée. Il explique que la différence de rédaction entre le Document de travail No 31, qui contient une référence à la notion de responsabilité civile, et le Document de travail No 30, qui n'en contient pas, est source d'incertitude.

Le Président indique que la question a été notée et qu'elle sera traitée par le Groupe de travail.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said that he wondered if a Working Group was really necessary, given that there was no real policy issue on this question. He thought that the Drafting Committee could deal with insurance questions with regard to Article 15. He said that if the policy position was not agreed upon then this could be discussed further, but he did not think that this was necessary.

The Chair explained that since the Commission had already to create a Working Group on damages it might as well address insurance questions related to this matter.

Mrs Sabo (Canada) said that her delegation strongly opposed the suggestion of the delegation of the European Community because it had serious reservations on this matter and that it should be resolved by the Working Group. The matter was not yet ready to be sent to the Drafting Committee.

Mr Sun (China) asked the Chair if it were possible for the Working Group not to start its mission before the next day because insurance contracts were a very sensitive issue and therefore his delegation needed some time to closely consider it.

The Chair stated that time was extremely precious because the Commission's work was behind the original agenda. He

added that the Working Group's mission was mainly to address the question of damages. He then asked the delegation of China if it were prepared to accept that the Working Group start its work that evening, knowing that the Working Group would only indirectly deal with insurance questions.

Mr Sun (China) said that his delegation accepted the suggestion made by the Chair and that it would be happy to join the Working Group.

The Chair said that the Working Group would consist of the following people: Mrs Sabo, Mr Kovar, Mr Trooboff, Mr Tenreiro, Mr Wagner, Mr Musger, Mr Beaumont, Mr Sun, Mr Bennett, Mr Goddard, Mr Markus, a member of the delegation of Japan, and a member of the delegation of the Russian Federation.

The Chair asked the Commission to consider Article 12 on settlements, noting that there was a Working Document from the delegation of the United States of America (Work. Doc. No 38).

Mr Kovar (United States of America) explained that the proposal in Working Document No 38 concerned the enforcement of settlements like judgments. He said that it had been discovered in preparing and consulting for this meeting, and from reading the Explanatory Report that a "settlement" in Article 12 is a specialised settlement unknown in the common law world. He said that by using the English language term "settlement", common law lawyers and judges would understand it as meaning something entirely different from what it actually is. He said that he would like to include "transactions judiciaires" in the English text of the Convention, and he requested that at least the name be changed in the title of the English text. He suggested giving it a name closer to the French name, or another name, that would highlight that the concept really is something different to the concept of "settlement" in common law countries. He said that in the proposal of the delegation of the United States of America had translated the French term into English, and he was, therefore, proposing the term "judicial transactions". He stated that he was, however, open to other suggestions.

He added that the key to making this provision work for common law judges is the provision of Article 13(1) *e)*. If common law judges are to enforce such judicial transactions then they would need a certificate of enforceability from the court of origin. A small conforming change was proposed to Article 13 to reflect the change proposed to Article 12.

Ms Schulz (First Secretary) asked the delegation of the United States of America to give an indication of the second small change they proposed.

Mr Kovar (United States of America) responded that it was purely a drafting issue on which he had no strong views. His only real issue was the change of title in Article 12.

The Chair asked the bilingual delegation of Canada for its views on this, from a language perspective.

Mrs Sabo (Canada) said that the terminology change was in conformity with the civil law of Quebec, the English version of that law using the term "transaction". In respect of the other small changes, "as a judgment" replacing "in the manner of a judgment", she felt that there was no change of substance. As for the change in Article 13, she felt that this was also appropriate.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said that this was effectively a language question. He said that in his experience the European Community has translated this concept of "transactions judiciaires" as "settlements approved by court". He said that it might be that in this wider context it might be better to use different wording. He thought that the Drafting Committee would be an adequate forum for this discussion.

On the question of the certificate, he referred to an article in the Brussels Regulation (European Council Regulation No 44/2001), which provides a form for this purpose. He said that there was a special provision dealing with the certificate to be used.

The Chair expressed agreement with the proposal.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) thought that this was a linguistic problem; what was important was that everyone was talking about the same substantive matter.

Mr Wagner (Germany) said that he was not a common law specialist, and so he did not know if it was really a linguistic problem or a change of substance. He said that the concept in Article 12, on which there was consensus, was that there are two types of settlement: firstly, court proceedings which were settled by the court; and secondly, an agreement or settlement approved by the court. He asked if there were other categories of these judicial transactions. He thought that this required more explanation.

The Chair proposed the possible use of both terms.

Mr Goddard (New Zealand) said that "settlement" was a familiar term, but was very different to what was meant here, so its use was dangerous. "Judicial transactions", however, was an unknown term, although probably better than "settlement". He suggested that trying to talk about an institution familiar in civil law could be done in the same way as in the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts* and *on their Recognition*. In that Convention the term "trustee" was used in the French version in italics because there was no equivalent term in French. He thought that this would make it very clear that what was meant was not "settlements" as commonly understood.

The Chairman of the Drafting Committee said that it should be remembered that the Convention would be adopted in two official languages. The delegation of the United States of America accepted the term in the French version. He suggested using the term "transaction", believing that the proposal of the delegation of the United States of America was perfectly reasonable.

Mr Bennett (Australia) said that, as had been said by Mr Goddard, the term "settlement" did create problems in common law. He explained that settlements can occur in two ways: firstly, parties can enter into an agreement that terminates the contract (the court can record that this has been done, but its legal value is no greater than that of any other agreement); secondly, parties can agree on a consent order, which is an order of the court, and a judgment that can be enforced. He said that a settlement would not be covered by the Convention, a consent order would be. He thought that the practical way to deal with this problem would be to follow the suggestion of Mr Goddard, and refer to the civil law doctrine. He was of the view that the common law countries are able to recognise when there is a judgment and when there is not.

Mr Kovar (United States of America) said that he would accept the proposal to use the French term in italics, or another proposal, such as that made by the Chairman of the Drafting Committee.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that the policy was well set out in paragraph 179 of the Explanatory Report. He said that this discussion was all about presentation, and not substance. He understood the confusion over the term "settlement". He did not really like the idea of having the French word in the English text, but was willing to admit that maybe this was wrong. He suggested that the Drafting Committee try and find an appropriate English term. He said that he was probably willing to accept the solution of inserting the French term if this is the best solution that can be found.

Mr Nielsen (Denmark) stated that he was from neither a common law nor civil law country, and that he did not understand any of the concepts. He said that he did, however, understand the substance of Article 12. He proposed using the word "agreement".

The Chair said that there had been a favourable reaction of the Commission to Working Document No 38 of the delegation of the United States of America. He said that he would not recommend the use of the French term; to do so would be exceptional. He thought that to use the French expression would not provide a favourable impression of the Convention on this point.

He stated that Article 12 was adopted.

The meeting closed at 6.00 p.m.

Procès-verbal No 13
Minutes No 13

Séance du mercredi 22 juin 2005 (matin)

Meeting of Wednesday 22 June 2005 (morning)

The meeting was opened at 9.50 a.m. under the chairmanship of Mr Bucher (Switzerland) with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

Article 2

The Chair welcomed Mr Matveev (Russian Federation) to the Commission. He recalled that the head of the delegation of the Russian Federation was a Vice-President of the Commission.

Article 2(1) a)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 2(1) *a)*. This provided that the Convention would not apply to exclusive choice of court agreements to which a consumer was party. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 2(1) b)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 2(1) *b)*. This provided that the Convention would not apply to exclusive choice of court agreements relating to contracts of employment. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 2(2) a)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 2(2) *a)*. This provided that the Convention would not apply to the status and legal capacity of natural persons. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 2(2) b)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 2(2) *b)*. This provided that the Convention would not apply to maintenance obligations. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 2(2) c)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 2(2) *c)*. This provided that the Convention would not apply to other family law matters including matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 2(2) d)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 2(2) *d)*. This provided that the Convention would not apply to wills and successions. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 2(2) e)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 2(2) *e)*. This provided that the Convention would not apply to insolvency, composition and analogous matters. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 2(2) f)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 2(2) *f)*.

Mr Kovar (United States of America) stated that a joint proposal of the delegation of his country and that of Australia (Work. Doc. No 42) would be distributed shortly. This sought to extend the exclusion in Article 2(2) *f)* to all contracts for the carriage of passengers or goods. He explained that including contracts regulating carriage by road, rail and air would have the potential of creating problems because of the multiplicity of other instruments in the area. He noted that the International Road Transport Union (IRU), on the basis of the draft Hague Convention, feared conflicts arising with the European Road Traffic Liability Conventions CMR and CVR. This possibility would be avoided by the joint proposal. He clarified that this exclusion would extend to baggage even though this was not expressly referred to.

Mr Matveev (Russian Federation) voiced his support for the joint proposal in Working Document No 42. He noted that this was identical in terms to his own proposal in Working Document No 41.

Mr Inoue (Japan) stated that the future proposal of the Japanese delegation (Work. Doc. No 44) would contain two alternatives depending on whether the proposal in Working Document No 42 were to be accepted. The first variant argued for the retention of the words in square brackets. However if it were decided to delete this wording, it was proposed to add a sub-paragraph *f bis)* to accommodate the limitation of liability of shipowners, a matter which should be outside the scope of the Convention.

The Chair asked if the proposal in Working Document No 42 did not already deal with this concern.

Mr Inoue (Japan) replied that his delegation wished for absolute certainty on this issue. If the proposal in Working Document No 42 were accepted, only contracts for the carriage of passengers and goods would be explicitly excluded. His delegation sought to protect the procedure concerning the liability of shipowners which he noted bore certain similarities with the procedure for insolvency actions.

Mme Sabo (Canada) indique qu'il aurait été utile d'achever la discussion de l'article 20 avant d'engager le débat sur la présente disposition, dans la mesure où les matières énumérées à l'article 2 sont très liées aux effets de l'article 20.

She indicated that she could support the deletion of the words "by sea". She argued that the Convention should be clear that it would not affect air transport. As to the words within the square brackets she could provisionally agree to their deletion but this would ultimately depend on the decision reached with regard to Article 20 as the two issues were linked.

The Chair replied that his understanding was that Article 20 had been adopted. It was just the case that two working documents remained to be considered: the first concerning incidental questions, the second concerning technicalities surrounding the time limits in Article 20(6). Furthermore he explained that there was a clear difference between Articles 2 and 20. The former provision dealt with general exclusions whilst the latter would allow States to exclude particular issues which caused them concern specifically.

Mrs Sabo (Canada) thanked the Chair for his clarification and stated that her position was that there were proposals on articles which remained to be discussed which could affect Article 20. This was why the connection between Article 2(2) and Article 20 was so important.

The Chair pointed out that the connection was in fact with Article 2(3). He suggested that the Canadian delegation had therefore no specific concerns with regard to this aspect of Article 2(2).

Ms Davies (Australia) noted that the multilateral instruments dealing with aviation were of great complexity and if disconnection were only to be dealt with under Article 23 practical problems could ensue. A specific exclusion in Article 2(2) would give transparency and provide certainty for courts.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) agreed with the Delegate of Canada that the present matter was indeed linked to other issues. He explained that his delegation had mixed feelings on this exclusion and had no definite views on the proposal in Working Document No 42. He stressed the connection with other existing conventions and stated that it was not yet clear how the present instrument would interact with them. He added that if the proposal of the Drafting Committee in Article 23(5) were adopted, it would mean that transport conventions could prevail over the jurisdiction rules of the present Convention but could leave open the possibility of the recognition and enforcement rules still applying. He advised that this question be left open until agreement was reached on Article 23.

The Chair acknowledged that this was a possibility but added that the view of the Special Commission had been that this area was so densely covered that it was preferable to exclude it from the scope completely. He added that if the issue was only covered in Article 23 checks would always have to be made as to whether the present Convention did or did not prevail.

Mr Markus (Switzerland) observed that the exclusion of matters from the scope of the Convention, whether under Article 2 or Article 20, should always be a solution of last resort. He noted that in matters of road, rail and air transport there were many international instruments which would fall within Article 23(5). As long as the latter provision was clearly drafted it would provide a workable mechanism and sufficient transparency because membership to an international convention could always be easily checked. He stated that he did not support the proposal in Working Document No 42 and argued for the retention of the existing text, adding that he could possibly accept the deletion of the bracketed words.

Mr Beaumont (United Kingdom) agreed that Article 2(2) was a mechanism of last resort. He conceded that a wide exclusion would make matters easier for litigants and courts but he argued that simplicity should not be the only relevant criterion and that legal certainty for business should be taken into consideration. He noted that not all legal instruments provided the legal certainty of the present Convention and that some lacked recognition and enforcement provisions. He observed that it would not be in the interest of business to exclude transport matters if a more subtle approach could be employed under Article 23(5). This would have the benefit of making the recognition and enforcement provisions of the Convention available in respect of transport matters where these were not available in specialised instruments or where there were no such instruments. He added that the greater complexity was a price worth paying given the potential benefit for businesses.

Mr Malynovsky (Ukraine) voiced his support for the amendments proposed by the delegations from the Russian Federation, United States of America and Australia. Nevertheless he added that his delegation was flexible with regard to the words in square brackets. He further pointed out that the reference to "admiralty or other maritime matters" was too broad and could create uncertainty at the time of the implementation of the Convention. He preferred that the clearly defined matters in the field of admiralty or maritime law be excluded from the scope of the Convention, such as suggested by the delegation of Japan with respect to "the liability of shipowners".

Mr Kovar (United States of America) expressed his disagreement with the presentation of Article 23(5) and its possible role in this area. Referring to Preliminary Document No 29, he quoted from the comments of the International Road Transport Union to the draft Convention:

"Upholding the provisions of Articles 23(4) and 23(6) of the preliminary draft Convention drawn up under the aegis of the Hague Conference on Private International Law and their potential entry into force would expose the contracting parties to the Vienna, CMR and CVR Conventions to an infringement of the latter, and consequently to a threefold violation of public international law.

Therefore whatever the reasons for drawing up this preliminary draft, these reasons definitely do not justify an extension of its provisions to international road transport operations, thereby violating the three relevant international Conventions drawn up under auspices of the UN.

Given the unique nature of the provisions of the CMR and CVR Conventions, the IRU would like international road transport – just like sea transport – to be excluded from the scope of the preliminary draft and of the future Convention on exclusive choice of court agreements."

Mr Kovar noted that the United States of America was not a party to these instruments but that this was a strong statement from an influential body and their objections could cause problems for the implementation of the future Convention. He further drew attention to the fact that UNCITRAL was working in the field of multimodel transport. Their current draft convention would in fact cover all transport from the moment goods left the seller and until they arrived at the buyer, consequently it would in effect apply to road and rail transport as well. He explained that the issue of the recognition and enforcement of judgments was being considered within this instrument but there was no appetite to adopt provisions equivalent to, or in accordance with, those in the present Hague Convention. He concluded that the UNCITRAL draft and existing transport conventions would not mesh well with the proposed Hague Convention. A clear separation should be maintained and Article 23(5) would not be a suitable mechanism to do this.

Turning to the comments of the Delegate of Japan, he noted that maritime interests in his State considered that the current Convention would be suitable for maritime issues other than those dealing with carriage. He conceded that he was not familiar with the example given by the Delegate of Japan on the limitation of liability of shipowners.

Ms Schulz (First Secretary) explained to the Commission that she had had discussions with the Observer for the International Road Transport Union (IRU) who had explained that her organisation's written observations had been based on a misunderstanding of Article 23. The IRU had based their comments on Article 23(4), the disconnection clause designed to deal with the Brussels and Lugano Conventions. The latter had been interpreted, by mistake, as applying to situations which would involve only a single State (and not as was the case, only Brussels or Lugano States). It was explained that the Hague Convention would not oblige States Parties to breach existing treaty obligations.

The Chair drew attention to the fact that there were no transport specialists to facilitate the discussion. He cautioned against getting mixed up in a specialised area which was already provided for by specialist organisations and specialist instruments. He noted that there were different understandings with regard to Article 23 and he warned delegates to exercise care lest the Convention be fatally flawed.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) noted that the misunderstanding of the IRU was hardly surprising given the contradictory meanings that had been contained in the original Article 23(6), which at the same time referred to absolute prevalence as well as the relative prevalence of specialised instruments. He argued that the matter was now completely clarified by the proposal of the Drafting Committee in Article 23(5) which would provide total disconnection between specialised conventions and the present instrument. This provision would ensure that specialised transport conventions would prevail but clearly if the latter did not deal with any particular issue the issue of incompatibility would not arise in the first place. He again asked that the matter be left open so there could be further consultation between States to find the optimal solution.

The Chair pointed out that it would not be possible to consult with any transport experts given their absence from the Commission. He further noted that there was no agreement as to the potential effect of Article 23 with regard to transport issues and that the European Commission position was to deal with transport issues where there were no provisions in specialised instruments, a position which was unacceptable to other delegations. The Chair again drew attention to the simplicity of the proposal in Working Document No 42.

Mr Nielsen (Denmark) voiced his support for the comments of Mr Tenreiro. He noted that maritime matters were a very specialised area of law giving rise to complex multiparty and third party situations. He referred to the existence of the Hague Visby Rules, and the Hamburg Rules as well as the on-going UNCITRAL project. He stressed that many maritime stakeholders did not wish for the Hague Convention to deal with such matters. He further added that the liability of shipowners was a very complex one and that he had sympathy for the Japanese position. A tentative proposal might be to exclude all maritime matters from the scope of the Convention.

Mr Inoue (Japan) agreed that admiralty and maritime matters were of great complexity therefore his delegation wished to see them excluded from the scope of the Convention. He accepted that the Delegate of Ukraine was correct in his observation that the wording of the exclusion could cause implementation problems. For this reason his delegation wished to specify which type of maritime matters should be excluded, namely the limitation of liability of shipowners as was reflected in Article 2(2)*f bis)* of Working Document No 44. He noted that many States had rules with regard to this matter to allow for the limitation of liability where, for example, a shipwreck occurred. These rules were designed to keep shipping companies in business and bore similarities to insolvency procedures. The implication of this exclusion would be that a contract between parties could not determine which liability rules would apply in the case of a shipwreck.

Mr Hartley (co-Reporter) suggested that the Convention would not be relevant to such issues. He explained that limitation proceedings would be brought by a shipowner after a shipwreck. He would then accept liability up to a certain financial limit which could not be surpassed. This would operate *in rem*, binding all parties even those not involved in the proceedings. Consequently he could not understand how a choice of court agreement could operate in such a situation.

Mr Dogauchi (co-Reporter) stated that he did not entirely agree with this presentation. He gave the example of a limitation action being brought by a shipowner in which one of the defendants was a cargo owner with whom the shipowner had contracted a choice of court agreement. This was the root of the problem and explained why it would be prescient to include an explicit exclusion within the Convention, as had been done with regard to insolvency proceedings.

Mme Sabo (Canada) intervient au sujet de la suggestion que l'article 23 serait de nature à régler tous les problèmes en la matière.

She drew attention to the situation of States which adopted the rules of international instruments without becoming parties to them. She explained that Canada applied the Hague Visby Rules but was not party to the Convention. Equally Canada had implemented the Hamburg Rules, although these were not in force.

Procès-verbal/Minutes No 13

Mr Kovar (United States of America) stated that the United States of America was in a similar position to Canada with regard to certain transport Conventions. He stated that the current draft of Article 23(5) was rather controversial, since it would operate as a very wide exception for European Community legislation. He voiced his hope that difficulties surrounding Article 23(5) might be solved through Article 20. Referring to the problem of shipowner liability, he thanked the Japanese delegation and the co-Reporters for their helpful clarification. He stated that he would welcome the opportunity to discuss the issue with experts in his home country and therefore asked for it to remain open.

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that British admiralty interests were content for admiralty issues to fall within the scope of the Convention, consequently his delegation favoured a limited exclusion. He noted, however, that this was subject to the European Community position being decided on the proposal of the Japanese delegation. He suggested that it should be possible for the model law approach of the United States of America and Canada to be dealt with under Article 20. He further stated that the operation of Article 23(5) was different with regard to Community legislation and international instruments.

Mr Nielsen (Denmark) announced that the Danish Shipowners Association was in favour of all maritime matters being excluded. The association was not against choice of court agreements or the recognition and enforcement of judgments but took the view that this issue was so specialised it had to be governed by a specialised regime, for example under UNCITRAL.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) replied that it was not relevant to talk about shipowners associations at this juncture, rather the Commission should concentrate on making as good a Convention as possible. He reiterated his position that the matter be left open.

The Chair asked whether the proposal of the Japanese delegation should not be revised so the words "limitation of" could be deleted in Article 2(2) *f bis)* in Working Document No 44.

Mr Inoue (Japan) agreed.

The Chair stated that Working Document No 44 would be amended in this sense. He recorded that no decision could be reached on Article 2(2) *f)*. He drew attention to the link with Article 23 and to a possible link with Article 20. He noted that there had to be further consultation internally and externally and that the input of business interests would be important.

Mr Kovar (United States of America) asked for clarification with regard to the amendment of Working Document No 44.

Mr Dogauchi (co-Reporter) pointed out that the proposal of the Chair would indeed change the substance of Working Document No 44 because it could create the impression that liability per se was to be excluded. He suggested that the proposal should refer to "proceedings on liability of shipowners".

The Chair stated that the proposal in Working Document No 44 would be kept in its original form.

Article 2(2) g)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 2(2) *g)*. This provided that the Convention would not apply to antitrust (competition) matters. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 2(2) h)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 2(2) *h)*. This provided that the Convention would not apply to liability for nuclear damage.

Mr Kosorukov (Russian Federation) introduced Working Document No 41. He explained that a business to business Convention should not deal with torts arising out of personal injury or damage to property and noted that a choice of court agreement on personal injury liability could indeed be against the interest of the victim.

Mr Rubin (Israel) counseled that whatever the merits of the proposal of the delegation of the Russian Federation it should not be grouped together with the exclusion dealing with liability for nuclear damage which was a discrete issue and completely different from general forms of damage to property or personal injury.

Mr Kovar (United States of America) agreed with the comments of the Delegate of Israel. He added that it would be unfortunate to exclude liability for personal injury or damage to property because businesses could certainly enter into contracts which had provisions for such matters. In this he gave the example of construction contracts which often referred to sharing liability for personal injury losses and damage to property losses.

Mr Goddard (New Zealand) agreed that these issues should not be dealt with alongside nuclear damage liability. As to personal injury liability, he stated that it was very difficult to see how such matters could arise under the present Convention so he was not sure there was much practical importance to this exclusion. He noted that construction contracts on apportionments were analogous to insurance contracts and that the Report's explanation for the treatment of the latter would be equally applicable in this context. He argued that liability for damage to property should certainly not be excluded for it was relevant to many types of business contracts which were frequently concluded. In this he drew attention to commercial contracts for storage or bailment.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that he could not support the proposal made by the Russian Federation and argued that the text be retained in its existing form because whilst personal injury liability was not of core importance, it could arise under the present Convention.

Mr Sun (China) indicated that he was flexible on the drafting of sub-paragraph *h)* but found some merits in the proposal in Working Document No 41. He echoed a previous assertion of Mr Tenreiro that if something went without saying then the Commission should not hesitate to say it clearly. In this he agreed that personal injury liability was not relevant to the Convention. He drew attention to the long held Chinese view that liability for all torts should be excluded, but he noted that other States had different views on this issue. After internal consultation his delegation came to the conclusion that in matters relating to intellectual property tortious liability should be excluded as well as liability for damage to property where the latter arose outside a contractual relationship.

The Chair stated that the proposal of the delegation of China to exclude liability for tort altogether would be considered at a later time. He observed that the proposal of the delegation of the Russian Federation extended to contractual liability but the Chinese concern was only to liability on tort. He stated that more reflection was needed since the consequence of the exclusion proposed by the Russian Federation would be that certain elements of a contract could fall within the scope of the Convention but not others. He drew attention to the

connection with insurance matters which would be within the scope of the Convention and which could deal with personal injury and damage to property matters. He invited the Commission to try to clarify this situation.

Mr Matveev (Russian Federation) agreed that it would be sensible to separate liability for personal injury and damage to property from nuclear damage.

The Chair noted that Article 2(2) *h)* in its original form was therefore adopted although the precise formulation was left to the Drafting Committee.

He stated that pending a working document from the delegation of China on the exclusion of tort liability the Commission should consider Article 2(2) *i)* which would exclude from the scope of the Convention rights *in rem* in immovable property [and tenancies of immovable property]. He noted that two working documents were relevant (Work. Doc. Nos 43 and 45).

Article 2(2) i)

Mr Kovar (United States of America) stated that the proposal of his delegation (Work. Doc. No 43) was to delete the words within square brackets. He explained that in international transactions involving multinational companies their headquarters could be assets the disposition of which could be resolved in contracts. Therefore it would not be helpful for the Convention to exclude tenancies. He stated, however, that if there were localised issues with regard to tenancies these could be dealt with by way of a narrow Article 20 declaration rather than there being a total exclusion from the scope of the Convention.

The Chair noted that the delegation of the Russian Federation had proposed the same deletion as well as a drafting amendment (Work. Doc. No 45).

Mr Kosorukov (Russian Federation) replied that the issue with regard to the deletion of the phrase "in rem" was a point of substance rather than drafting. He explained that his delegation had included two alternative proposals in relation to Article 2(2) *i)* (Work. Doc. Nos 41 and 45). He clarified that the latter proposal was made to cover the situation if the proposal of the delegation of the United States of America were accepted. This was because if rights in tenancies were to be deleted, it would be necessary to exclude all rights in immovable property, not just rights *in rem*. It was the position of his delegation that rights in immovable property were essential to the functioning of the State system and should not therefore be subject to choice of court agreements.

The Chair thanked Mr Kosorukov for his clarification.

Mr Sun (China) voiced his support for the proposal in Working Document No 45.

Mr Rubin (Israel) advocated a more modern rationale with regard to the exclusion of immovable property. He held that the traditional view that this was a sacred area no longer applied. The underlying idea was that rights *in rem* should be subject to the authority of the State. Tenancies on the other hand were *in personam* rights. He argued that on this basis rights in tenancies should be retained within the scope of the Convention and he therefore supported Working Document No 43.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) suggested a compromise whereby the words within square brackets would be retained. He noted that the proposal of the delegation of the Russian Federation was broader than this. He drew attention to the Brussels I Regulation and the Lugano Convention which provided that for European Community and EFTA States tenancies could not be subject to choice of court agreements.

Mr Bennett (Australia) stated that the Commission might have to define the issue of the incidental question in this context. He asked whether where a contract for the sale of land was concluded between two people in one State in respect of land in another State a choice of court agreement could be made. It should be decided whether the latter was an incidental question or a core question.

The Chair observed that he was not sure whether this should be considered to be an incidental question but it was an interesting point although conceptual.

Mr Markus (Switzerland) held that it was not necessary to exclude tenancies from the scope of the Convention and he therefore supported the proposal in Working Document No 43. He observed, however, that if this proposal were not accepted he could live with the adoption of the words in square brackets but he could not support the proposal of the delegation of the Russian Federation in Working Document No 45.

Mme Sabo (Canada) apporte son soutien à la proposition exprimée par la délégation des États-Unis dans le Document de travail No 43.

She explained that in certain Canadian jurisdictions long term tenancies were indeed regarded as being real property.

The Chair clarified that the presence of square brackets meant that the whole issue as to the exclusion or not of tenancies was on the table. He noted that at present only China supported the proposal in Working Document No 45. He suggested that the latter went too far as it would concern all contracts involving immovable property. All the other States were moving between Working Document No 43 and the compromise proposal of the European Community. He observed that the latter was influenced by the European Community rules on the issue. He asked whether Article 23 could not be used to protect the European Community position.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) replied that Article 23(5) could not deal with this issue.

The Chair pointed out that he had referred to Article 23 as a whole and that this could indeed be a solution.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that in his view the comments of the delegation of Canada went against retaining the proposal in Working Document No 43.

Mr Sun (China) indicated his delegation could support the European Community compromise.

Mr Kovar (United States of America) stated that he did not understand the difference between the compromise made by the European Community and the proposal in Working Document No 45.

The Chair explained that Working Document No 45 went further as it would exclude all rights in immovable property whether *in rem* or *in personam*. The European Community compromise, however, was closer to the original text.

The Chair concluded that there was no support for the proposal in Working Document No 45 and that the Commission should therefore concentrate on Working Document No 43 and the European Community compromise, although he pointed out that strictly speaking the latter was no longer a compromise but an alternative.

Procès-verbal/Minutes No 13

Mr Goddard (New Zealand) reminded the Commission of the asymmetrical way in which Article 20 operated. He stated that if a narrow exclusion were adopted then States which did not want to see the Convention apply to tenancies could make a declaration to that effect in accordance with Article 20. However if a broader exclusion were adopted then there was no possibility of tenancies ever coming within the scope of the Convention because Article 20 did not provide for a selective opt-in mechanism. He concluded that the true path of compromise would be to have a narrow exclusion in Article 2.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) conceded that this was a good point but that it could also have been made with regard to the previous debate on contracts for carriage. He recommended that both issues be left open.

The Chair affirmed that the issue of contracts for carriage (Art. 2(2) *f*)) indeed remained open. However, he drew attention to the differences between the two areas, namely that there were a multitude of instruments in the field of transport but not with regard to tenancies.

Mr Goddard (New Zealand) stated that there was no logical trade-off on these issues. He again recommended that the sensible option be adopted and that concerns with regard to tenancies be dealt with in Article 20, which would respect the policy differences of both sides of the argument. He accepted that there was a certain attraction in what Mr Tenreiro had said with regard to Article 20, but it was also the case that the unusual complications with regard to transport issues might make an absolute exclusion a necessity.

The Chair acknowledged that the issue of tenancies was one of significant concern for the European Community but he asked why the European Community view should be imposed on all other States. He asked if there was any policy argument to justify such an approach. He observed again that the Convention offered a way out through Article 20 and invited the European Community to help the Commission to make progress.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) replied that it was not simply a European Community concern since it was shared by the Russian Federation and China. He stated that few States would operate without an Article 20 declaration. He observed that he was not trying to make a trade-off, for the consequences of removing tenancies from the scope of the Convention were much less serious than removing transport issues. He indicated that if a consensus could not be reached on the proposal made by the European Community the issue should be left open.

The Chair observed that the Convention did not provide for an opt-in mechanism.

Mr Matveev (Russian Federation) stated, however, that in his view an opt-in mechanism would be an interesting development. He noted that the existence of an opt-out mechanism would not help the uniform application of the instrument. He recommended that Article 20 be not over-relied on for it was essential that there be clarity for users. Furthermore it was his position that Article 20 declarations should not be used on a widespread basis by a large number of States.

The Chair observed that for the Convention to remain coherent it should be remembered that this was not the prevailing view as to Article 20 when the latter was adopted. Indeed, it had been agreed that the provision could be used to carve out specific matters, in relation to which a Contracting State has a strong interest.

Mr Sun (China) stated that his delegation was also of the view that there should not be an over-reliance on Article 20. He advocated that an acceptable solution should be found on each provision. He added that his delegation did not insist on the proposal in Working Document No 45 but it certainly could not accept the proposal in Working Document No 43. Therefore in order that the Commission could make progress his delegation would support the European Community compromise.

The Chair asked the proponent of Working Document No 43 (United States of America), as well as the other States that had supported the latter (Canada and Switzerland) whether they would be prepared to compromise.

Mr Kovar (United States of America) understood that this was a sensitive issue for many States, but apart from concerns on uniformity and the narrow application of Article 20, no explanation had been given as to why Article 20 could not be used to address concerns regarding tenancies. He added that transport issues were the subject of universal regimes but outside Europe there was no regime dealing with the recognition and enforcement of tenancy matters. He reiterated his position that tenancies were a basic aspect of business operations and did not affect the substantive property law rights of a particular country. If tenancies were excluded from the Convention, a contract which included an element dealing with a tenancy claim would fall outside the scope of the Convention, leading to the application of two different sets of jurisdiction rules. This would not be a good result for the Convention. He restated his position that Article 20 would provide a perfect solution for all concerned. He remarked that an opt-in clause within Article 20 was not an issue he would wish to pursue but stated that it would have to be considered to some extent with regard to non-exclusive choice of court agreements.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) replied that opinions were divided as to the extent to which transport issues were covered by universal regimes given that certain delegations had admitted that their States were not parties to such instruments but had only adopted their rules internally. He accepted that the exclusion of tenancies would give rise to the effect noted by Mr Kovar (United States of America) but he held that the same result would also arise with regard to rights *in rem*. He further pointed out the difficulty arising from the fact that certain States appeared to treat some tenancies as rights *in rem* which would also lead to divided jurisdiction regimes. He repeated his view that the issue should be left open.

The Chair pointed out that the existing text did not suggest that tenancies were rights *in rem* because it used the word "and" as opposed to the word "including".

Mr Tenreiro (European Community – Commission) replied that this was why his delegation wished to retain the words in square brackets.

The Chair observed that the Commission was clearly divided. He noted that the declaration system of Article 20 offered a solution to those States that wanted to see tenancies excluded but no explanation had been given as to why this was not an acceptable alternative. He further added that if the Commission was of the view that Article 20 should be interpreted even more restrictively (than it had been drafted) with regard to the present provision then this would impact on other future uses. The requirements set down in Article 20(1) had clearly been met in the present case as there was a strong interest on the part of certain States and the matter was specific. He was of the view that if Article 20 was used the concerns expressed during the debate would as a matter of fact be satisfied. He was surprised that the European Community was not prepared

to move on the issue and added that some indication had to be given that this was not a priority issue for the success of the Convention.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) retorted that it was unfair to put undue pressure on the European Community when other States supported the European Community position as well. Moreover this was not a situation where there was in reality an equal division between the States for and against the exclusion of tenancies because the European Community represented 24 to 25 States. He stated that the Chair was provoking a loss of time by pushing the European Community on this matter.

The Chair concluded that the issue could not be settled at the present time.

Mrs Sabo (Canada) invited the Chair to ask again why Article 20 would not be a satisfactory way out for the European Community and other States that wished to see tenancies excluded from the scope of the Convention.

The Chair thanked Mrs Sabo and remarked that he had not dared to ask the same question for a third time but he now would.

Mr Sun (China) stated that a practical solution had to be found. If two or three States wanted to have an issue excluded from the scope of the Convention it would be simple to make a declaration, however if all the other States wanted a matter excluded it would be difficult if they had to make a declaration. He further noted that States had different systems for the classification of tenancies and that this would give rise to problems.

The Chair asked whether, as a matter of courtesy, a response could be given to the specific question raised by Canada.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) replied that an answer had been given many times. Firstly, there was no consensus as to the meaning of rights *in rem*. Secondly, if an answer could be given as to why the exclusion of transport issues could not be covered by Article 20 then that would help break the current impasse.

The Chair concluded that the discussion of the issue would be reopened at a later date. He invited the Commission to turn to consider Article 2(2) *i bis)*. The inclusion of this new paragraph had been proposed by the delegation of the Russian Federation in Working Document No 41.

Article 2(2) i bis)

Mr Kosorukov (Russian Federation) noted that under Article 2(5) proceedings were not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a government was a party to a contract. He stated, however, that in certain circumstances a choice of court agreement could infringe interests that a sovereign State should be entitled to protect. Consequently his delegation wished to exclude from the scope of the Convention matters relating to State property rights, including privatisation, nationalisation and other administration of property rights procedures.

Mr Kovar (United States of America) observed that it had been a long held concern of his delegation that the Convention should not apply to an issue where there was sovereign immunity. He noted that in 1998 the Russian Federation had proposed the savings clause, which was now in Article 2(6) and provided that nothing could affect the privileges and immunities of States. He held that this was more than adequate to deal with any concerns relating to government property. He added that if States were acting in a commercial capacity the situation should be different for there should be no immunity and such case should come within the scope of the Convention. He concluded that the proposal of the delegation of the Russian Federation was not necessary and was, moreover, too broad.

Mr Rubin (Israel) stated that where a State entered into a choice of court agreement this would probably be regarded as a waiver to sovereign immunity because in such instances there would be no specific reasons to protect the interests of the State.

Mr Goddard (New Zealand) agreed with Mr Kovar (United States of America) that Article 2(6) dealt with this issue and that the proposal of the delegation of the Russian Federation could be harmful to States. He drew attention to privatisation contracts made between overseas companies and a State whereby the overseas purchasers would submit to the jurisdiction of the selling State. Such a contract would be a matter of straight property law and it would be in the interest of the State to be able to hold the foreign purchaser to the local jurisdiction and then to be able to enforce the resulting judgment worldwide. He added that if there were any residual concerns not addressed by Article 2(6) then these could be dealt with by means of a declaration under Article 20.

Mr Parker (United Kingdom) agreed that the proposal of the delegation of the Russian Federation was indeed too broad and that Article 20 should be used to address any specific concerns.

Mr Bennett (Australia) agreed with the role to be played by Article 20 in respect of this issue but stated that his delegation could only agree if a satisfactory outcome was reached with regard to the treatment of incidental questions under Article 20. He argued that if a declaration were to be made under Article 20, it had to be possible to extend it to incidental matters.

The Chair remarked that problems could arise if this interpretation were to be adopted because the collateral effects of such a policy could lead to very undesirable results. In this he gave the example of a property being privatised and subsequently sold to a second private party through a contract containing a choice of court agreement. The question of title could be seen as an incidental question in this case and lead to an unfortunate exclusion from the scope of the Convention.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) agreed with the position taken by the US delegation. He admitted that some concerns could be taken care of through Article 2(5) and 2(6) and clarified that nationalisations could never be subsumed under contracts made by States in a commercial capacity, since public power was clearly applied in these cases. He expressed the view that all the concerns formulated by delegation of the Russian Federation were taken care of as it was always the State that entered into a choice of court agreement. He recommended that the Commission not rely too heavily on Article 20.

Mr van der Velden (The Netherlands) observed that privatisations and nationalisations were not commercial activities. Consequently they would surely already be excluded by virtue of the limitation of the Convention in Article 1(1) and thought the proposal would lead to a duplication of effect.

Ms Schulz (First Secretary) announced that a new Preliminary Document would be issued on the conflicts between arbitration and choice of court clauses, an issue on which there was lots of case law. Conflicts often arose where States sought to bring proceedings before their own courts under a choice of court agreement rather than adhere to the arbitration agreement. She stated that wherever a matter was classified

Procès-verbal/Minutes No 13

as civil and commercial it would be in the interest of States to have the Convention apply. These would normally be no issue of sovereign interests before foreign courts because the choice of court agreement normally designated the courts of the State privatising some property.

Mr Kovar (United States of America) stated that this was why his delegation wanted the Convention to apply to government entities when these were acting in a commercial capacity. He added that he would welcome a presentation by the co-Reporters in due course to clarify the various issues arising with regard to incidental questions.

Mr Goddard (New Zealand) stated that he could not share the view that a privatisation was not a commercial activity. He drew attention to the recent sale of shares in a telephone company by the New Zealand Government to two large American telecommunications companies. The contract included a choice of court clause in favour of New Zealand and this was very much in the interest of the New Zealand State. He asked therefore that the Convention not be drafted to exclude such contracts.

The Chair concluded that there was no support for the proposal of the delegation of the Russian Federation in Working Document No 41. No Article 2(2) *i bis)* would be included.

Article 2(2) j)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 2(2) *j)*. This provided that the Convention would not apply to the validity, nullity or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

The meeting was closed at 1.15 p.m.

Procès-verbal No 14

Minutes No 14

Séance du mercredi 22 juin 2005 (après-midi)

Meeting of Wednesday 22 June 2005 (afternoon)

La séance est ouverte à 9 h 45 sous la présidence de M. Bucher (Suisse), les co-Rapporteurs étant MM. Dogauchi (Japon) et Hartley (Royaume-Uni).

The Chair proposed to discuss Article 2(2) *k)* and then Article 2(2) *k bis)* on intellectual property matters. Thereafter the meeting would deal with incidental question matters in paragraph (3).

Article 2(2) l)

The Chair, however, proposed a very minor correction to the above-mentioned programme, as Article 2(2) *l)* with respect to the validity of entries in public registers, had been between those provisions. He noted that there were no proposals to amend it. To be sure that they would not forget that provision and noting that there were no comments on it, he concluded that Article 2(2) *l)* was adopted.

Présentation de la proposition du Groupe de travail sur la propriété intellectuelle – Document de travail No 24 – Article 2(2) k) *et* k bis*) / Presentation of the proposal of the Working Group on Intellectual Property – Article 2(2)* k) *and* k bis*) – Working Document No 24*

The Chair then reminded the participants of the debate that they had previously had on intellectual property matters. The matter had been referred to a working group. He invited the Chairman of that Working Group, Mr Hartley, to present the proposal in Working Document No 24.

Mr Hartley (Chairman of the Working Group on Intellectual Property) said he was going to explain the changes that had been made and what was meant, and why certain changes were not made. Article 2(2) *k)* remained as it stood. There were no changes. Paragraph *k bis)* had changes. The changed text stated: "are brought for breach of a contract between the parties relating to such rights, or could have been brought for breach of that contract". Those were new words. He then explained what was different and why the changes were made. Firstly the words "a contract [...] relating to such rights" was wider than "a contract for the transfer or use of such rights". Cases had been identified in the meeting of Commission II where one wanted the Convention to apply and which might not be captured by the words "transfer or use". Therefore something slightly wider was wanted. The second reason was that there was an ambiguity in the text. It was not clear that a contract had to exist. The new wording made it clear that there had to be a contract. Then an action could be brought, even if it was brought in tort. The proposed words clarified what was actually meant, because it had not been clear what the provision meant and some had read it in a different way. He then turned to the changes that were not made. He referred to the suggestion on copyright and whether it made a difference whether those words were in or out of the provision. If it did make a difference, the Working Group had to consider whether it could be changed. He stated that one was talking about limited and obscure cases. There had to be a contract for a choice of court agreement to exist. He wondered whether it might be possible to have a widely drafted choice of court agreement that would cover an action simply on the validity of a copyright. He thought that it was not very likely, but the Convention would cover it. The validity of patents and trademarks was not covered. An action on the validity of copyright was covered.

He gave two examples. One could imagine a case where two parties, X and Y, entered into a joint venture agreement and agreed that the courts of Austria would have jurisdiction to hear any dispute relating to that agreement. A dispute arose as to whether X's Japanese copyright (which was relevant to the joint venture) was valid. Y sued X in an Austrian court for a declaration that it was invalid. The proceedings were covered by the Convention under the proposed text, but would not be covered if the words "other than copyright and related rights" were deleted. The next example dealt with sub-paragraph *k bis)*. X sued Y in an Austrian court for infringement of the Japanese copyright. The proceedings were not, and could not be, brought for the breach of the contract between the parties. The proceedings were covered by the Convention under the proposed text, but would not be covered if the words

"copyright and related rights" were deleted. Thus, there was a difference whether there was a reference to copyright or not. He hoped that this example was not too obscure. The Working Group had been asked to consider the issue and they had done, but it only came up in obscure cases.

Why then was copyright included? The industry wanted it and it was important to consider what the potential users of the Convention wanted. He had understood that the delegation of the United States of America was happy to delete sub-paragraph *k bis)*. That would be unacceptable for the delegation of the European Community. The delegation of the United States of America had stated that sub-paragraph *k bis*) had to be carved out. The text was the only way in which both the delegations of the United States of America and the European Community and the copyright industry would be happy. However, not all the Working Group agreed. Two delegations wanted copyright totally excluded. It seemed that they could all be satisfied by the declaration system. The delegation of Australia was happy with that solution, subject to the incidental question problem. He could not speak for the delegation of the Russian Federation, but he was sure that they would very eloquently speak for themselves. The delegation of China was not satisfied with the entire provision, since they had a concern about copyright. They were of the view that no tort actions should be included under the Convention. They were against the inclusion of infringement actions. Their objection to sub-paragraph *k bis)* stemmed from the general objection that all tort actions had to be excluded. The declaration could solve that problem. They could exclude copyright as a whole or infringement actions concerning copyright. The question was whether the incidental question rule could drag them back into the Convention.

He concluded by stating that he had tried to give a full statement of what they had done. He hoped that the provision could be adopted without brackets, but he might be too optimistic.

The Chair thanked Mr Hartley for his presentation. He observed that the co-Reporter and Chairman of the Working Group had put a heavy burden on him: if such a nice person had not been able to make everybody happy, he did not see how he could succeed.

Article 2(2) k) – *Documents de travail Nos 24 et 41 / Working Documents Nos 24 and 41*

The Chair proposed to address letter *k)* of Article 2(2) first. Should the problem require that they discuss the scope of Article 20, they would then have to do so. However, they should not take up too many provisions at the same time. The basic document for the discussion would be Working Document No 24, as presented by Mr Hartley. They had already discussed in that respect Working Document No 18 from the delegation of China and Working Document No 23 from the delegations of the Russian Federation and Australia. There was a new Working Document No 41 from the Russian Federation, which in fact reproduced the proposal in Working Document No 23. The proposal was simply to exclude all intellectual property rights. He invited the delegation of the Russian Federation to take the floor.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that as had already been noted in the previous interventions, he did not believe that this Convention was the proper instrument to deal with the issues of intellectual property and related disputes. On the dispute settlement concerning intellectual property, there were many international instruments. It had significant importance for the WTO and for joining the TRIPs agreement. In order not to fully block the application of the Convention in every case involving intellectual property rights, there was the provision on the incidental question. In those cases, the entire proceedings would not be excluded from the scope of the proceedings.

The Chair opened the floor on sub-paragraph *k)*.

Mr Hankin (IBA) stated briefly that he represented many intellectual property attorneys. Their clients included right holders and infringers. The Convention was a very appropriate instrument for those cases and he disagreed with the Delegate of the Russian Federation.

On one point he wanted to supplement what the Chairman of the Working Group (Mr Hartley) had said. The area of copyright was widely harmonised and there was little difference between countries' laws on copyright. This was different for patents and trademarks. In copyright the issue of validity did not arise in almost any case. Therefore, copyright should stay in the Convention completely. Patents and trademarks had to be treated separately.

Mr Jiang (China) heard that the copyright law was almost harmonised. That was used as an argument why copyright had to be in the scope of the Convention. He did not agree with the idea and thought that the harmonisation of copyright was a great achievement. However, harmonisation was not unification of international copyright. There was the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (9 September 1886) and the TRIPs agreement, but there was no international copyright law that applied in every country in the world. Every country had the power to stimulate their copyright law under the system that was comprised under an international copyright treaty or convention. Only one treaty related to jurisdiction and that was the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (2004). In that Convention there was no difference between copyright and other intellectual property rights.

The second point was that, in practice, the validity of copyright was in most cases raised as an incidental question. On the infringement in contract, the participants had heard that the co-Reporter (Mr Hartley) had stated that there were almost no cases on the validity of copyright, but he had also said that in rare cases an action might have the object of validity of a copyright. He gave an example. A and B were both domiciled in China. They concluded an exclusive choice of court agreement for the court of a foreign country. The court of that country would decide on the validity of the copyright, which was protected under Chinese law. One of the parties could ask the Chinese courts to recognise or enforce the judgment. The result might be that the copyright industry was happy. However, all the Chinese courts would not be happy with the result. The Chinese courts did not want the validity to be judged under foreign law or by a foreign court. Therefore he thought that the validity of copyright had to be excluded from the scope of the Convention.

The Chair drew the attention of the participants to the fact that reference had been made by the Delegate of China to Article 14 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (2004). This provision provided that a State could not invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which was otherwise competent in a proceeding relating to intellectual property rights. It also provided a list of such rights including patents and copyright. However, that United Nations Convention seemed to deal with a very different problem than the one they were addressing in the draft Convention.

Mr Bennett (Australia) confirmed that the Chairman of the Working Group (Mr Hartley) had correctly stated the position

Procès-verbal/Minutes No 14

of his delegation. They were happy with Working Document No 24. There was Article 20 by which a State could add a matter to Article 2. He stated that there either had to be no incidental question rule in Article 20, or there had to be a possibility to take it out. He would say more when the meeting got to that point.

The Chair asked the Delegate of Australia whether there was a working document on that declaration matter.

Mr Bennett (Australia) referred to Working Documents Nos 14 and 16. He was against the possibility to reintroduce, as incidental questions, matters that States had excluded under Article 20. If that were adopted, the delegation of Australia would want the ability to opt out. They did not have a working document, because it was something they did not agree with in the first place.

The Chair understood from the Delegate of Australia that his delegation would agree with Working Document No 24 with the reservation that he had just made.

Mr Bennett (Australia) replied that that was correct.

Mr Oron (IFPI) referred to a document distributed that morning containing the joint position of the International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), the International Video Federation (IVF), the Motion Picture Association (MPA) and the International Bar Association (IBA) (Information Document No 3). It was also in line with the view of the World Intellectual Property Organization (WIPO) and he referred the participants to Working Document No 20. He stated that the industry supported that copyright had to be in the Convention. They supported the exclusion of the matters referred to in Article 2(2) *k)*. Those intellectual property rights were created by sovereign acts and should not be covered by the Convention. Regarding infringement, Article 2(2) *k bis*) was not necessary and should be deleted. In a typical infringement case there would be no agreement and if there were, it should be enforced. He supported the deletion of sub-paragraph *k bis*).

The Chair asked the participants to try to limit their discussion to sub-paragraph *k)*. Two delegations had proposed to include in the exclusion copyright and related rights. He was expecting to move on. He asked those delegations, namely China and the Russian Federation, to explain whether or not a declaration under Article 20 could be sufficient to meet their concerns and interests.

Mr Sun (China) first wanted to make one point clear. He had some reservations on Article 20. He could not accept an added limitation to the freedom of States. Everything in that discussion was subject to Article 20 and he agreed with the Delegate of Australia. The delegation of China favoured the total exclusion of intellectual property. They were not in favour of its inclusion. The issue that was essential for them had been raised and that was copyright. As far as intellectual property was concerned, his delegation was not satisfied and had a reservation to the entire paragraph.

He explained why Article 20 was not enough. He thought that the observers for the industry had stated a good reason as to why they wanted copyright included. However, there would be other industries in China and in other developing countries that had not been heard, but would all want copyright excluded. Even in the private contacts that he had had with people from the industry, all wanted it excluded. Even some of those of developed countries were not in favour of having intellectual property rights in the Convention. There had not been a final conclusion that all of the industry wanted the matter in the Convention.

The member of the delegation of China was also a member of the United Nations Special Ad Hoc Committee on jurisdictional immunities of States and their property. He realised that many of the participants in the room might not have had the time to look at Article 14. More years had been spent on that Convention than on the one under discussion. From the beginning to the end every State and the industry agreed that intellectual property rights were connected to the territory of a State. Because of their territorial nature, States were prohibited from raising the issue of immunity. If one wanted to distinguish, that should also have been the case in that Convention. That was why he raised the point.

Lastly, there were principles and the delegation of China admitted that there might be harmonisation in some areas or in some countries. He thought that his colleague from the delegation of China was an expert in the field. It depended on internal law. It was not right to make a distinction.

Ms Schulz (First Secretary) wanted to make a small addition regarding Article 14 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (2004). The purpose of that Convention was to define the scope of immunity for sovereign acts. Article 14 stated there was not State immunity to determine the intellectual property rights of a State. A State was in that sense like a private right owner in a foreign court. Like a natural person, it could own intellectual property rights that could be infringed or alleged to be infringed. The exclusions of State immunity meant that there was no State immunity in these cases and a State would be treated like a private person. The scope of that Convention was to protect State immunity, which, however, did not exist for the State in its role as owner of intellectual property rights, while the scope of the Convention under discussion was to protect party autonomy and there would be an exception for State sovereignty. In the past it had been said that in intellectual property, there were no State sovereignty issues.

The Chair suggested that he would have to draw the conclusion that they could not follow the argument made by the Chinese delegation. He felt incapable of following the reasoning, which consisted in referring to the United Nations Convention. As stated by the First Secretary, that Convention was on State immunity and not on the territorial nature of intellectual property rights. Article 14 of that Convention simply provided that a State could not invoke immunity from jurisdiction in a proceeding that related to one of the kinds of rights listed in that provision. It addressed the scope of the States' immunity and that was very different from what they were discussing.

Mr Kosorukov (Russian Federation) wanted to support the argument made by the delegation of China. He also supported the reasoning of the Delegate of Australia in relation to Article 20 and its relation to incidental questions. The current proposal of the Working Group on Intellectual Property had limits. His delegation specifically objected to the inclusion in the scope of the validity of copyright.

Ms Wollgast (WIPO) wanted to add a short remark. She referred to the intervention of the Delegate of the Russian Federation (not the very last, but the previous intervention). He had made reference to international instruments on the dispute settlement concerning intellectual property. She stated that there did, in fact, exist a number of international instruments dealing with intellectual property, including the treaties administered by WIPO and the TRIPs Agreement. However, none of these addressed jurisdiction. They were instruments on the substance and formalities, and also contained enforcement-related aspects, but were not instruments on jurisdiction; that issue was neither in the WIPO treaties nor in TRIPs.

In particular part III of the TRIPs Agreement was setting out the international legal framework for the enforcement of intellectual property rights, but there was no reference to jurisdiction. She thought that copyright should be included and referred for further details to the written comments which had been submitted by WIPO.

Mr Kovar (United States of America) said that he always hesitated to speak about intellectual property, because it was such a specialised field. However, the issues of sub-paragraph *k)* had been discussed many times in formal and informal meetings. He went back to why intellectual property had been excluded in the first place. Patents and most trademarks are registered in a single country. As such, they are territorial acts. Some said that that should not be excluded, but the prevailing view was that registered rights had to be excluded. In some systems certain trademarks are not registered, but it is as if they are registered; they arise under a specific law. Therefore, people wanted those rights to be excluded. Nevertheless, they did not want to specify "patents" and "trademarks", because there might be other rights out there which were also of concern. Delegates had tried to spell it out, but there were policy disputes. Whether or not something was an intellectual property right is an argument that is taking place in another forum. Thus, intellectual property rights had to be excluded. That was the prevailing view. But the understanding all along (although some did not agree) was that copyright raised none of the problems raised by patents and trademarks. In principle most countries were close enough in agreement on what "copyright and related rights" means. No registration is needed. As a result legal disputes over validity did not implicate a State interest in the same way as patents, trademarks and other types of rights. That was the way that the delegation of the United States of America understood it.

The idea behind the present text was that if one excluded the validity of intellectual property rights, specifically patents and trademarks (not copyright), one did not want the Convention to ignore situations in which there is a contractual arrangement. In the modern world, where there were copyright and related rights, they had to be protected. The everyday commercial party found it important that the contractual arrangement was well ordered, clear and predictable. The commercial world required certainty. It could be resolved in the terms of a contract. As a practical matter, those issues went to arbitration without problem. Copyright was an exception to the exclusion. That was sensible and had to be kept. The delegation of the United States of America had not been convinced otherwise today by any other argument.

The Chair stated that they had entered into a new phase. They would no longer need to discuss whether copyright and related rights should be excluded or not, but rather how they could overcome the objections of the delegations of the Russian Federation and China in order to meet their concerns. He noted that he had carefully listened to those two delegations. Although they had been asked whether Article 20 could be a solution to meet their concern, they had not answered on that point. However, he pointed out that Article 20 was intended to protect the States' interests. He then invited other delegations to express their support to solve that issue through Article 20. They were required to state how they could resolve the problem and not to talk anymore about the issue in substance.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that his delegation supported Working Document No 24. They could even live with the text as it was and take out the brackets. The meeting had to move on. All had stated their positions and a decision had to be made. In spite of some opposition, the text had to be provisionally adopted. He hoped that at a later moment they could overcome the problems with the other provisions so that there would be a broader consensus on that matter and there could be a quick decision. He did not want to say which solution was the best.

The Chair had the feeling that the discussion would reach a decision, but that it would remain pending until the outcome was known on connected issues, namely sub-paragraph *k bis)* and paragraph 3 on incidental questions, as it had been stated by the Delegate of Australia. That could be the decision as a matter of principle.

Mr Jiang (China) stated that his delegation was always constructive, co-operative and compromising. Therefore he thought that they could accept Working Document No 24 provided that Article 20 could give them a satisfactory solution. As for the exclusion of intellectual property rights, he had heard the criteria of whether or not those were registered. There were so many intellectual property rights that were not registered. There were unregistered trademarks in some common law States. Undisclosed information was also an unregistered intellectual property right. In the United States unregistered trademarks could exist. He wondered why, if copyright were in the scope of the Convention, unregistered trademarks of the United States of America were not.

The Chair thanked the Delegate of China for that step towards progress. They would come back to that issue under Article 20. The problem that the Delegate had raised at the end of his intervention was due to the fact that in some areas the Convention could not be perfect when using some concepts like those which were in sub-paragraph *k)*. Intellectual property rights were a very technical matter, in which they were not all specialists. However, that wording had been obtained after many years of discussion: it was the best that they could do.

Mr Goddard (New Zealand) wanted to respond to the question that had been put by the Chair and by the delegation of China as to whether Article 20 was appropriate. He thought that it was. He thought that it should be endorsed by the Commission that copyright was a "specific matter" under Article 20(1). One could make a declaration with regard to copyright. That was the appropriate mechanism. He thought that the Report had to recall that mechanism with regard to the Article under discussion. The concerns could be addressed on that basis. A specific matter could be excluded. He thought that they had to be willing to give that. The compromise had come far.

Mr Markus (Switzerland) could certainly agree on Working Document No 24. He would have preferred the deletion of sub-paragraph *k bis)*, but that was not the view of the majority. Article 20 was a possibility to resolve those problems. The second level was the problem of the exclusion of the incidental question rule. His delegation was open for that if it resolved the problems of several delegations. He already wanted to add a word of caution: they should be careful to open Article 20 in the second level, namely on the incidental questions. There would be a great practical problem of splitting proceedings with regard to competence and also for recognition and enforcement of cases where intellectual property had been raised as incidental matter. That was the second level of Article 20. There were strict categories and they could be exempted on the incidental question of Article 20. That would be stricter than taking the matter out in principle.

Mr Matveev (Russian Federation) had been prompted to speak by the intervention by the First Secretary (Ms Schulz). He thought that it was not as simple as it had been presented. The participants knew the doctrines of *iure imperii* and *iure gestionis* but that was not the approach taken by the 2004 United Nations Convention. That instrument had a simple rule by which State immunity was excluded with regard to intellec-

Procès-verbal/Minutes No 14

tual property rights without qualifying intellectual property as sovereign or not. That was not the purpose of the Convention. The status of a State was unchanged and remained unchanged. He thought that the Delegate of China was exactly right. The work on the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (2004) had started in 1972. The problems on the intellectual property rights matters were resolved without those artificial lines here and there. He agreed with the delegation of China. It would be to the benefit of States Parties to the Convention to have a similar approach under the Convention under discussion in view of the problem as a whole. The dividing lines would obviously make the implementation difficult. They had heard that the industry would be happy. They could make other voices heard, as the Delegate of China had stated. He was thinking of finalising and of some practical solution, such as the one advocated by the Delegate of Australia. For the time being they did not know the outcome of the Convention. There were some proposals on the table and the outcome would not be as easy as he had wanted it to be. He thought that that would make the solution of Article 2 much more difficult. He was not in a position to agree to finalise the wording. It was necessary to hear the rest of the Convention. Besides that, sub-paragraph *k bis)* was not acceptable for his delegation. It was incompatible with their legal system. It would be a clear obstacle to join the Convention. The third line of the paragraph was not acceptable. Apart from that, before they could look at it in more detail, the other situation needed to be solved.

The Chair hoped that the delegates had understood that they were moving on step by step and that they would then proceed to an overview of all the provisions related to intellectual property. However, for the time being, they could not address all the provisions at the same time. They had already spent one day on that issue, and there were only five or six days left. They needed to make progress and to recall the principal provisions. If they discovered a problem, they would come back. After the discussion on intellectual property rights was completed, they would not be able to come back.

Mr Kovar (United States of America) first, in reply to the helpful intervention by the Delegate of New Zealand, said that from a policy standpoint he could not agree that the use of the declaration system should be encouraged. He hoped that no State would find it necessary to use the declaration mechanism for excluding copyright; the inclusion of copyright was important for the business sector. He agreed that the meeting should conclude that Article 20 was designed to provide flexibility in exceptional cases for States that had important public policy reasons and needed to add to the list of excluded matters in Article 2. He could not comment on the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (2004) since he had not read it. He would do so and he could talk to some of his colleagues in Washington. Regarding Article 20 and the incidental question, he hoped that it would resolve the concerns of the delegations of Australia, China and the Russian Federation. He was not in agreement with the delegation of Australia with regard to those issues. The participants needed to work out all the details of Article 20 and then review the situation.

Mr Sun (China) wanted to avoid misunderstanding regarding the language proposed between brackets, which were not resolved in his view. He thought that the brackets had to be retained.

The Chair stated that there were no brackets in sub-paragraph *k)* for the time being. That was the first step that they wanted to achieve. He noted that the Russian Federation disagreed, but on that paragraph that delegation had no support. Furthermore, they had not expressed their objections to the possible use of Article 20 in that respect. Their concern regarded their own system in relation to copyright and related rights. They did not want to impose their approach on all the other States. Accordingly, it seemed that Article 20 was the appropriate answer to their concerns.

As a matter of principle, the Chair concluded that sub-paragraph *k)* was adopted as proposed in Working Document No 24. There was a consensus on that provision, although it would be pending until the outcome on connected issues.

The Chair then proposed to address sub-paragraph *k bis)* and then paragraph 3 on incidental questions. They would thus have a full picture of intellectual property rights under the Convention for those States that were prepared to ratify the Convention as it stood. For the other States, they would come back to Article 20, not to amend it, but to check whether it would meet their concerns.

He noted that they would address the proposal of the delegation of China to exclude tort actions in a broader way at a later stage.

Article 2(2) k bis) – *Documents de travail Nos 24 et 41 / Working Documents Nos 24 and 41*

The Chair stated that they were tentatively moving forward. He then referred to the proposed Article 2(2) *k bis)* in Working Document No 24 of the Intellectual Property Working Group. He noted that the delegation of the Russian Federation objected to that provision. He proposed to open the floor on that proposal in order to find a proper solution which would be acceptable to all.

Sub-paragraph *k bis)* was proposed with two sets of brackets. The Chairman of the Working Group had proposed to remove the brackets. They could obviously not adopt a Convention with provisions in brackets.

Mr Sun (China) stated that he had already mentioned that his delegation supported the retention of the brackets.

The Chair asked the Delegate of China how he would envisage the Convention with brackets.

Mr Sun (China) stated that there was still a week.

The Chair asked which of the sets of brackets the Chinese delegation wanted to keep.

Mr Sun (China) stated that the delegation of the Russian Federation had some concerns about the brackets within the brackets. He thought that the entire provision had to be kept in brackets.

The Chair emphasised that the Commission needed to know in which direction it could go. They could not adopt a system with brackets. He thought that he had probably been too optimistic. He reminded the delegates that when they kept brackets, that meant that they had not approved a provision.

Mr Kovar (United States of America) stated that he did not want to fight over brackets. He also did not want to see more brackets, and he certainly shared the concerns of the Chair. He understood the position of the delegation of China that the meeting had not yet considered the broader issue of the incidental question and Article 20. If the meeting decided to keep the brackets in that provision, he would prefer that there were no new brackets. He thought that it was clear where the positions were.

The Chair replied that if that were a critical issue, then they should refer to Article 20. He still thought that his conclusion

was the right one. That provision would be adopted pending the discussions on related issues. It was not the view of that Commission to keep brackets for a number of days. Therefore the idea was to deal with the concerns that had been expressed when they would be discussing incidental matters and Article 20.

The Chair had the pleasure to welcome Mr Bellinger, the Legal Adviser of the United States Department of State.

Mr Bellinger (Legal Adviser of the United States Department of State) said that he hated to interrupt the negotiations. It was a privilege to be present and he was embarrassed to arrive in the middle of the conference. He had wanted to come to the meeting since he was in The Hague on behalf of the Secretary of State, Mrs Condoleezza Rice, visiting the International Court of Justice, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and other institutions. He wanted to seise the opportunity to greet the participants in the meeting and to express his support for the Hague Conference on Private International Law and the current negotiations on the Choice of Court Convention. It was a privilege to be here, particularly after having attended, with his delegation, a meeting with private international law advisers of businesses in the United States of America. The experts he met with took this project very seriously and expressed their interest in having choice of court agreements protected and subsequent judgments recognised and enforced under a widely ratified convention. He hoped that the negotiations could come to a conclusion and a final text be agreed upon in time. He had heard that hard work had already been done and that there would be more. In the view of the United States of America, there was an interest in the rule of law and for international legal issues. That was true not only for public international law, but also for the work done here. Although private international law might not receive the same publicity, it was the bread and butter and affected the day-to-day work of many people. Work like that provided certainty for business transactions and it was important to his delegation.

He told the participants that if any of them were in Washington and needed legal advice from the office of the Legal Adviser of the United States Department of State, or if there was anything that his office could do for them, they had to let him know.

The Chair thanked Mr Bellinger for supporting their work. He confirmed that the delegates were smiling and hoped that his encouragements would help them to keep smiling.

He then referred the delegates to more technical issues, in particular infringement of intellectual property rights (sub-paragraph *k bis)*).

Mr Kosorukov (Russian Federation) was not in favour of Article 2(2) *k bis)*. In particular he wanted the brackets to be retained. There was concern from some delegations and he advocated the retaining of the brackets.

The Chair asked the Delegate of the Russian Federation to state clearly his position. He did not think that keeping brackets there would be good. He reminded the Delegate that too many brackets had been one of the reasons for the failure of the broader project. Accordingly, he wanted to avoid such a situation. He asked whether the position of the delegation of the Russian Federation was that the provision should not be kept.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that the position of his delegation, as well as that of the delegation of China as far as he understood it, was that the brackets had to be kept or, better, that the provision had to be deleted.

The Chair asked the Delegate of the Russian Federation again what his position was with respect to that provision.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that there had been working documents proposing that intellectual property had to be excluded from the Convention.

The Chair reminded him that the previous decision on sub-paragraph *k)* had been to exclude validity of intellectual property rights but not of copyright and related rights. The Chair noted the reference that had been made to Working Document No 48, however, he wanted to know more precisely where they stood with respect to sub-paragraph *k bis*). In light of the progress that had been made during the discussion, he did not deem it appropriate to have brackets there.

Mr Kosorukov (Russian Federation) did believe that in light of the progress on sub-paragraph *k)*, the position on sub-paragraph *k bis)* had to be reassessed. His delegation objected to that sub-paragraph *k bis)*. In order to outline their preference (which was not final), they supported the deletion of the words between the second set of brackets. Thereby infringement would be excluded from the Convention.

The Chair noted that two delegations had difficulties with that provision. He asked the other delegations to express their positions.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) had already stated that his delegation supported Working Document No 24, but he did not really want to fight about brackets. He thought that the meeting had to move on to other subjects.

Mrs Haines (United States of America) supported the statement made by the Delegate of the European Community.

The Chair asked the Delegate of the United States of America whether her delegation supported the brackets.

Mrs Haines (United States of America) did not want to fight over that point.

The Chair apologised for pushing the delegates to move on, but he needed to know what the positions were. There was a clear majority on one point. He wondered what the reasons would be for coming back on that provision. If they kept the brackets, they would not know where they were and would lose time.

Mrs Haines (United States of America) understood the reservations by the delegations of the Russian Federation and China. They could not yet deal with sub-paragraphs *k)* and *k bis)* and it would be necessary to come back to them. Since they would leave the brackets, they would come back to those provisions after the discussion of Article 20.

Mr Bennett (Australia) agreed with the Delegate of the United States of America. There were a number of delegations, including that of Australia, that had reservations. If the incidental question could be excluded in Article 20, they would have another position. The brackets should exceptionally be left in the text.

The Chair concluded that under those exceptional circumstances the wish was to keep the brackets. He then proposed to the participants to proceed to Article 2(3) on incidental questions. Once Article 20 was settled, they would move on to Articles 6 and 10 and would then have an overall assessment of the matter.

Procès-verbal/Minutes No 14

Article 2(3) – Documents de travail Nos 1 et 41 / Working Documents Nos 1 and 41

The Chair pointed out two Working Documents: No 23 of the delegations of the Russian Federation and Australia, which had already been discussed, and No 41 of the Russian Federation. They also had on the table the text proposed by the Special Commission as well as an alternative proposal of the Drafting Committee (Work. Doc. No 1). He invited the Chairman of the Drafting Committee to present their proposal.

The Chairman of the Drafting Committee stated that most participants would remember the long discussions on the incidental question during the meeting of the Special Commission. It had been broadly discussed and debated. The idea was that the matters excluded under Article 2(2) should, according to Article 2(3), not lead to the exclusion if the matters arose only as an incidental matter, or "à titre incident".

He gave a simple example. There was a choice of court agreement between two businesses. One was a natural person. The person then died. There was succession and he had an heir. A dispute arose on the business contract that the person had had with the corporation. Of course the successor (or heir) would be bound by the choice of court agreement. What would happen if in the proceedings the other party stated that the heir was not the heir? Then it would be an incidental question to decide who was the true successor. It would be decided by the chosen court. That should not lead to the result that the case was taken out of the scope of the Convention. That was the basic principle of paragraph 3. One could imagine other cases. One was intellectual property.

He turned to the alternative version of the Drafting Committee. There might be an action for royalties on the basis of a licence agreement. That agreement had an exclusive choice of court agreement. The right holder sued in the chosen court for royalties. The licensee objected and stated that the intellectual property right was not valid. He used that as a defence. The court might have to deal with that question, but the court would not give a judgment on the validity "à titre principal", or as a principal matter. It would be treated only as an incidental question in order to give a final judgment on the royalties.

He wondered what the case would be if there were no such rule. It would be sufficient to state that the intellectual property right was not valid to take the proceedings out of the scope of the Convention. That should not be the case. Then well-advised defendants could exclude matters from the scope of the Convention. A defence was the most practical example. The Drafting Committee had therefore added a sentence stating: "In particular, proceedings are not excluded from the scope of the Convention merely because a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence." It was only an explanation on the general provision on the incidental question and made it crystal clear what the real issue at stake was. One could not overrule the choice of court agreement solely by raising a defence, which might even be unfounded.

The Chair addressed the proposal of the delegation of the Russian Federation (Work. Doc. No 41). He pointed out that the proposed correction to the first sentence of paragraph 2 was indeed the same correction as that proposed by the Drafting Committee. However, the Russian Federation also proposed to delete the second sentence of the Drafting Committee text.

Mr Kosorukov (Russian Federation) supported the basic policy of the incidental question rule. He also supported the initial drafting of the paragraph. However, the explanation of the alternative suggestion of the Drafting Committee was not exactly helpful. It gave an example. The first paragraph of Article 2(3) stated that the matter was not the object of the proceedings. He was not prepared to support the introduction of the notion of a defence as an automatic incidental question. From the perspective of his delegation, it was not necessary. The issue was what incidental meant. His delegation was comfortable with the version of the Special Commission which included the improvement of the Drafting Committee in the first sentence of Article 2(3).

The Chair noted that the word "defence" might include the situation where the defence was on the object of the proceedings. Thus that reference in the second sentence of the Drafting Committee text was broader than the situation covered by the first sentence of paragraph 3. "Defence" might go beyond an incidental question.

The Chairman of the Drafting Committee stated that there was a tradition at the Hague Conference on Private International Law that complicated issues had to be explained by an example and he asked the delegation of the Russian Federation to give an example.

Mr Kosorukov (Russian Federation) replied that from the point of view of his delegation there should be no reference to defence. He might find an example in due time and offer it to the Chairman of the Drafting Committee. He thought that the provision should not be explained in that way; the provision was already adequate and nothing extra should be included.

Mr Bennett (Australia) first wanted to answer the Chairman of the Drafting Committee. There could be the example of a generic manufacturer of drugs. That corporation perhaps wished to produce a generic version of a drug, but it was afraid that it would be inconsistent with the patent. The corporation then produced a small amount so that it would be sued. It could then cross-claim for the invalidity of the patent. It was a classic example. In many cases the real issue was raised by the defendant. It might be a complex and difficult defence.

He then thanked the Chairman of the Drafting Committee for the two examples that he had given. They were two very clear examples of what was wrong with the Convention. In both examples the court should not embark on the matter. It would mean that every time someone died, or there was a bankruptcy, in every contract a court in a different State would rule on who was the executor, or whether he had been properly appointed. That was a matter for the law of bankruptcy. It was why the matters of estates and bankruptcy were excluded. It would be quite wrong for the chosen court to rule on the matter. The two examples were not quite the same as what he was talking about. The example he had given where the defence was more important than the claim was a classic case of what one would call "the tail wags the dog". The defence was important for the parties. One should not have the exception of the incidental question and if one did have it, it had to be limited. It was more important under Article 20, but that was not discussed at that moment.

Mr Tenreiro (European Community) stated that there were two different questions. One was a specific proposal of the delegation of the Russian Federation to delete phrases and the other was to delete the rule itself. As to the concern of the Russian Federation, he wanted to say that as it was drafted, it clarified that generally an incidental question arose as a defence. The question was whether it was helpful or not. It was beyond his competence to enter into a discussion on the technicalities of the word "defence". The object of the proceedings meant "as it had been defined by the plaintiff". The defendant's question could become more important, but that was not the issue. If a plaintiff's action had to do with validity, that would be outside the Convention. If the object were

money, that was the reason behind the action and validity was not the object. The object could not be changed by the defendant. Maybe that could be clarified.

The Chair reminded the delegates that the issue was only on the effect of a choice of court agreement. Therefore, when there was a contract or other instrument, which contained a choice of court agreement, and one of the matters provided for in Article 2 was raised by the defendant, then the choice of court agreement still applied.

Mr Hankin (International Bar Association (IBA)) stated that it would be the very rare case in intellectual property law if validity were not raised. In every case he had litigated, it had been raised. In many systems validity was upheld (Australia and the United Kingdom were different in that regard). If one thought of the incidental question, he suggested thinking of it in the following way: if the court found that the right was valid, it would move on to the next question. Then the question on validity was an incidental question. One had to have a valid intellectual property right. If one did not have a valid intellectual property right, there would be no breach of contract.

Where there was a concern was where the court tried to invalidate the right. That would be an infringement of the sovereignty of another country. One did not want that.

In a great number of cases, validity arose. In the majority of countries validity was upheld more often than not. In that case, it would be incidental. If the parties had agreed on the court and there was not default and validity was challenged in vain, the issue was the breach of contract. He thought that one was trying to protect the wrong people. One was not speaking of people that had not been heard. That did not happen in the great majority of cases. In the room brilliant examples had been given of the 0,001% of cases that mostly did not come up. One should look at the standard case. He thought that more time had been spent on the problem than it was worth. It should not be removed from the Convention because people as smart as the Delegate of Australia had come up with a rare example.

The Chair asked the Delegate of Australia whether he had been proposing the deletion of paragraph 3.

Mr Bennett (Australia) replied that he did not.

The Chair noted that there were no objections to the first sentence of paragraph 3 as proposed by the Drafting Committee. However, there was one proposal to delete the second sentence of that paragraph, as it was felt to be unnecessary. He asked the participants who would intervene to reflect on that issue.

Mr Goddard (New Zealand) to begin with wanted to make the same point as that made by the Observer for the European Community. The added sentence did not change the policy. It was simply illustrating the most common example. It was intended to be helpful. It provided a shortcut. It was there to help, for example for the common law countries.

The example that had been given by the Delegate of Australia would not fall under the sentence. There was a distinction between a defence and a counterclaim. He could not emphasise that too strongly. It should be mentioned in the Report. A cross-claim was in itself a proceeding to which one would have to apply Article 2(2). It could raise the matter of validity. The resulting judgment would not be enforceable under the Convention. It fell outside its scope. One could ask whether there would be something left if the plaintiff discontinued his action. If the answer were no, the matter raised was a defence. If the answer were yes, the matter raised was a cross-claim, or a counterclaim. One would have to apply the Convention separately to cross-claims or counterclaims. Furthermore, one would have to check in every case whether the choice of court agreement covered also the counterclaim. If this was not the case, the Convention would not be relevant.

He thought that the succession example was a good one. The parties knew the situation. If a contracting party died, and the issue of succession arose as an incidental question, that could not take the entire matter out of the Convention. The possibility for abuse was most clear under Article 2(2)*j)*: all a defendant would have to do when litigating against a company, was to allege that it was not the competent organ who had entered into the contract. Then the entire matter would drop outside the Convention. The risk of abuse was large.

He should add that no question of arbitrability arose. One should pause to think why a court would not be able to hear the case. If a defence were raised, that did not mean that the arbitrator could not decide the matter.

Le Président souhaite attirer l'attention sur la différence entre les notions de « défense », terme utilisé dans le projet de disposition, et « demande reconventionnelle ». En effet, pour que la disposition fonctionne correctement, encore faut-il savoir ce que le mot « défense » exprime. Il précise que le terme « défense » recouvre tout moyen invoqué par le défendeur et que la demande reconventionnelle est un moyen de défense. Dans certains systèmes, les demandes de compensation ne nécessitent pas d'avoir recours à une demande reconventionnelle, alors que dans d'autres, c'est le cas. Bien que l'intention sous-jacente à cette disposition soit bonne, l'expression « défense » ne contient aucune connotation juridique précise en langue française.

M. Hoscheit (Luxembourg) souhaite réagir aux questions qui viennent d'être soulevées. Comme il a été précisé, le principe contenu à l'alinéa 1 est acquis. L'alinéa 2 ne constitue qu'une illustration du cas général décrit à l'alinéa 1. L'alinéa 1 exclut les questions incidentes et l'alinéa 2 fait référence à la défense qui constitue l'exemple le plus fréquent dans la pratique judiciaire des questions incidentes.

Il pense que la question posée par le Président, à savoir, ce que signifie la notion de défense et ce que l'on entend par question incidente, est tout à fait pertinente. L'alinéa 1 offre une définition positive de la question incidente : une question incidente est une question incidente. Il observe que cela n'aide pas vraiment. Néanmoins, en général, ce sont les juges qui auront à statuer sur ces questions qui leur sont familières. Ils sauront reconnaître une question incidente. L'alinéa 2 offre aussi une définition négative selon laquelle une question incidente n'intervient pas « as an object of the proceedings » (dans le texte anglais). Or comme l'a souligné le Délégué de la Nouvelle-Zélande, l'objet est un élément important. Une fois que la demande principale a été traitée, il convient de regarder s'il reste quelque chose à décider et si c'est le cas, il convient de déterminer s'il s'agit d'une demande incidente ou de quelque chose de plus. Il note que le texte anglais renvoie à un élément important, « object of the proceedings », et qu'il conviendrait peut-être à cet égard de revoir le texte français qui fait référence à « à titre principal ».

Le Président rappelle que toute la difficulté réside dans le fait que l'expression « à titre principal » n'a pas d'équivalent en anglais.

Mrs Haines (United States of America) supported the draft of the Drafting Committee as it had been explained by its Chairman. The second paragraph of Article 2(3) did not constitute a change in policy. When the delegation had taken the Convention back to the private sector for comment, there was

Procès-verbal/Minutes No 14

a concern as to whether or not proceedings would be covered if an issue referred to in Article 2(2) were raised as a defence. She agreed with the Delegate of New Zealand that ambiguity here could be used in an abusive way. For example, a defendant might raise as a defence a minor issue, perhaps even irrelevant, and thereby attempt to kick the proceedings out of the scope of the Convention. The second paragraph of Article 2(3) would make it clear that raising such a defence would not exclude the proceeding from the Convention. Moreover, a ruling on an incidental question could not be recognised or enforced separately according to Article 10(1). This provided a safety net for States that wished to ensure that they were not obligated to recognise or enforce a ruling on an excluded matter. She thought that the system worked well.

The Chair asked the delegations what the conclusion should be. There was a proposal to delete the second sentence. He had not heard any objections to the first sentence. The discussions were only on the last sentence and the word "defence".

Mr Thue (Norway) wanted to make a short remark in response to the intervention by the Observer for the International Bar Association. It was not the law professors in the room who were inventing examples. His suggestion was to delete the extra sentence. It had been said that it was an explanation. In his view the text of a convention should not contain examples. One had definitions. As it was formulated with the words "in particular", it was hard to see that it was an example.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) wanted to clarify one point. The phrase had been inserted to help the common law countries, but in abstract terms one could not say that there was a distinction between a defence and a counterclaim. That depended on the object. One could not say that if the matter was a counterclaim, there was no incidental question. He referred to the intervention of the Delegate of New Zealand. A defendant could "by the way" ask the court to declare the patent invalid. That would be out of the Convention.

The Chair noted that the delegation of the European Community accepted the second part of the provision but that they would not insist on that point.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) replied that there was indeed consensus. The delegation of the European Community thought that the sentence helped to clarify the matters. If it did not, they could live without it. He thought that there was consensus that it did make the matter clearer.

The Chair stated that he had the same feeling as the Observer for the European Community.

Mr Sun (China) did not have a difficulty of policy. Concerning the notion of defence, his delegation had technical or comparative law problems. In Macao, there were three kinds of defences. The first was an incidental question, the second a prejudicial question and the third a counterclaim. That might also be the case in other countries. If one only wanted to provide clarification, the Explanatory Report should reflect the matter clearly. He was not in favour of adding the sentence.

The Chair asked the delegations what he should do.

Mrs Sabo (Canada) said that there had been a discussion over the years on "matières à titre incident", but it remained unclear to the delegation of Canada what was covered by the notion of an incidental question and what was not. That was so in spite of the examples that had been given. She said that it was difficult to decide when a question had to be answered in order to decide another. It was difficult to know whether something was incidental or not. That was so both for jurisdiction and recognition and enforcement. Sometimes it was difficult to distinguish a principal from an incidental matter. She thought that the second sentence of paragraph *k bis*) (of the alternative text of the Drafting Committee) was one example. She thought that there might be a long list, but that it would not be realistic to produce such a list. At least that sentence should be retained.

Mr Markus (Switzerland) would not force anything, but was in agreement with the delegation of the European Community.

Mr Hankin (IBA) thought that an important point was that Article 6 would come into play: a court might suspend actions. They had not got to Article 6 yet, but that was an important point.

The Chair wondered what he should do in that situation. He noted that the Commission was divided on the issue of incidental questions. Keeping the brackets would have been the easiest solution in that matter. He asked the delegations how he could possibly handle this.

Mr Musger (Austria) thought that the Chair would handle it in the perfect way. He thought that there was no disagreement in policy. The issue was whether the second sentence had to be in the Convention or out. He did not need it, as he understood the notion of an incidental question. However, for some legal systems, he thought that it helped. The Explanatory Report had pointed out a slight misunderstanding. There could be a claim for royalties in the chosen court and the defendant could say that he would not pay and by the way he could ask for a declaration that the patent was not valid. The royalties would not be outside the scope of the Convention because the object of the claim was the royalties. The counterclaim would be outside the scope of the Convention because validity was its object. That was a little different from what Mr Tenreiro had explained, although he noted at that moment that Mr Tenreiro was nodding in agreement.

The Chair added that such a counterclaim would be excluded whether it was an incidental question or not because validity was the object of the counterclaim.

Mr Musger (Austria) stated that that was exactly what he had said. But the principal claim on royalties would, nevertheless, remain within the scope of the Convention.

Mr Kovar (United States of America) wanted to echo the comment on the second sentence of paragraph 3. It helped the common law countries to understand the issue. They did not have the nice distinction that one had in French law between "à titre principal" and "à titre incident". If they worked hard enough, they were able to understand it. The second sentence was useful to have.

As to the consideration of the incidental question, one had to keep Articles 6 and 10 in mind. The participants had to make sure that it would fit together as a whole. He hoped that at the end of the discussion there would not be brackets everywhere. He noted that not all was agreed yet, but the meeting had to move on. He noted that the delegation of the Russian Federation kept their request to delete the sentence.

The Chair asked the delegation of the Russian Federation whether they wished to keep their request to delete the sentence.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that the Observer for the International Bar Association had noted that even in cases that were rare, but which one could envisage, one had to take steps to avoid the negative consequences of the Convention. In relation to the intervention of the Delegate of

the United States of America, he felt obliged to note that the examples given by that delegation showed that there might not be certainty of establishing an incidental question under the first test, but that there would then be a second test under the second sentence that had to be applied. He thought that the first test was rather simple and common to any legal system: if a matter was incidental, it was not the object of the proceedings. That test should be adequate for any legal system. The new text inserted a second test. He thought that it was possible that a matter did not qualify clearly under the first test, but could still fall under the second test. That was a concern that had arisen during the discussion. It had to be clarified in the Explanatory Report. Noting the concerns, his delegation would feel more comfortable to keep the issue pending until Article 2(2) *k bis)* had been resolved.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) thought that they might have an intermediate solution. In fact the participants did not really disagree, but there was some confusion. He thought that they could rely on what had been said and leave it to the Report to explain the matter. He thought that the Drafting Committee might work on the issue and if they could find a definition in 15 minutes, then the sentence would not be necessary. Otherwise they could retain what they had and the matter could be explained in the Report.

The Chair thought that determining what an incidental question was, was more than merely a question of drafting. Noting that sometimes defences were broader than incidental questions, he proposed to highlight the expression "in particular" by having one paragraph instead of two in order to confine the word "defence" to "incidental questions". He wondered whether that proposal could meet the concern of the delegation of the Russian Federation.

Mr Kovar (United States of America) thanked the Delegate of the Russian Federation for asking the right questions. He hoped that he could give the right answers, at least as far as the United States of America was concerned. The United States of America's legal system did not have the concept of the object of proceedings. It did not exist. The state courts had general jurisdiction, so that the issue did not come up. There were federal courts with limited jurisdiction (they had jurisdiction by statute). They had the "well-pleaded complaint rule" and that worked well. There was a lot of case law on that and it was one of the things he used when he illustrated what this provision meant. His conclusion was that it was not good enough to have only the first sentence; that would be unclear. People from his legal system did not read it in the way that the Delegate of the Russian Federation had stated, as a second test. They read it as an example. The Delegate of Norway had stated that a treaty should not contain examples, but here it was useful. He thought that the words "for example" could be used if that would clarify the matter. He thought that it was a drafting issue and that the word "defence" could be too narrow or too broad. He thought that the Drafting Committee or the Explanatory Report had to address the issue.

The Chair asked the delegates what he should do then.

Mr Kovar (United States of America) stated that there was agreement on what the participants were trying to do, keeping in mind that that was not a second test. One should not confuse a defence and a counterclaim. That was as clear as can be in some legal systems, while others did not understand it.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that the text was trying to help. As a matter of principle one had to support the text of the Drafting Committee unless there was a strong objection. The Chair supported the text and he had not heard a strong objection. The second sentence was not extending the text and the first sentence was acceptable for the delegation of the Russian Federation. He thought that the sentences could be merged as the Chair had suggested. The Explanatory Report should state clearly that the second sentence did not alter the meaning of the first sentence.

The Chair noted that the proposal in Working Document No 41 to delete the second sentence had not received any support. Accordi ngly, paragraph 3 as proposed by the Drafting Committee was carried on. That provision would be sent to the Drafting Committee together with the entire package, *i.e.,* with all the subjects on intellectual property rights and incidental questions. He stated that the text of the Drafting Committee was kept without brackets and that it would not be discussed again in first reading.

The Drafting Committee was invited to examine whether they could find a better wording for the word "defence". It could also see whether the two sentences could be put together in order to emphasise that the second sentence was merely an example of the first one. He would not recommend to use the expression "for example" as it would oblige to have further developments in the Explanatory Report, which was sufficiently complete on that matter.

The next item they would address was Article 20(2) *a)* with Working Documents Nos 14, 16 and 49. He invited the delegates to reflect on that. They would then take up Articles 6 and 10 and have a look at the additional proposal in relation to Article 20. The meeting of the next day would start at 9.15 a.m.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) had a question as to whether Article 2(2) *l)* had been adopted.

The Chair answered that Article 2(2) *l)* had been adopted.

La séance est levée à 18 h 10.

Procès-verbal No 15
Minutes No 15

Séance du jeudi 23 juin 2005 (matin)

Meeting of Thursday 23 June 2005 (morning)

The meeting was opened at 9.45 a.m. under the Chairmanship of Mr Bucher (Switzerland) and with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

Incidental questions in relation to Article 20 declarations

The Chair opened the meeting stating that Article 20 would have to be reconsidered in the light of the issue of incidental

questions, which were discussed the previous day. He recalled that the text as proposed by the Drafting Committee on incidental questions was retained. He explained that where there is litigation which is connected with an excluded matter, and which appears as an incidental question, this does not mean that the proceedings are excluded from the scope of the Convention. The choice of court agreement still applies and has full effect.

He then went on to discuss the effect of the regime concerning excluded matters in Article 2. He explained that Article 20 is a kind of exclusion. Such exclusions are unilateral, based on declarations by Contracting States. He asked what was the scope of such exclusions when they come up as incidental questions. He made reference to Working Documents Nos 14, 16 and 49. He said it was also useful to look at Working Document No 15, which is the basic provision adopted on Article 20. Article 20, as adopted, requires a declaration to be a matter of strong interest to the State, to be on a specific matter, and to be on a matter other than one excluded under Article 2(2). The issue before the Commission was whether the Convention applies when an Article 20 matter arises as an incidental question in proceedings.

The Chair suggested only discussing Article 2(3) at this point, reserving consideration of Articles 6 and 10 for later.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) wished to propose Working Document No 14. It expressed the *mutatis mutandis* principle. He explained that the purpose was to clarify what he understood was already in the text. He said the declaration would have the same effect as if that matter was outside the scope of the Convention for that State by virtue of Article 2(2), so that the rules related to incidental questions would apply. He said that an alternative was to make this amendment in the relevant Articles. He understood that the aim was that there should not be a different policy for Article 20 than there is for Article 2(3).

Mr Kovar (United States of America) wished to propose Working Document No 16. It simply drafted in a more thorough way what he understood to be the intention of Working Document No 14. This was because the concept of *mutatis mutandis* is unknown to American judges. He explained that the intent of the proposal of the delegation of the United States of America was to make clear that the effect of a declaration would be the same as if the matter was one addressed in Article 2(2). He said that therefore matters excluded by Article 20 would be treated in the same way as those in Article 2(2), particularly with regard to incidental questions. This was just a specific proposal to make that clear.

The Chair said that Working Document No 14 and Working Document No 16 reflected the same policy. The only difference was the drafting, and this could be left to the Drafting Committee. He then moved on to Working Document No 49.

Mr Bennett (Australia) said that the declaration system was not only intended to protect the interest of the parties but also sovereign interests of States. He explained that the concept of incidental questions, as it stood, was understood to mean "incidental to the object of the proceedings". He noted that the object of the proceedings was determined by the plaintiff's pleadings and that, therefore, the sovereign interest of the State will not be taken account of. He then gave an example of this: The United States of America is concerned about foreign courts interpreting the United States Constitution; they therefore make a declaration on this. An English publisher and distributor have a choice of court agreement in favour of the English courts. There is a dispute over the distributor not distributing the book in the United States of America, as he fears defamation claims. The publisher argues that this would not be an issue because of rights in the First Amendment. The Constitution therefore arises as an incidental question. Nevertheless, it is a matter of great importance for the United States of America that this matter is not decided by the courts of England.

He went on to suggest a compromise, proposed in Working Document No 49. This was that matters excluded by declarations should be treated as matters excluded under Article 2(2) but the State would have the ability to make a declaration excluding matters even where they arise as incidental questions. This would result in the decision being left to State autonomy as to whether the provisions on incidental questions apply.

Mme Sabo (Canada) indique qu'elle adhère entièrement aux déclarations faites par la délégation de l'Australie.

She said that it had been agreed that Article 20 was necessary. She said that this was needed because of requirements of transparency, flexibility and to provide a mechanism for States whose law restricts the application of public policy to refuse to recognise judgments. She explained that it had been conceived as a safety valve to enable States to exclude specific matters from the scope of the Convention because they are not able to accept the application of the Convention on those matters. Without that provision States would not be able to join the Convention. She explained that to now suggest that such matters would be subject to the provisions on incidental questions would be a drastic change. She was of the view that, although the Explanatory Report was of some assistance in understanding the meaning of the term "incidental question", the concept is unknown for some States, and also that it is not possible to predict how States will interpret the concept.

She said that in the case of Article 2(2) matters, States are more willing to accept the provisions on incidental questions, but that those matters are entirely different to those declared in Article 20. She explained that this is because in Article 20 matters the State's interest is so strong that it is not able to accept the Convention. She said that one should remember that where States make a declaration they lose all the benefits of the Convention. This is the trade-off that they accept when making the declaration, for example, that other States will not have to recognise or enforce their judgment. Working Documents Nos 14 and 16 essentially undo the balanced approach decided upon in Article 20. It would mean that a declaring State would lose all the benefits of the Convention, yet still have to assume obligations under it.

She said that these proposals make declarations meaningless and would, therefore, constitute an obstacle for States accepting the Convention as a whole. All States would lose in this scenario. She explained that for the reasons expressed, as well as those expressed by the delegation of Australia, the delegation of Canada could not accept the proposals made in Working Document Nos 14 and 16. She added that she would prefer Article 20 to stay unamended, but she was prepared to accept the suggestion made in Working Document No 49.

The Chair thanked the Delegate of Canada for her compromising approach. He explained that he had the responsibility for ensuring that the Convention is coherent. He was therefore concerned by the remarks of Mrs Sabo on the lack of clarity of the concept of incidental questions. He reminded the Commission that Article 20 had been adopted.

He explained that Working Document No 49 had been proposed as an addition to Working Documents Nos 14 and 16. He invited the delegations that had submitted those documents to comment on this addition.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said that he fully understood the concerns expressed, but that what was being discussed was a non-issue; the concerns were already addressed in the Convention.

He explained that there is confusion on the effect of a declaration. A declaration never prevents another State from taking jurisdiction over a matter subject to a declaration. He explained that the United States of America could not forbid other courts taking jurisdiction on a matter, for example, which required the interpretation of their Constitution. A State can never do this. He said that this was one of the reasons why the old broad draft Convention failed (because of the existence of a black list). He stated that the important question was that of recognition. He said that the intention of making a declaration is to not be obliged to recognise a judgment of a foreign court on a declared matter.

He understood that States were concerned that they will be obliged to recognise a judgment that had taken a view on a declared matter as an incidental question. He said that a ruling on an incidental question is not required to be recognised under Article 10, that will always be the case. What he thought States were concerned about was recognising, for example, a money judgment, which concerned an excluded matter. He felt that the Convention should not be over complicated. The concern expressed could be addressed by drafting the declaration in such a way that it covers even incidental questions.

He felt that it was clearer to deal with this through a declaration stating how the Convention should apply, not through the non-application of the incidental question provisions. He acknowledged that there was a real concern, but that the best way to deal with it was to draft the declarations appropriately.

He added that he had begun to have doubts as to whether the provisions on incidental questions were needed at all. He noted that Article 2(2) had been changed, it previously read "The Convention will not apply to proceedings", it now reads "The Convention shall not apply to the following matters". He, therefore, wondered if the concept of incidental questions was still relevant at all. Whatever a judgment says about an excluded matter is not subject to recognition and enforcement under the Convention.

He explained that a court might declare, for example, a patent to be valid (this being the subject of a declaration) as an incidental question to a claim. The ruling on validity would be outside the scope of the Convention, but any money judgment would be required to be recognised, and would be subject to the Convention rules. Article 10 would deal with any problem of conflicting judgments.

The Chair said that this was something for delegations to think about.

Mr Kovar (United States of America) said that this was a complex question, the issues of incidental questions and Articles 6 and 10 could be difficult to understand.

One approach would have been to have a very simple Convention and leave all these questions to the Explanatory Report, Special Commissions, judges, etc. He noted that this approach had not been adopted. Since a prescriptive approach had been adopted, he proposed Working Document No 16 to address this matter.

He referred to Mr Bennett's example of proceedings in England for breach of contract. The defendant argued that he had to breach the contract in order not to violate the Constitution of the United States of America. The court dismissed the claim because it considered that the defendant would have been obliged to violate the Constitution of the United States of America. He thought that there would be no obligation to recognise such a ruling. If, on the other hand, the English court considered that the Constitution was not violated, and ordered the distributor to distribute in the United States of America, the constitution issue would be raised as a defence in enforcement proceedings. This would enable courts in the United States of America to refuse to recognise that part of the judgment. He noted that Article 10 could in principle be broader than just covering intellectual property rights. Article 10 could be amended to make this clearer.

He stated that the proposal in Working Document No 49 means that if any Article 20 matter arose in a proceeding, however small and incidental, it would result in the State that made the declaration having no obligation to recognise or enforce the subsequent judgment at all under the Convention. The effect would be to essentially nullify the choice of court agreement.

The Chair stated that the issue here was whether the Convention applies in such a situation (where an Article 20 matter has arisen as an incidental question). He did not wish to deal with Articles 6 and 10 at this point.

Mr Kovar (United States of America) said that as he had understood the proposal, if a law suit has at any point dealt with a declared matter, however small or unrelated to the proceedings, then the Article 20 State could refuse to recognise or enforce the judgment. He thought that this was an extremely broad interpretation and would allow a party to make pleadings simply to take the case outside the scope of the Convention.

He explained that the Commission had always tried to focus exclusions on the object of proceedings, not on matters that arise incidentally. If this was not the case, he stated that the Convention would be subject to games of pleading, and it would lose its full force. He said that if the Commission was starting to look at allowing this exclusion to protect general interests of sovereignty, then that would be like drafting another public policy provision.

The Chair noted that serious concerns had been expressed by the delegations of Canada and Australia. He asked if delegations could suggest other ways to solve these concerns.

Mr Sun (China) stated that his delegation also had concerns with the proposals in Working Documents Nos 14 and 16. He explained that Article 20 was critical to his delegation. He said that he would not repeat what had been emphasised by the delegations of Canada and Australia, but that he would not accept these proposals.

He wished to make some reflections on the remarks of new limitations on the declaration system. He said that Article 20 says that States will not apply the Convention. That means that the State will not apply any Article, and that includes Articles 2(3), 6 and 10. He stated, again, that he could not accept these proposals.

He expressed agreement that the Convention had become complicated and complex. He wanted everyone to be able to understand and apply it. He thought that it was impossible for the courts of all States to apply and understand the proposals contained in Working Documents Nos 14 and 16.

He wished to make clear that Article 10 is not enough to deal with the hypothetical case of the publisher already used. He

Procès-verbal/Minutes No 15

said that if he wrote a book in China he would assume that he has copyright in China. If a foreign court ruled, as an incidental question, that he did not have a copyright then he would have a problem in relation to the judgment related to this ruling. When enforcement of the judgment was sought in China it would not be sufficient to say that the object of the proceedings was not copyright and that he must pay money under the judgment.

He concluded by saying that he was not prepared to accept proposals that place limits on the declaration system, to do so would make the negotiating process an unhappy one.

The Chair noted that Mr Sun had given his views in relation to Working Document Nos 14 and 16, but not in respect of Working Document No 49.

Mr Sun (China) replied that he did not support Working Document No 49 either. He would prefer to keep Article 20 as it appears in Working Document No 15.

Mr Musger (Austria) stated that the Commission should concentrate on the real issues at stake. He first made the point that it is impossible to prevent, by declaration, another State hearing a case on a matter (either as an incidental question or as a main object of the proceedings).

Secondly, he said that the only question is what the effect the declaration has on Article 7 and 9. He asked what happens if recognition and enforcement is sought in an Article 20 State when a court has given judgment on a matter subject to a declaration as an incidental question. He said that the approach of the European Community and United States of America was to use Article 10. As the delegation of the United States of America pointed out, Article 10 is a bit narrow now (covering only intellectual property). He said that Article 10 could be widened so as to make clear that the State making a declaration would not have to recognise or enforce a judgment if it contained a ruling on an Article 20 matter and if it is inconsistent with a judgment in the Article 20 State. He thought that a lot of cases could be solved by this proposal.

He said that there might be a small area of cases left where there is a judgment on an excluded matter, but that he did not think that this was an important issue. It would be possible to go either way for these cases; either solution proposed (Work. Docs. Nos 14 or 16 or Work. Doc. No 49) would be acceptable. He said that for Canada a careful drafting of its declaration might be the answer.

The Chair said that these were also his feelings. He said that there are ways to reach a consensus.

Mr Goddard (New Zealand) said that the Commission had caused itself grief by trying to say things that go without saying. He said that he agreed with the point of Mr Tenreiro that provisions on incidental questions were probably not needed. He was of the view that it was implicit in the way Article 2(2) was drafted that excluded matters were not covered. However, he noted that it had been decided that this should be made clear and he thought that it was helpful to do so.

He said that he did not think that it was right to suggest that these proposals are a departure from Article 20 as adopted. Article 20 was drafted with strong parallels to Article 2(2), he thought that the same consequences would apply.

He asked what the effect and practical consequences of Working Document No 49 would be. He thought that most concerns could be met by a broad drafting of the exclusions as proposed by Austria and the European Community. He did, however, note that it would perhaps be a lot to ask of these declaring States to draft their declarations quite so specifically. He acknowledged that this might leave some issues unsolved.

Mr Goddard thought that the proposal in Working Document No 49 was not needed for any realistic concern, but that it was not really for the Commission to decide if these concerns were important or not. He thought that to adopt Working Document No 49 would be reasonably harmless, because of the disciplines in Article 20 in respect of making the declaration. Article 20 would require that there be a strong reason for excluding a broad range of disputes (even where incidental). He asked if there could be such a strong interest where parties are able to choose to go to arbitration. He also noted that the application of the rule of reciprocity would discourage such broad declarations.

In conclusion he felt that it would not be too harmful to allow this proposal by way of compromise, he thought that it might provide a workable path.

The Chair asked the delegation of Canada whether it would accept that there might be other routes, which would address its concerns, noting that Working Document No 49 created some technical difficulties.

Mrs Sabo (Canada) said that she had listened carefully to the discussion. She said that it seemed clear to her that the discussion took the Commission back to the question of what an incidental question is. She commented that it was not clear that the courts of Canada would interpret the term in the same way as the European civil courts.

Mrs Sabo felt that it was important to think about rulings on matters excluded under Article 20 being a necessary part of a judgment. She said that it was illogical to enforce the judgment, but not the decision on which it was based, and that it would not be clear that a judgment would not have to be enforced.

She said that she was in favour of finding a solution, as this was a matter of key importance to her delegation.

The Chair suggested that the question of the concept of incidental question be stepped back from. He suggested that Canada could exclude all matters where asbestos appears as an incidental question, however small. He went on to say that he thought that this was not what that delegation actually wanted. He suggested that Canada could identify specific matters where asbestos was relevant, creating a list. He thought that this should be possible, as the State must have a strong interest in the exclusion of those matters.

The Chair said that it was very difficult to use Article 2(3) (a provision which determines whether a matter, referred to as an incidental question, is included in the Convention) to determine whether a matter is excluded from the Convention.

Mr Beaumont (United Kingdom) wished to state as the Chairman of the Working Group on Article 20 that Article 20(1) had been drafted to avoid overly broad declarations. Declarations are to be no broader than is necessary, and must be clearly and precisely defined. He explained that the aim was for declarations to be small. He said that the Commission must not let concerns in relation to incidental questions "wag the dog". He said that it was necessary to keep to the spirit of Article 20.

Mr Beaumont said that the Chair's suggestion of looking carefully at the drafting of Working Document No 49 might be useful, so that declarations remain as narrow as possible.

He noted that there was lots of passing discussion on Article 10, including criticisms of the drafting. He said that this should be looked at when dealing with Article 10. He thought there were policy issues involved, not just drafting issues.

Mr Bennett (Australia) commented that the previous day everyone seemed to know what was meant by incidental question, yet now it was being said that it is too broad when we want to exclude what is included in that term.

He said that Mr Tenreiro had said that this Convention was not about a black list. In response he noted that it does contain a list of matters that do not have to be recognised or enforced.

In response to the suggestion of dealing with the concerns in the drafting of the declaration, he could not see how this could be done, how every possibility could be provided for. He said that it was better to have a simple declaration. The suggestion simply did not work in his view.

Finally, in response to the comment on pleadings being made simply to take a case outside the scope of the Convention, he thought that legal systems were adequately placed to deal with that. He gave as an example the procedure of strike out.

Mr Bennett said that he would prefer not to have a provision like those suggested in Working Documents Nos 14 and 16, but that if this was to be adopted, then the compromise of Working Document No 49 is a sensible one.

He thought that if States tried to make their declarations cover all potential incidental matters it would lead to declarations being extremely long and complicated, and this would discourage the raising of matters before foreign courts.

Mr Bennett said that one argument (of the delegation of the United States of America) was that excluded matters might arise as a very trivial issue. He suggested that in this circumstance the party wishing to keep the case within the scope of the Convention could concede on that point, so that there was no ruling on the issue.

Mr Sun (China) confirmed that the delegation the United Kingdom was correct in stating that Article 20(1) expressed a particular policy approach. Declarations are limited and should not go further than necessary. He insisted that the declaration system should not be made broader.

The Chair commented that it was a wise proposal to remain with Article 20(1), and not complicate the Convention any further.

The Chair said that he had been told that the Convention should be simple and not overly prescriptive. In his view this would mean deleting certain provisions, something that he was not able to suggest. He said that it appeared that the Commission did not want this, although now the delegation of China was proposing to keep the Convention simple. He stated that the Explanatory Report could explain and reflect the debate on this issue and all the proposals could be put away, the matter being left to the declaring State.

The Chair noted that extensive discussion on incidental questions had taken place during the break and he thought that more progress may be made at this stage in a meeting of a Working Group rather then in Commission II. He therefore proposed to leave this discussion on Article 20 and Articles 6 and 10 to a Working Group chaired by Mr Beaumont. He then gave the floor to the Secretary General.

The Secretary General explained that it had been decided to amend the agenda in order to allow Commission II to meet on Friday 24 June 2005 (afternoon). He therefore asked the delegations if they could inform their colleagues that the originally planned meeting of Commission I had been cancelled. He also reminded that his wife and himself would be pleased to welcome the delegates and their partners to a reception at the *Mauritshuis* that evening.

Exclusion of torts

The Chair said that the next item to be addressed was the question of the exclusion of torts. He noted that two working documents had been proposed (Working Document No 46 and Working Document No 48). He added that initially the proposal contained in Working Document No 46 was contained in another working document that mainly addressed the question of the exclusion of intellectual property rights. For reasons of clarity the delegation of China decided to separate the two issues. He noted that it was probably for the same reason that the delegation of the Russian Federation submitted a separate working document on the exclusion of torts from the scope of the Convention.

Mr Sun (China) explained that the Convention was intended to deal with business-to-business disputes and that such disputes generally supposed a pre-existing contractual relationship between the parties. He said that his delegation therefore considered that the existence of a contract was necessary in order to allow the Convention to apply to torts. Working Document No 46 was intended to clarify this. He stated that nevertheless the delegation of China was very flexible on the wording that could best explain this idea. He was also flexible as to whether the term "tort" was used, or whether the phrase "personal injury or damage to property" was used. He said that he thought that pure tort cases should be excluded from the scope of the Convention.

The Chair asked the delegation of the Russian Federation if Working Document No 48 made paragraph 1 *h)* of the proposed Article 2 contained in Working Document No 41 unnecessary.

Mr Kornatsky (Russian Federation) said that the assumption of the Chair was correct since the issue of personal injury and damage to property was now addressed in a separate Working Document (Work. Doc. No 48). He explained that the delegation of the Russian Federation supported the exclusion of torts from the scope of the Convention suggested by the delegation of China. He added that like the latter delegation it considered that torts were not covered by the Convention. He explained that for non common law lawyers it was a difficult concept to understand, and hard to apply; torts should thus be totally excluded.

He then said that the main difference between Working Document No 46 and Working Document No 48 was that the latter entirely excluded personal injury regardless of whether there was a contract or not. He explained that his delegation regarded personal injury as a matter having a strong link to basic rights of a person and even to human rights. He thought that a business-to-business convention should not cover such matters.

Mr Hartley (co-Reporter) asked the delegation of China if they could clarify the meaning of the words "covered by a contract" contained in their Working Document. He wondered if they meant that the tort action had to be brought pursuant to a contract. He asked how it related to Article 2(2) *k bis)*, if it meant the same thing as the idea expressed in that Article, and if it did, why the same language was not used.

Procès-verbal/Minutes No 15

Mr Sun (China) said that the word "covered" had been chosen in order give the suggested provision a less broad scope than Article 2(2) *k bis)*. He added that the delegation of China was not in favour of party autonomy in the area of torts.

The Chair asked if the wording used in Working Document No 46 also addressed the choice of court agreement since that is a contract too.

Mr Sun (China) said that the wording used in the proposal made by his delegation was to ensure that the parties had entered into a contract before the occurrence of the injury. He added that choice of court agreements were not addressed because the delegation of China did not consider them as contracts with regard to the provision contained in Working Document No 46.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) sought clarification. Taking an example that had already been made during the discussion on Article 2(2) *k bis)*, he asked if a choice of court agreement that would allocate to one court all disputes likely to arise between the parties pursuant to the execution of a construction contract, including disputes on personal injury suffered by a third party, were covered by the provision suggested by the delegation of China.

Mr Sun (China) answered that in his opinion the interpretation of the word "covered" had to be left to national courts. He added that the suggested provision did not have the same meaning as Article 2(2) *k bis)*. He explained that the use of the word "covered" was intended to avoid the exclusion of tort situations where an underlying contractual relationship exists.

Mr Nielsen (Denmark) sought clarification. He asked if the word "tort" used in Working Document No 46 and in Working Document No 48 also covered the concept of delict. He then noted that the proposal made by the delegation of China only addressed personal injury and damage to property whereas the proposal of the delegation of the Russian Federation covered all types of tort. He wondered if a case of damage caused by pollution could be considered as damage to property.

Mr Kovar (United States of America) said where two businesses wanted to regulate their relationship he thought that they should be able to include torts in the scope of their contract. He noted that the delegation of China seemed to be concerned primarily with situations where businesses entered into a choice of court agreement after the dispute arose, and secondly with situations where the choice of court agreement simply stated that all the disputes between the parties, some of which might not be of a contractual nature or did not necessarily arise out of the business relationship, were allocated to a chosen court. Mr Kovar said that he would like to know if these assumptions were correct.

The Chair noted that there was an ongoing need for clarification.

Mr Goddard (New Zealand) stated that there were two categories of matter raised for possible exclusion. He felt that it was important to bear in mind that the concept of tort and the type of harm suffered are not the same. He explained that the concept of tort is much broader than just personal injury and damage to property. It also covers such things as negligence. He also explained that it was often possible to bring parallel claims in contract and tort in respect of the same event. He said that there are procedural reasons for doing this, for example, because of differences in the limitation periods and the measure of damages that are awarded. He assumed that there was no desire to exclude the negligent performance of contractual obligations from the scope of the Convention. He also said that he did not think that these proposals were intended to extend to claims for breach of fiduciary duty or to the economic torts. He said that the concept of tort is much wider than personal injury and damage to property.

In respect of the phrase "covered by contract" in Working Document No 46, he asked if all that was intended is that it excludes the possibility of entering into a choice of court agreement after the dispute. He felt that if this was what delegations were concerned about then the best way to deal with this might be in a declaration. He said that he would be grateful for an explanation of the policy concern here.

The Chair, referring to the last intervention, said that it raised the issue of substantive validity of the choice of court agreement because the law by which the latter is governed might render it void if it was concluded after the dispute arose. He noted that nevertheless the declaration system did not seem to be the right way to address this concern since it only permitted to exclude specific matters and that torts would not fulfil this requirement.

Mr Goddard (New Zealand) answered that Article 20 would have to be changed in order to allow such type of declaration. He highlighted another tort that he did not think would be intended to be excluded, misrepresentation inducing the contract.

Mr Sun (China) said that he thought that the policy of Article 2(2) *k bis)* was clear, and that this policy should not be extended to other areas. In addition he felt that his proposal was clear, he had included square brackets in the proposal to reflect that although he had a general idea of what the word "tort" means, he was not sure that he fully understood the concept.

Mr Matveev (Russian Federation) said that since his delegation was working in a foreign language it used the English terminology in a very basic sense and that it therefore understood that the notion of tort was limited to personal injury and damage to property. He had tried to express this in his proposal.

He explained that it is unacceptable that a choice of court agreement, settled in advance of the dispute, could limit the rights of the victim and the possibility for the person who suffered personal injury to seek judicial protection in a particular court. He added that this was because the matter was closely related to human rights and the obligation for a court to refuse to take jurisdiction because another court had been chosen could amount to denial of justice. He said that this could not be tolerated. He then said that his delegation did not regard the declaration system as an answer to this concern, namely because it considered that it should be clearly stated in the Convention that personal injury was outside its scope. He explained that there was a distinction between claims in respect of personal injury and damage to property; this was something that was clear from the discussions of the Commission.

He explained that, regarding the problem of characterisation of pollution damage that had been raised by the delegation of Denmark, he was of the opinion that a distinction had to be made between situations where a public interest was involved, and other situations. He added that only the latter situations could be considered as damage to property.

The Chair expressed confusion as to how the proposal would deal with situations where a personal injury claim was framed

in both contract and tort. Would only the tort claim be outside the scope of the Convention?

Mr Matveev (Russian Federation) said that the intention was to exclude personal injury entirely from the Convention. He explained that the reference to contract in the proposal referred only to damage to property.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) noted that he had tried to identify the different issues. He remarked that the proposal of the delegation of the Russian Federation intended to exclude personal injury matters completely. The proposal of the delegation of China, on the other hand, did not exclude personal injury cases where there was a prior contractual relationship. He said that the Commission had acknowledged that in some cases it could be useful to include personal injury under the scope of the Convention, and he therefore was unable to go along with the proposals.

He then said that he wondered why Working Document No 46 required that the contract had been concluded prior to the occurrence of the damage. He noted that the delegation of China had explained that the contracts addressed in this provision were not choice of court agreements. He was not sure what kind of contract the provision was referring to. He added that he did not see any reason why a choice of court agreement could not be concluded by businesses after the dispute had arisen. Finally, he noted that it was hard to imagine what kind of contract could have been concluded after the personal injury or the damage to property had occurred.

Eventually, he noted that, apart from the exclusion of personal injury, he could support the policy suggested in Working Documents Nos 46 and 48. He said that with regard to the issue raised about the meaning of the words "covered by a contract", he considered that this was just a problem of drafting since the delegation of China explained that what it had attempted to do was to have a narrower provision than Article 2(2) *k bis)*.

The Chair reminded that if a reference to Article 2(2) *k bis*) is made, or if this provision was to be used to inspire another provision, one should keep in mind that the current wording, namely the drafting laid out in Working Document No 24, is broader than the original drafting in Working Document No 1.

Mr Kovar (United States of America) said in his view a true personal injury action was clearly outside the scope of the Convention because it would not be a business-to-business relationship. He then explained that having the Convention address such a matter, even in order to exclude it, was somehow misleading because it would imply that a purely personal injury action could possibly result out of a business-to-business relationship. However, he noted that where an action was not a true personal injury action it might be useful not to exclude it from the scope of the Convention. He gave an example of where two parties to a construction contract could decide upon the allocation of the risk of injury to a passer-by. He explained that in such cases and in similar cases dealing with personal property, he considered that the Convention should apply. He thought that anyhow such cases were not really personal injury actions, but concerned matters of indemnity and cost allocation.

He then noted that there were situations where business torts could arise, for example with regard to the formation of a contract, wrongful inducement, or not carrying on a contract in a legitimate way. He said that in his view such tort actions should be covered by the Convention because they were closely linked to a contract. He said that everyone seemed to be agreed that personal injury claims were outside the Convention. He also noted that this was what Article 2(2) *k bis)* had tried to achieve with regard to intellectual property rights.

Finally, he explained this with an example: A owns an old factory, which causes pollution, and he enters into a business relationship with B who plans to develop the area. The contract between A and B allocates the risk of any clean-up duties arising from the pollution. He said that the Convention should cover claims arising out of this business relationship, but that it should not cover, for example, workers who are suing in respect of their injuries.

He said that he wondered whether the matters that Working Document No 46 and Working Document No 48 intended to exclude from the scope of the Convention did not naturally fall out if one took a close look at what was covered by the notions of contractual relationship and claim.

Mr Goddard (New Zealand) said that he wondered whether the concerns of the delegations of the Russian Federation and of the United States of America could not both be addressed by adding the words "by a natural person" after the words "personal injury claims" in order to limit the scope of the excluded matters. He remarked that true personal injury claims could arise under a business-to-business contractual relationship. He gave an example: a barrister concludes a contract for transport services in order to attend court and suffers personal injury in consequence of an accident that occurs on the way. The dispute would arise under a business relationship, but the claim being made by a natural person, it would fall outside the scope of the Convention.

He then said that with regard to the second concern of the delegation of the Russian Federation, namely the exclusion of damage to property not arising out of a contract, he was not sure if the wording used in Working Document No 48 was appropriate. He noted that it could be possibly read as leaving inside the scope of the Convention tort claims where there was no contractual relationship at all, because one could think that it only addressed situations where a contract existed but where the latter had been concluded after the occurrence of the damage and not before. He concluded by saying that he thought this issue might best be addressed by making a declaration under Article 20.

Mr Thue (Norway) said that he had the impression that what was being discussed were causes of action and concepts of law. He noted that there were differences between the civil law and the common law. He explained that the distinction between delict and contract has been expressed in Roman law by Gaius. He said that the present discussion was on the same issue. He felt that most people know where the line is; what can be considered as tort / delict and what is contractual. He said that it was impossible for the Commission to draw a definite line to reflect that. This was a matter to be left for the judges, who manage to make this distinction in respect of other conventions.

The Chair said that the two proposals were not yet ready to be adopted, either as a matter of substance or as a matter of drafting. He noted that sympathy had been expressed for them, but not support. The Chair stated that there had been a suggestion of using the words used in Article 2(2) *k bis)* as suggested in Working Document No 24. It was suggested that the two delegations with proposals on the table get together and provide the Commission with a new draft text in a form that can be adopted.

Mr Matveev (Russian Federation) welcomed the idea of a small group meeting on this matter. He said that the proposal

Procès-verbal/Minutes No 15

of Mr Goddard would cover everything that he considered needed to be covered in respect of personal injury claims. He felt it would not reduce the scope of the provision, and would be acceptable to him. He said that the second half of Mr Goddard's proposal, in respect of damage to property, would need some additional analysis. He was of the view that the proposal would not fall precisely within the borders of Article 20 as it would not be a specific matter, and it would also make declarations more numerous. He stated that he was not in favour of the making of numerous declarations, and he would, therefore, prefer a solution in the text itself.

The Chair said that this issue could be divided into two aspects: firstly, personal injury claims by natural persons, and secondly, claims in respect of damage to property. In respect of the latter aspect he asked what was really excluded: just damage to property that occurred prior to the contract? He thought that if so, this would not cover many cases.

He then asked for the views of the delegation of China on this matter.

Mr Sun (China) commented that a lot of time had been spent on the different interpretations of tort; he said that all that was needed was a basic understanding of the distinction between tort and contract. He said that he was willing to follow the path proposed.

The Chair said that it was now for these delegations to reconsider expressing their concerns and that other delegations would help with this.

Article 2(4)

The Chair then moved on to considering Article 2(4). He noted that there were no proposals on this provision, which had been discussed in the Special Commission. He stated that the provision was subsequently adopted.

The Chair then moved on to Article 2(5).

Article 2(5)

Mr Herrup (United States of America) said that he wished to state his understanding of the Article. He acknowledged that it had been much discussed, but he wished to state on the record that there is extensive contracting done by public bodies. He felt that such bodies should have all the benefits and burdens of private parties under the Convention. The scope of the Convention should not pivot on the identity of the parties engaged in a commercial transaction.

The Chair, noting that no proposals had been made, stated that this provision was adopted.

Article 2(6)

The Chair then moved on to Article 2(6). He said that the delegation of the Russian Federation had made a proposal in Working Document No 41.

Mr Kosorukov (Russian Federation) referred to the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, adopted by the United Nations General Assembly on 4 December 2004. He explained that in light of the adoption of this Convention amendments were necessary to paragraph 6, to reflect that immunities also relate to the property of States.

His second proposal was to remove the word "sovereign". He said that this term had become redundant. Sovereignty is an essential requirement of statehood; there was no need to state this in the Convention.

His third proposal was to provide examples of entities of States. He suggested "agencies and instrumentalities". These entities were included in the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property.

The Chair stated that the first proposal was on a matter of substance, adding the words "and their property". He said that these words were not connected to the immunities of States as drafted, and asked if this was intentional.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that he considered that the words were connected to immunities. He confirmed that this proposal was in accordance with the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property.

The Chair stated that there was no change of policy. This would be a matter for the Drafting Committee.

In respect of the brackets including the examples of "agencies and instrumentalities", he asked if this was also in conformity with the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property.

Mr Kosorukov (Russian Federation) confirmed that this was the case.

Mr Herrup (United States of America) wanted to emphasise that the current paragraph was the result of carefully considered discussion since 1998. He said that he understood the proposal of the delegation of the Russian Federation, that it contained no change of substance, and was completely unexceptional.

He thought that it would be useful to read into the record a short part of the Nygh-Pocar Report (Prel. Doc. No 11, para. 4) which clearly underscores the motivations for this paragraph:[1]

"Concerns were expressed in the Special Commission that paragraph 3 could be interpreted as affecting any claims to governmental immunities or privileges which might be asserted under national or international law. This was certainly not the intention behind paragraph 3, which only excludes the relevance of the governmental status of one of the parties for the purposes of characterisation of a claim as "civil and commercial". For additional assurance, paragraph 4 makes this explicit. Although not specifically referred to it is also obvious that entitlements to diplomatic and consular immunity under the relevant international Conventions are not affected by the preliminary draft Convention."

The Chair proposed that this be adopted as a principle, the matter to be reviewed by the Drafting Committee.

The Chair then stated that the Commission had reached the end of Article 2, subject to a few issues still to be resolved.

The meeting was closed at 1.00 p.m.

[1] See the "Report on the preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters" by Peter Nygh and Fausto Pocar, *Proceedings of the Twentieth Session*, Tome II, *Judgments*. Preliminary Document No 11 is also available on the website of the Hague Conference at <www.hcch.net> under "Conventions", "Convention 37" and "Preliminary Documents".

Procès-verbal No 16
Minutes No 16

Séance du jeudi 23 juin 2005 (après-midi)

Meeting of Thursday 23 June 2005 (afternoon)

The meeting was opened at 3.15 p.m. under the Chairmanship of Mr Bucher (Switzerland), with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

The Chair thanked the members of the Article 20 Working Group for the interesting, new and non-prescriptive solutions that they had developed. He noted that further consultations were on-going. He announced that the Commission would now address Article 13, which concerned the documents to be produced when a judgment was to be recognised or enforced.

Article 13

Article 13(1) a)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 13(1) *a)*. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 13(1) b)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 13(1) *b)*. He noted that there was one proposal on this provision, contained in Working Document No 36, made by the delegation of the Russian Federation.

Mr Kosorukov (Russian Federation) explained that this was something of a technical proposal which provided for the provision of a certified copy of the choice of court agreement. He clarified that this would be an option rather than an obligation. He further drew attention to the final part of the provision which, he held, should be cross-referenced with Article 3 *c)* and thereby employ the term "documented" instead of "evidenced".

The Chair acknowledged that these were important issues with regard to the practical operation of the Convention and should be considered carefully.

Mr Kovar (United States of America) stated that the proposal to introduce the provision of a certified copy of the choice of court agreement instead of the mere evidencing of the latter would move the proposal from a forward looking one which could respond to the nature of agreements in electronic form to one which was focused on traditional paper agreements. Since Article 3 allowed an agreement to be entered into or evidenced not only in writing but by other means of communication which rendered information accessible, this had to be reflected in the drafting of the present provision.

Mr Kosorukov (Russian Federation) explained that his delegation did not want to limit the documentation to the agreement or its certified copy. He certainly agreed that there should be parallelism between Articles 3 *c)* and 13(1) *b)*, which was why he had suggested that the word "documented" be introduced into the latter. He clarified that his delegation simply wished to give applicants a further option in terms of the evidence to be provided.

Mr Musger (Austria) advocated the retention of the existing text. He pointed out that there did not need to be a strict parallelism between the two provisions. He drew attention to the fact that this was clear from the French version of both provisions where Article 3 *c)* employed the expression "confirmé par écrit" whilst Article 13(1) *b)* referred to the "preuve de son existence".

M. Goddard (Nouvelle-Zélande) se dit entièrement d'accord avec M. Musger sur ce point.

He also stressed that the provisions were dealing with different stages of the process. He indicated that it would be possible to make a reference to a certified copy, which would moreover parallel Article 13(1) *c)*. Nevertheless it was still appropriate to use the term "evidence of its existence" in Article 13(1) *b)*. He further noted that Article 3 referred to "documented" in a broad way.

The Chair stated that this part of the sentence would have to be considered by the Drafting Committee as a certified copy was also a form of evidence.

Mr Kosorukov (Russian Federation) accepted that the matter could be passed to the Drafting Committee. He stated that the discrepancy between the English and French texts and between Articles 13 and 3 was a matter of drafting, however, the underlying policy issue was that documentation required under Article 3 should not be negated by the reference to "evidenced" in Article 13.

The Chair asked delegates not to confuse requirements of form with requirements of evidence. He referred again to an example given during the debate on Article 3 whereby an agreement was made on paper and witnessed by two persons, only to be subsequently lost. This would not prevent there being evidence of its existence and formal validity.

The Chair recorded that the original provision would be adopted and it would be for the Drafting Committee to take into account the proposal made by the Russian Federation to refer to a certified copy.

Article 13(1) c)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 13(1) *c)*. He remarked that this was also the subject of a proposal of the delegation of the Russian Federation in Working Document No 36. He also drew attention to the connection of this provision with Article 9(1) *c)*.

Mr Kosorukov (Russian Federation) explained that the first element of the proposal consisted in qualifying notification by the addition of the word "duly". This would clarify the proceedings which were necessary to notify the defaulting party. He added that the second element of the proposal dealt with a more substantive point, namely the notification of the date of the proceedings. This could show if the defaulting party had been notified in the required manner of the actual date of the proceedings.

The Chair cautioned against going beyond the terms of Article 9(1) *c)* as revised.

Mr Kovar (United States of America) stated he was not sure why the word "duly" was needed, explaining that if it implied that the requested court might impose its own due pro-

Procès-verbal/Minutes No 16

cess requirements his delegation could not support it. However, if it was merely referring to the requirements under the Convention then it simply served no purpose. He added that the second element of the proposal of the delegation of the Russian Federation had already been raised in respect of Article 9(1) *c)*. He was not sure why the date had been singled out since the essence was whether the party had been given enough time to arrange its defence. On balance he saw no reason to change the current text.

Mr Beaumont (United Kingdom) voiced his support for the retention of the current text in Working Document No 1. He noted that the word "duly" resurrected the question of whether or not an autonomous standard should be employed. He indicated that it had been decided to adopt an autonomous standard in the context of Article 9. As to the second element of the proposal of the delegation of the Russian Federation he explained that no date may have been set, therefore such evidence could not be required in every case.

Mr Goddard (New Zealand) agreed with the final point of the Delegate of the United Kingdom, noting that in many legal systems if no legal defence was filed then no date would ever be set.

The Chair recorded that in the absence of any support the proposal of the delegation of the Russian Federation would not be retained.

Article 13(1) d)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 13(1) *d)*. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 13(1) e)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 13(1) *e)*. He remarked that the proposed change in Article 12 (Work. Doc. No 38) had been agreed and sent to the Drafting Committee. He indicated that the Drafting Committee should examine whether this would have to be reflected in the formulation of Article 13(1) *e)*. This was accepted.

Article 13(2)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 13(2). In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 13(3)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 13(3). He noted that this provision had been considered by the Forms Working Group and he drew attention to their proposal in Working Document No 33. He further noted that consideration would have to be given to Working Document No 34 which had replaced Working Document No 32.

Mr Brand (United States of America) presented Working Documents Nos 33 and 34 on behalf of the members of the Working Group. He recorded that the Group had considered that a form was necessary, that given the terms of the Convention it should only be informational and that it should be structured so as to assist requested courts by giving them bases to begin their analysis.

Turning to the amendment of Article 13(3), he indicated that the Group wished to clarify from where the document should emanate, namely that it should come from the court in the State of origin, or the appropriate person at that court, rather than from the judgment creditor. The drafting also allowed the text not to be an official part of the Convention. He stated that there was a minor typographical error in that the word "form" should not have been underlined in Working Document No 34.

Describing Working Document No 33 he explained that paragraph numbers had been added to the initial elements of the form, which had an effect on the subsequent numeration, but there had been few changes as to the substance. He clarified that paragraphs 5, 6, 7, 8 and 9 of Working Document No 33 had not been substantially changed but respectively reflected paragraphs 1, 2, 3, 4 and 5 of the form contained in Working Document No 1. He drew attention to the fact that paragraph 6 of the original form had been taken out by the Working Group as it had appeared that the concept of default judgments could vary from one State to another. However, the listing of documents provided for in the new proposed form (new paragraph 12) could include documents demonstrating the existence of a default judgment. As to whether a judgment was subject to review in the State of origin, the Group had concluded that the original paragraph 7 of the form had to be modified in the new paragraph 10, as a yes or no answer would not always suffice, and to this end there was now a box marked "unable to confirm". The original paragraph 8 had been deleted because the statement about enforceability could require a legal conclusion which a court may not be able to make. A new paragraph 11 had been added to allow any other relevant information to be included. The new paragraph 12 provided a checklist intended to assist courts and parties by referring to the documents identified in Article 13(1). The new paragraph 13 identified the date the form was made, whilst paragraph 14 covered the signature and / or stamp by a court, or appropriate person at the court, and the relevant contact information.

M. Matthys (Belgique) remercie les délégations du Canada, du Luxembourg et le Bureau Permanent pour l'assistance fournie en vue de la rédaction de la version française du formulaire contenu dans le Document de travail No 33. Il se demande si, à la page 3 du formulaire, dans la liste des documents à cocher, il ne convenait pas de faire référence à l'accord exclusif ou la «preuve» de son existence plutôt qu'à «l'attestation» de son existence. La substitution du terme preuve à celui d'attestation permettrait de conserver un parallèle avec l'article 13(1) *b)*. Il relève que le Délégué de la France opine du chef pour soutenir cette proposition.

Le Président estime que maintenir une correspondance avec l'article 13(1) *b)* est effectivement une bonne méthode. Il fait, par ailleurs, observer que de la même manière, il importe de garder en mémoire que la proposition exprimée dans le Document de travail No 36 a été acceptée en ce qu'elle invitait à ajouter la possibilité d'utiliser une copie certifiée conforme de l'accord d'élection de for. L'harmonie devra être conservée avec l'article 13(1) *b)*.

Ms Schulz (First Secretary) advised the Commission that the Secretariat had in fact deliberately underlined the word "form" in Working Document No 34 to draw attention to a change of meaning of the word in the French version.

Mr Hatapka (European Community – Commission) intervened to give the perspective of the civil law members of the Forms Group. He stated that he would initially have preferred a different structure which would simply have stated the issues to be checked as would be required in an ex-officio verification of the grounds of recognition. However, he now appreciated that this would be impossible and indeed inappropriate in the present Convention, which was not seeking to harmonise the recognition procedure in each member State for

the latter was a matter for national law. He indicated that the form sought to assist the court addressed but at the same time the elements that the Group deemed most relevant and which were therefore included did not require any legal analysis or assessment of factual issues, thus enabling court officials to complete the task easily from the file or the judgment.

The Chair invited the Commission to go through the form paragraph by paragraph before considering its relationship with Article 13(3), in particular whether it should be annexed to the Convention or published with the Convention. As no observations were made to paragraphs 1-3, the Chair considered them accepted.

Mr Musger (Austria) observed that the revised form made no mention as to whether the judgment was enforceable in the State of origin. While he understood why this had been done, he held that it was regrettable not to leave open the possibility for courts to make such a declaration should they be able to under the rules of their legal system. He noted that this information was required by Article 13(1) *d)*, so that if it was not possible to make a declaration as to enforceability within the form, additional information to this effect would be required in any event.

The Chair remarked that the issue could be dealt with within the context of paragraph 10 and that if a judgment was not subject to review it could be specified on which date it would enter into force and / or become enforceable.

Mr Brand (United States of America) stated that the difficulty would be if such a requirement were to be made obligatory. He drew attention to the situation in the United States of America where a judgment could be subject to review but nevertheless be final and enforceable. That being so, the proposal of the Chair would be problematic. However, if a requirement as to enforceability were simply optional this could be an acceptable amendment.

Mr Goddard (New Zealand) suggested the inclusion of a new paragraph equivalent to paragraph 10 whereby it could be stated if a judgment was, or was not enforceable, or if it was simply not possible to provide an answer.

M. Hoscheit (Luxembourg) estime, à propos du point 10 du projet de formulaire (Doc. trav. No 33) que l'alternative oui / non / impossible à confirmer est insuffisante. Il est en effet possible qu'aucun recours n'ait encore été formé au moment où le formulaire est rempli mais ce recours contre la décision peut encore être ouvert. Il serait dès lors utile de modifier les termes du point 10 afin de tenir compte de cette possibilité.

Mr Wagner (Germany) voiced his support for the comments of the Delegate of Austria. He stated that the matter had to be dealt with, either through additional documents or a paragraph in the form to indicate if a judgment was enforceable.

Mr Kosorukov (Russian Federation) argued that the form was merely an addition to the entire package of documents listed in Article 13(1) and should not be interpreted as an alternative. Consequently it should not be sufficient to indicate in the form alone that a judgment was enforceable in the State of origin.

The Chair held that this was the general view and that a new paragraph 10 *bis* on enforceability would be included in the form and that additional documents would be referred to under paragraph 12.

Mr Musger (Austria) pointed out that the form itself could be classified as a document showing for the purposes of Article 13(1) *d)* that a judgment was enforceable in the State of origin.

The Chair noted that this might be possible in some legal systems but not all, adding that there had to be flexibility on this issue. The matter would be referred to the Drafting Committee which would collaborate with the Forms Working Group on this issue.

Mme Ferreira (Chine) estime, s'agissant du point 5 du projet de formulaire, qu'il convient d'utiliser le terme « documenté » et non celui de « attesté » afin de conserver le parallélisme avec le libellé de l'article 3 de la Convention. La même remarque s'applique pour la version anglaise du texte. Elle s'interroge toutefois sur le sens exact de l'expression « l'accord est contenu dans le document » utilisée *in fine*.

The Chair agreed that there had to be alignment with Article 13(1) *b)*.

Mr Brand (United States of America) noted that language might be needed to deal with the situation where evidence was not in a document but in another form.

Mr Musger (Austria) noted that it was possible that paragraph 5 could be aligned with Article 3 but drew attention to another issue, namely that recognition should follow even if the court of origin had said nothing or based jurisdiction on a ground other than the exclusive choice of court agreement. He explained that under Article 9 it would be sufficient that the court which had rendered the judgment was designated in a choice of court agreement. It was not actually necessary for the chosen court to have taken jurisdiction on the basis of the agreement. He asked that this issue be made clear within paragraph 5.

The Chair remarked that this was the effect of paragraph 1 of the original form contained in Working Document No 1. He noted that the situation referred to by Mr Musger could easily arise where the designated State was the defendant's domicile. In such a situation the trial judge might not bother to examine the agreement on the basis that he would have jurisdiction in any event. To enable such a judgment to be enforced the agreement would indeed have to be provided for in the form.

Mme Ferreira (Chine) exprime son accord avec la position développée par M. Musger. Elle demande toutefois des précisions sur l'expression « accord contenu dans le document » à laquelle fait référence le point 5, expliquant que ces termes sont fort obscurs pour un étranger non francophone. En particulier, elle se demande si l'expression implique que l'accord soit joint au formulaire.

Le Président répond qu'il s'agit-là d'une question de rédaction qui devra être prise en compte par le Comité de rédaction.

Mr Goddard (New Zealand) drew attention to the situation of default judgments and the fact that in common law jurisdictions the implication of procedural rules was such that a court might not see any agreement. He held that as long as the matter was optional it could be dealt with by the Drafting Committee.

The Chair noted that the agreement would have to be provided at the stage of enforcement.

Procès-verbal/Minutes No 16

Mr Goddard (New Zealand) pointed out that this was a different situation because at this juncture it would be the party who would be obliged to furnish the agreement.

The Chair found this was a good point and that paragraph 12 would therefore have to be drafted in a more flexible manner. He decided that the matter should be referred to the Drafting Committee.

Mr Hatapka (European Community – Commission) explained that the text said "found in" ("contenu dans") because choice of court agreements were generally found within larger contracts.

The Chair suggested that the expression "contained in" might be preferable.

M. Hoscheit (Luxembourg) fait observer qu'il existe une petite différence entre les versions anglaise et française de la formule modèle qui pourrait avoir des conséquences. Alors que le point 5 est exprimé en une seule phrase en anglais, il fait l'objet de deux propositions distinctes en français dont on pourrait vouloir déduire une différence de fond.

The Chair indicated that the matter would be referred to the Drafting Committee.

The Chair recorded that in the absence of observations, paragraphs 6, 7, 8, 9 and 11 of Working Document No 33 were adopted, as were paragraphs 10 and 10 *bis* which had already been discussed. He invited the Commission to turn to paragraph 12.

Mr Brand (United States of America) noted that this paragraph had been drafted before agreement had been reached on Article 13, consequently the former had to be modified to reflect the position adopted in the latter.

The Chair agreed. He then noted that in the absence of any observations paragraph 13 was adopted. He invited the Commission to turn to paragraph 14.

Mrs Ferreira (China) stated that there should always be a signature to know who took responsibility for the statements made in the form.

Mr Goddard (New Zealand) indicated that paragraph 14 could refer to "signature and stamp if applicable".

The Chair decided that the matter could be resolved by the Drafting Committee.

M. Hoscheit (Luxembourg) estime que la signature ne suffit pas, mais qu'il convient de pouvoir identifier le signataire.

Le Président répond que le tampon seul ne saurait régler le problème identifié par M. Hoscheit. Il recommande toutefois qu'il convient de demeurer mesuré sur la question. S'intéressant ensuite à la proposition contenue au Document de travail No 34, il relève que le Groupe de travail suggère que la formule modèle soit recommandée et publiée, ce qui implique qu'elle figurerait dans l'Acte final, sous la rubrique des recommandations. En l'absence d'opposition à cette proposition, il la déclare approuvée.

Le Président conclut que le texte de l'article 13(3) est adopté. Il demande toutefois si l'article 21 *bis* ne devrait pas être modifié afin de permettre à une éventuelle Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de revoir le texte de la formule modèle.

Le Secrétaire général estime que cet amendement n'est pas nécessaire dans la mesure où le texte actuel de l'article 21 *bis* couvre ce point en faisant référence de manière générale au fonctionnement pratique de la Convention.

Article 13(4)

Le Président déclare que cette conclusion sera retranscrite dans le procès-verbal de la séance. Il invite la Commission à ouvrir le débat sur l'article 13(4), observant la présence de deux documents de travail (le Document de travail No 29 de l'Argentine qui soutient le texte existant et le Document de travail No 36 de la Fédération de Russie qui suggère de le modifier).

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that the issues of translation were of significant importance for the entire recognition and enforcement system. He noted that the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* and the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* provided for the possibility of reservations so States could impose a requirement of translation into their own language of any documents. This improved the functioning of these instruments as it lifted the burden of supplying translations from the administrative or judicial bodies implementing the instruments. He added that the present instrument dealt with a matter of altogether greater significance for States so there was even greater reason for a translating requirement to be imposed.

The Chair acknowledged that this was a practical matter of enormous significance.

Mr Goddard (New Zealand) stated that a simple solution would be to provide that the requested State could require a translation of documents but not to mandate that translations always had to be provided within the Convention. He further suggested that "court addressed' be replaced by "State addressed". He also drew attention to the fact that in many jurisdictions higher courts operated through the medium of English rather than through an official language of the jurisdiction in question.

The Chair noted that Mr Goddard's proposal would require the issue to be dealt with within the implementing legislation of each State. He noted, however, that this was equally possible pursuant to the current text. He added that a court could make a ruling that it would not accept judgments in a certain language.

Mr Musger (Austria) noted that Article 13(4) could be read in such a way that the introduction of implementing legislation requiring the translation of documents was not in fact possible. He pointed out that this was not the intention of the provision.

The Chair replied that this could be clarified in the Explanatory Report.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) noted that the aim was to facilitate the recognition of foreign judgments. To this end national procedural rules would have to be followed and this could necessitate certain documentation being in the language of the court seised. He pointed out though that if the choice of court agreement itself was not contested there should be no need to translate it.

Mr Sun (China) voiced his support for the proposal in Working Document No 36 pointing out that the current text seemed to

set a principle that translation was not required. He suggested that it would be better to have a principle which would provide that States did not have to require translations.

The Chair noted that this would be a combination of the existing text and the proposal of the delegation of the Russian Federation, namely that there would be a requirement for the translation of documents but that a court could decide that it did not need a translation.

Mr Inoue (Japan) sought a minor clarification with regard to the proposal of the delegation of the Russian Federation, noting that it could introduce a very heavy burden if it actually required judgments to be written in the language of the requested State. He also drew attention to the reference to "certified translations" and asked if this would have to be done by the court of origin itself.

Mr Kovar (United States of America) recommended that the default position be left so that the court or State involved should be able to ask for a translation on a case-by-case basis. He added that he was not in favour of the reference to "certified" translations given that not all States had a body which could provide such certifications. He observed that in the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* there was a detailed provision on this matter and that this issue could be covered by a notarised statement by the translator, providing that the translation was correct.

Mrs Sabo (Canada) stated that under the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* many documents were received which were accompanied by quasi translations. She noted that authorities were able to cope with the latter in that context but that this would not be possible with regard to the present Convention. She agreed that the certification requirement was arguably going too far. She held that the Explanatory Report must mention that it was for the parties to ensure that translations were acceptable and accurate. This was a necessity to avoid documents being contested by the judgment debtor at the recognition stage.

The Chair recorded that different views had been expressed and that the proposal of the delegation of the Russian Federation had gained some support. He asked if it could be possible to come to a compromise text.

Mr Matveev (Russian Federation) stated that it was not the intention of his delegation to overburden courts. He agreed that the initiative should come from the parties and be resolved in accordance with the national law of each State. He noted that documents received from the United States of America were normally accompanied by a sworn translation which in his view was equivalent to a certified translation. He advised the Commission that it was a matter of core importance for the Russian Supreme Court that all incoming documents were in Russian. This was because there was a legal as well as a practical requirement that court proceedings be in Russian. Consequently the text in the original draft could not be accepted and there would have to be a mandatory requirement for the provision of translation. If this could be understood then his delegation would be happy to show flexibility on the drafting of the provision.

The Chair asked if the Russian Federation could accept a provision whereby the court addressed could renounce or accept that documents were to be provided.

Mr Matveev (Russian Federation) replied that the flexibility he had offered could not extend so far as allowing the private party to test the requested court on the issue of whether translation should be required.

The Chair stated that this was an issue of drafting.

Mrs Sabo (Canada) suggested a more general formulation of Article 13(4) that Contracting States could require all documents to be translated. She held that this might answer the concerns of the Russian Federation.

The Chair recorded that some States wanted to require translations whilst others wished to leave this matter to the court seized of the case. Consequently a formulation would have to be found which would take both positions into account.

Ms Shevchenko (Ukraine) stated that the practice in her legal system was to return documents which were not translated. Where this happened, the court would leave the case without consideration and would only commence proceedings when a translation had been provided. She indicated that if this was in accordance with the Convention then her delegation could accept the proposal in Article 13(4). However she would prefer the proposal advanced by the Russian Federation because it would be more expeditious and simple to operate.

The Chair replied that the Ukrainian practice would indeed comply with the Convention and that the issue of whether or not documents were returned was one of procedure.

M. Hoscheit (Luxembourg) observe que le problème est lié à des traditions juridiques et judiciaires qui varient d'un État à un autre. Il se demande s'il est absolument nécessaire de maintenir dans la Convention une disposition relative à la traduction, quelle qu'en soit la teneur. Il serait, en effet, possible de laisser la question au droit de l'État requis. Il admet, toutefois, que cette proposition pourrait bien être perçue comme radicale.

Mr Ibrahim (Egypt) indicated that he shared the concerns expressed by the Russian Federation delegation.

M. Matthys (Belgique) met en exergue la difficulté que présente la proposition de la Fédération de Russie pour les États où coexistent plusieurs langues officielles. Il donne l'exemple d'un document en allemand qui serait adressé à une cour en Belgique, rappelant que l'allemand est la langue officielle d'environ 60 000 Belges. Il explique que si le tribunal requis se situe en pays néerlandophone, il faudrait traduire le document en question. Il indique que la version actuelle de l'article 13(4) devrait suffire. Accepter la proposition contraire imposerait aux États de fournir la liste des langues officielles de leurs juridictions.

Mr Markus (Switzerland) voiced his support for all the comments of the Delegate of Luxembourg. He noted that the existing text was very permissive and would be able to respond appropriately to the requirements of all legal systems. He also noted that the certification of translations was not known in his legal system.

Mr Sajko (Croatia) drew attention to Article 4(2) of the *United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, which provided that "If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent."

Mr Sun (China) agreed with the reference to the United Nations Convention. He observed that even there the translation

Procès-verbal/Minutes No 16

requirement was imposed, although arbitral awards were less sensitive than court judgments. He reiterated that there was an important principle at stake in the proposal of the delegation of the Russian Federation.

The Chair invited the Commission to consider the revised proposal of the delegation of the Russian Federation in Working Document No 52.

Mr Matveev (Russian Federation) stated that this proposal sought to provide the certainty his delegation required but at the same time introduce a degree of flexibility.

The Chair drew attention to the similarity between this text and Article 34(1) in the working draft of a Hague Convention on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance which provided "any application and related documents shall be in the original language and shall be accompanied by a translation into the official language or one of the official languages of the requested State [or, where that is not feasible, a translation to English or French] unless the competent authority of that State dispenses with translation".

Mr Thue (Norway) noted that the issue was whether a correct or certified translation should be provided. He noted that the former could only really be provided by a comparative lawyer for there were inevitably legal errors even in certified translations.

Mr Kovar (United States of America) noted that not all States had an official language as such, therefore he suggested that the provision refer to an "official or accepted language". He added that the reference should be to a "qualified" rather than a "certified" translation. He further suggested that the "unless" clause be amended to state: "unless the court addressed does not require this translation". He sympathised with the position of the Russian Federation and noted that even a New York court could have difficulty faced with documents in Russian.

Mr Bennett (Australia) gave his support for the comments of the Delegate of the United States of America. He noted that in Australia also there was no official language. He stated that whichever formula was employed it had to take into account the peculiarities pertaining to multilingual States and States where the judicial language was not an official language.

The Chair concluded that the issue could be resolved by the Drafting Committee. He remarked that the majority of the interveners were members of that body and invited the others to let their view known. The Drafting Committee could therefore decide if the "unless" clause should refer to the requested State or to the competent authority, or indeed whether to try and combine these issues.

Mr Matveev (Russian Federation) stated that he did not understand the reference to "competent authorities" in the context of the present instrument since the expression referred to Central Authorities in the context of the Maintenance draft.

The Chair agreed that this would be for the Drafting Committee to decide.

Mr Sun (China) agreed with the comment of the Delegate of the Russian Federation.

Article 14

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 14 dealing with procedure. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 16

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 16 on severability. In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

The meeting was closed at 6.05 p.m.

Procès-verbal No 17
Minutes No 17

Séance du vendredi 24 juin 2005 (matin)

Meeting of Friday 24 June 2005 (morning)

La séance est ouverte à 9 h 55 sous la présidence de M. Bucher (Suisse), les co-Rapporteurs étant MM. Dogauchi (Japon) et Hartley (Royaume-Uni).

The Chair thanked the Secretary General most warmly for the very pleasant reception he hosted the evening before at the *Mauritshuis*.

The Secretary General stated that the reception at the *Mauritshuis*, where the Netherlands showed some of the best of its artwork, was a well-deserved tribute to the delegates' hard work at this Session.

The Chair proposed to address Article 16 *bis* on transitional provisions as approved by the Drafting Committee in Working Document No 1. They would then deal with Article 20(6), which seemed to raise some procedural problems. They would then turn to Working Document No 28, which provided for reciprocal declarations on recognition and enforcement of judgments based on non-exclusive choice of court agreements. Following that discussion, they would move on to Articles 1, 4 and 17. He hoped that they could proceed well and that they would be able to examine the results of the Working Group on damages (Art. 15) and then Article 23 during the afternoon. That was his optimistic variant of the programme for that day.

Article 16 bis

The Chair addressed Article 16 *bis* as proposed by the Drafting Committee in Working Document No 1. He noted that this provision had not existed in the draft text of the Special Commission. This Article had been proposed by the Drafting Committee to study the matter of transitional provisions. He invited the Chairman of the Drafting Committee to introduce the proposal.

The Chairman of the Drafting Committee stated that Article 16 *bis* was a classical transitional provision. The Convention would enter into force one day and that would not be on the same day for all Contracting States. For some it would be earlier and for some later. The question at that time was to which cases the Convention would apply. Article 16 *bis* provided a clear-cut solution. It stated: "This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded after its entry into force in the State of the chosen court." That fully respected party autonomy. If the parties chose a Contracting State where the Convention had already entered into force, the courts of that State would take jurisdiction.

The next issue related to Article 7. If one of the parties went to another Contracting State, of course Article 7 would apply. This would even be true if the Convention had entered into force for that State after the conclusion of the choice of court agreement.

For recognition and enforcement the situation was clear. The only relevant thing was that the choice of court agreement was concluded after the entry into force in the Contracting State that had been chosen. It was not necessary that the Convention had already entered into force in the recognising State at that stage.

He gave an example. The Convention entered into force in the United States of America on 1 January 2006. On 2 January 2006, a Japanese and a German company chose the courts of New York. That choice of court agreement was covered by the Convention, because it had been concluded after the entry into force of the Convention in the chosen Contracting State. There was a judgment on 31 January 2006 (it was a fast-track procedure). That would be a Hague Convention judgment. One month later the Convention entered into force in Germany. The judgment creditor wanted to enforce the judgment in Germany. There would be enforcement in Germany, because Germany would at that time be a Contracting State and the only condition in Article 16 *bis* was fulfilled. .

That was a clear and simple solution. It was true that the European Court of Justice had come to a different solution for the Brussels Convention (all choice of court agreements meeting the requirements of the Convention are effective for all proceedings brought after the entry into force of the Convention for the State of the court seised, their date of conclusion being irrelevant), but such solution could lead to some confusion (in particular with regard to the presumption of exclusivity) and he thought that it was better not to go this way.

He stated that paragraph 2 did deal with a rather unlikely case. He gave another example. There were proceedings in a court in New York in January. In the same month, proceedings were brought in Germany. Those were parallel proceedings. However, as the Convention was not in force in Germany, Article 7 would not apply. On 1 March, when the Convention entered into force for Germany, the procedure in Germany was still pending. The question was now whether the German court was obliged to dismiss the case. Under Article 16 *bis* (2) the answer was no. This was a very traditional concept at least in civil law in civil procedure. It was the principle of *perpetuatio fori*. There could be other policy choices, but he did not think that one could find a solution as simple as the one put forward.

The Chair thanked the Chairman of the Drafting Committee for his clear and complete presentation. He noted that there were no further working documents on that proposal. He opened the floor and asked for any comments. He finally deduced from the silence of the delegates that the provision, *i.e.*, Article 16 *bis* as proposed by the Drafting Committee in Working Document No 1, was adopted. He thanked the Drafting Committee.

Article 20(6)

The Chair noted that the delegation of the Russian Federation had expressed some concern with respect to Article 20(6). They had said that they had procedural problems as regards the declaration system and more particularly the effect in time of the deposit of a declaration. He thought that this might be an important point worthy of examination. He emphasised that there were a lot of amendments with respect to that provision but that none was relevant for that discussion. They could therefore rely on the text in Working Document No 1. That provision provided that a declaration should take effect on the first day of the month following a three-month period. A declaration might only apply to a choice of court agreement concluded before it took effect.

The Chair asked the delegation of the Russian Federation if, possibly, that provision was workable for them.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that, after careful consideration, the procedure in paragraph 6 of that provision seemed workable for his delegation.

The Chair thanked the Delegate of the Russian Federation and asked whether anybody else had difficulties with that provision. Article 20(6) was adopted.

Document de travail / Working Document No 28 – "Reciprocal declarations on recognition and enforcement of judgments based on non-exclusive choice of court agreements"

The Chair proposed to take up Working Document No 28 from the delegations of Australia and the United States of America. They proposed to introduce an article (referred to as "Article Q") without specifying its possible position in the Convention, on reciprocal declarations on recognition and enforcement of judgments based on non-exclusive choice of court agreements.

Mr Brand (United States of America) stated that the proposal was designed to go back to the text of March 2003 and take the benefit of the Convention and allow for the recognition of judgments based on non-exclusive choice of court agreements. In Chapter II of the Convention it was difficult to deal with both exclusive and non-exclusive choice of court clauses. This had led to problems in the jurisdiction chapter and it had been taken out of the text. The proposal in Working Document No 28 recognised that there are many examples of choice of court agreements commonly used that do not meet the Convention definition of "exclusive choice of court agreement" in Article 3 *a)*, but which do allow parties to go to a court to which both parties have agreed. The problems of dealing with these agreements in Chapter II did not exist so much with the rules for recognition and enforcement in Chapter III. The language in Working Document No 28 would make recognition and enforcement possible if the parties had gone to the chosen court while the choice of court agreement was not exclusive, if the defendant did not contest jurisdiction and if a judgment was rendered on the basis of the agreement. In those cases recognition and enforcement could occur under Chapter III of the Convention with the safeguards of Article 9. The approach was practical and respected party autonomy when there has been an agreement other than an exclusive one. No separate definition was needed. The proposal treated the non-exclusive agreement as becoming exclusive when the parties go to the chosen court and a judgment is rendered.

Procès-verbal/Minutes No 17

There was one additional safeguard. There was a decision not to put the provision in the Convention so that it would apply automatically, but to have the provision take the form of a declaration. Such provision would allow the Contracting States who wanted the benefits of the circulation of judgments to have them. It should not do harm to the States that did not want it. His delegation had found that there were industries that made substantial use of choice of court agreements that would not meet the definition of exclusive choice of court agreement. That was particularly the case in the financial industry. They used specific choice of court agreements and there was a clear purpose and rationale for that choice. There was a choice by the parties and there seemed to be no reason not to have those agreements in the Convention. The mechanism avoided the problems that otherwise existed and it carried all the protection a judgment would otherwise have under the Convention. In paragraph 2 other protection was added.

The original text of March 2003 contained a specific provision on the recognition and enforcement of judgments based on non-exclusive choice of court agreements. Thereafter, the Convention had been limited. He thought that a part of the protection was provided by Article 9 so that all of the grounds for non-recognition of a judgment based on an exclusive choice of court agreement would be available in order to challenge a judgment based on a non-exclusive choice of court agreement. He also referred to Article Q(2) *b)* of the proposal that posed the requirement that there exists neither a judgment from any other court nor a proceeding pending in any other court on the same subject matter between the same parties.

He thought that there was protection. The fact that it was optional added benefits. It meant that States could opt in. It allowed a State to wait and see how the system worked because a declaration could be made at a later time. He hoped that the proposal would be considered favourably.

The Chair noted that it was a new idea and invited the second proponent of that proposal to intervene.

Mr Bennett (Australia) stated that the Delegate of the United States of America had said everything he would have wished to say and probably in a much better way.

Mr Markus (Switzerland) stated that in Switzerland non-exclusive choice of court agreements were very important in practice as well. He had a favourable opinion on having such a rule on the recognition and enforcement in the Convention. The fact that the rule would be based on a positive declaration made the rule very easy for any State to accept.

He had two remarks as to the substance. The first was that the title of the Convention contained the word "exclusive". He was certain that this problem might be resolved.

The next related to the proposed Article Q(2) *b)*. He referred to the approach of the provision regarding proceedings pending in other States. It was an extremely shy approach. He thought that the Convention could even be more aggressive. The rule stated that there had to be neither a judgment from any other court, nor pending proceedings. If there were already a judgment, the approach made sense. Otherwise, there was no reason not to recognise the judgment because there were pending proceedings. If there were a pending procedure, the pending decision could be either recognisable in the future or not in the State. He thought that the rule was fine, but not for pending procedures in other Contracting States.

Mr Inoue (Japan) stated that if he understood the proposal of the delegations of the United States of America and Australia correctly, he would like to support it. He thought that it was well-balanced. The main body of the Convention would apply to exclusive choice of court agreements and that was an opt-in possibility. He thought that it was a well-balanced solution.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) referred to the question of the Delegate of Switzerland on the title. He did not have a question on the title, but on the concept. In reality the Convention was on exclusive choice of court agreements. There was supposed to be a parallel between the parts on jurisdiction on the one hand and recognition and enforcement on the other. His delegation recognised the effort to extend the Convention also to non-exclusive choice of court agreements; delegations had already been advocating this at the previous meetings of the Special Commission. He thought that the fact that the proposal introduced a declaration system for the inclusion of such agreements might help the negotiations. States were not obliged to opt in.

If such a system were adopted, then it should achieve the aims behind the proposal. The Delegate of the United States of America had said that if a decision were rendered that was based on a non-exclusive choice of court agreement, it could be recognised on the basis of the proposal that was on the table. That meant that the agreement had become exclusive by the fact that both parties submitted to that jurisdiction. That had to be proved. If the parties really agreed to go to only one of the courts, they could make a new exclusive agreement, without the need for the Convention to introduce the system of declarations. One should evaluate if that system was necessary. He thought that the parties could always enter into a new agreement which would fall in the scope of the Convention. The security would be much higher.

He wanted to give a simple example. One of the parties seised a court that had been chosen in a non-exclusive choice of court agreement. That court could send the case to another court, and then there would be no pending proceedings anymore. For example, there could be a non-exclusive choice of court agreement in which the courts of London were chosen. The parties might have wanted to keep the possibility open to go to the courts in New York, and one of them actually did seise the New York court. Then the New York court might dismiss the case under the doctrine of *forum non conveniens* and invite the parties to seise the court in London. That was a clear example of where the court of London would take the case and give a judgment against the will of one of the parties who had initially chosen London in a non-exclusive clause but later changed their mind. Under the conditions of the declaration, the London court would render a judgment and it would receive the same treatment as if the choice for London had been exclusive. One did not achieve the desired result with the declaration.

Mr Goddard (New Zealand) supported the proposal. He thought that it was an excellent way of allowing States that wish to circulate those judgments to do so without forcing any of the others. It was something additional that many States wanted and they could use it if they wanted to. He hoped that the others would not deprive them of the possibility.

He referred to the intervention of the Delegate of Switzerland saying that the Delegate of the United States of America had been too modest. It was necessary to defer because of the mere existence of proceedings. A party could deliberately file in another State. He knew a couple of jurisdictions that would be popular. If the result was that the proceedings could go on forever, there would never be a judgment that would be recognisable. He thought that in Article Q(2) *b)* one could add the words "that fulfils the requirements...", and for pend-

ing proceedings the words "that could lead... fulfilling that requirement".

In response to the delegation of the European Community, he hoped that despite their concerns, they would not deprive the significant number of States that wanted that result. The argument of parallelism was an abstract one. He reminded the participants of the words of the German Ambassador, stating that they need not make a work of art. They had to make a practical Convention. He thought that the provision would work in the real world. The fact that it did not look pretty was not important.

Furthermore, the fact that the parties could make a new agreement, was unrealistic. In many cases there were arbitration agreements and one of the parties would go to a court. The other party might not formally agree, but could do so tacitly. That scenario was even more unrealistic under asymmetrical clauses. That was common in the banking sector. Many banks had asymmetrical choice of court agreements. These clauses stated that the debtor would submit to any court, while the bank could only be sued in a specific court. That was not an exclusive choice of court agreement under the Convention. Often the debtor would be sued and would not appear. There would be no new agreement. One wanted that judgment to be recognised and enforced.

He went on to state that if A sued B in a court that had been chosen, that was not against the wills of the parties. The fact that the court was one of their choices meant that they had expressed their consent to being sued there. The point was that parties agreed and were brought to one of those courts. A judgment would be given by a chosen forum. The clause might not have been converted. That was all practical. There was no concern of parallel proceedings or concurrent proceedings. If a number of countries thought that it would be appropriate to have the system, they should be permitted to have it.

The Chair observed that most of the delegations had sympathy for that proposal. He noted that they had addressed the proposed sentences in concrete terms and the discussion mainly related to sub-paragraph *b)* of paragraph 2. However, if the Commission wanted to adopt such a provision, the decision on paragraph 2 *b)* would be depending on further work in Article 9 *f)* on inconsistent judgments. He thought that they could consider those provisions together for further harmonisation. He asked the two proponents of that proposal whether that was agreeable for them.

Mr Poon (China) stated that his delegation welcomed the proposal. He thought that it was useful. They had also been told by the banking industry in Hong Kong that the Convention did not have anything for them. Most choice of court agreements in that sector were non-exclusive. He was also happy with the opt-in system. Only States Parties that had made the declaration would have that system. They would be happy and it would be reciprocal.

He supported the proposal subject to one qualification. The structure did not refer to the subject matters that were excluded under Article 2 or that could be excluded by Article 20. A court should be able to refuse recognition and enforcement on the basis of Articles 2 and 20. At that point there were also still talks about Articles 2 and 20 in the process as well as in Article 9 and the "incidental" question. He thought that there might be a solution, but his delegation would have to see the draft before they could give their full support to the proposal under discussion. He added that it would have to be stated in the report, or the drafting had to reflect that the choice of court agreement had to be subject to the exclusion of certain matters under Articles 2 and 20.

The Chair asked the supporters of the proposal to reflect on these remarks and to address them.

Mr Marmazov (Ukraine) appreciated the efforts. The provision would give additional possibilities for States and businesses. It was an opt-in system and was flexible. In general and to be brief, he saw it as quite acceptable.

Mr Inoue (Japan) had a minor suggestion with regard to sub-paragraph *a)* at the end. It referred to an agreement that was not an exclusive choice of court agreement under Article 3 *a)*. If one looked at Article 3 *a)*, it included a reference to "disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship". It was a little unclear for his delegation whether sub-paragraph *a)* of the proposal intended to exclude that reference. He thought that for purposes of Working Document No 28, there had to be some element limiting the disputes covered by the new Article Q. The disputes covered should arise from certain legal relationship as designated in the agreement between parties, as was provided in Article 3 *a)*. He supposed that certain elements of Article 3 *a)* should be retained for elaborating the scope of application of the agreements provided in paragraph (1) of Article Q.

The Chair thought that this was an important observation. He thought that the intention had just been to carve out the exclusivity. One had to include the part on the legal relationship. It had not been intended to carve it out. The agreement designated the court. The elements had been taken on board. He referred the matter to the Drafting Committee. It was a matter of drafting. One had to refer to paragraphs *a)* and *c)* of Article 3, but the agreement did not have to be exclusive under those provisions. This was in compliance with the policy. He thought that the matter was settled.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that different delegations had pointed out many drafting problems. Apart from the fundamental political issue, he did not want to say too much. The fact that the provision would be applicable subject to a declaration helped, but one could say that of almost every provision. In relation to every provision, the meeting had started talking about negative declarations. He stated that they were there to make a Convention that would be applicable to each Contracting State in more or less the same way. He thought that even if it were included subject to a declaration, it should be drafted in such a way that all could be able to accept it if they decided to do that at a later stage after the ratification. He stated that the comments of the delegation of the European Community had to be seen in that way.

He reminded the participants that one of the ideas while negotiating the wider Judgments Convention had been an option system. A minor number of States wanted to reduce the scope of the Convention, while many were willing to continue. It had been decided to do both: there would be a narrower Convention with a possibility of opting-in for a wider Convention. The process was finally blocked by a minority of States that wanted a narrower Convention and the others were not allowed to carry on. The same discussion was still continuing.

It had been very clear and very well thought through and agreed in December 2003 and April 2004 that there were fundamental policy issues linked to the current scope because any extension gave rise to *lis pendens* problems. They knew that this issue was controversial for many States. Parallel proceedings would be allowed if the conditions of the Convention were met and there were no rules on *lis pendens*. They should have clarity and legal certainty. It had been decided that where there was an exclusive choice of

Procès-verbal/Minutes No 17

court agreement, it was absolutely sure that the parties were willing to go to that court. Earlier there was a discussion on asymmetrical clauses and the Commission had rejected that the Convention should be applicable to those. Now the old idea was being reintroduced by way of an opt-in declaration system. It was a difficult point for the delegation of the European Community. They could not accept the presumption that it was difficult for the parties to make a new agreement if they wished to do so. This was not at all the case. There could be an exchange of documents or two unilateral statements. It was very easy to make a new agreement if the parties wanted so. He thought that the proposal was about not respecting the wills of the parties. He gave an example. A German company and a company from the United States of America made a non-exclusive choice of court agreement in favour of the courts in Ottawa. He thought that this was a very different choice from choosing the courts of Toronto on an exclusive basis. If the parties had only chosen the courts of Ottawa, it would be very clear how Articles 5 and 7 would work. They were giving up other fora that might be also convenient for them. He referred to the problems on transport contracts, where exclusive choice of court agreements were supported, and to UNCITRAL, where non-exclusive choice of court agreements were more utilised. There was a big difference. Now the Delegate of New Zealand was saying that it was the same, he could not accept that. He gave another example. There was a non-exclusive choice of court agreement for the courts of Ottawa. The other fora remained available. For instance, proceedings could be brought in Ottawa, New York or Germany. The parties went to a court in New York and that court sent the case to Ottawa. One party stated that he did not agree. The court in New York sending the case to Ottawa would in fact treat the non-exclusive choice of court agreement as if it were an exclusive one in favour of Ottawa. Then there would be a judgment. That was a strong point and the delegation of the European Community could not accept the provision even if it were binding only upon a declaration.

The Chair stated that they had to make an assessment of the situation. In light of the discussion, he thought that the Observer for the European Community was going too far when assessing that many problems had been expressed by the delegates. Only the delegation of China said that they might have difficulties with paragraph 2 *a)* in relation to Article 9 on incidental questions. However, that could be resolved. Indeed, he had noted that many delegations supported the proposal and thought that it had been carefully drafted. Therefore, in light of the support expressed by the other delegations, the remarks made by the Observer for the European Community seemed to be too strong.

He recalled that the Special Commission had decided to exclude non-exclusive choice of court agreements in Chapter II for the reasons he had referred to, which were mainly that it had been felt there would be a need to reintroduce *lis pendens* and *forum non conveniens* rules. Therefore it was decided to keep to the exclusion in Chapter II. Besides that point, the possibility to recognise and enforce a judgment based on a non-exclusive choice of court agreement had been kept in the first draft of the Convention and taken out at a later stage in order to balance the Convention. Against that background, he felt that it was normal that this proposal came back.

The Chair thought that the Observer for the European Community was misguided in saying that the declaration provision was too much. The supporters of that provision could have proposed to introduce the provision in the core of the Convention without providing for a declaration. The proposal in Working Document No 28 was a compromise to satisfy the States that wanted to recognise judgments based on a non-exclusive choice of court agreements, without imposing it on the other States. If a State did not want to recognise such judgment, it should not prevent the others from doing so.

Following that general remark, the Chair thought it necessary to remind the participants that the Special Commission had agreed that the mere appearance before a court did not constitute an exclusive choice of court agreement. A contractual element was necessary. It was not so simple to transform a non-exclusive choice of court agreement into an exclusive choice of court agreement merely by way of appearance.

Mr Goddard (New Zealand) stated that the Chair had said almost everything that he had wanted to say. He thought that the drafting issues were trivial. He had fixed them while the meeting was taking place. He thought that it was not appropriate to say that it was against the will of the parties. The parties had submitted to a non-exclusive choice of court agreement. The parties had agreed that the plaintiff would have an option. If a chosen court was then seised, both parties had agreed to this court before. The only remaining point was at the recognition and enforcement stage.

The Chair invited the proponents of the documents to have a final word.

Mr Kovar (United States of America) appreciated the discussion. He thought that there were specific elements that could easily be incorporated. He appealed to the European Community Member States and the European Community to put aside all political arguments and to look at the practical issues in the same way as the others.

The Chair asked the delegation of the European Community whether they could make a step forward as an overwhelming majority actually welcomed the proposal. He noted that the delegation had voiced concern in criticising such a system. However, it had not expressed a specific concern or interest that States should not be allowed to recognise and enforce a judgment based on a non-exclusive choice of court agreement. He requested some help to overcome the problem.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that he would help. The fundamental point for his delegation was not to impede others. This was not the usual policy. The whole point was that they did not want to avoid the issue. They might be interested in accepting the provision, but on the present text they could not. If the problem were fixed, they might one day opt in. But the text as it stood was unacceptable. A court could be competent and could then send the case away and the parties would be blocked. If this impasse were solved, they might have a declaration which they could use sometime in the future. The best solution would be to have a declaration to which all or almost all could be part. He stated that sub-paragraph *b)* of Article Q(2) was both too large and too narrow. There could be any proceeding pending. That was too large. Even if the parties had concluded a non-exclusive agreement in favour of the courts of New York or London, but excluding all other courts, and then proceedings were pending in Berlin, this would be enough to refuse recognition of a New York judgment.

He gave another example. A German company and a company from New York conclude a non-exclusive choice of court agreement in favour of the courts of Ottawa. The company from New York then sues the German company in Germany. The German court has jurisdiction under German law, is not obliged by the Convention to dismiss the case and cannot decline jurisdiction under its internal law. It therefore takes it.

The other party then brings proceedings before the chosen court in Ottawa. There are parallel proceedings.

If both proceedings result in a judgment, the following applies: The German judgment will not circulate under the Convention because it was not rendered by the chosen court. The Ottawa judgment, however, cannot circulate under the Convention either because of Article Q(2) *b)*: There exists a judgment from another court between the same parties on the same subject matter.

On the other hand, if the parties mentioned above have concluded a non-exclusive choice of court agreement in favour of Ottawa, and the German party sues the New York party in New York, the New York court can decline jurisdiction under the doctrine of *forum non conveniens* and invite the parties to go to the court in Ottawa.

There should be a rule that would work for both civil and common law countries. He thought that the decisive point was whether there was a clear will of the parties to go to another court that had jurisdiction under national law. He thought that the proposal could easily be fixed and everybody might then want to use it. One had to understand the difference between systems that applied *forum non conveniens* and the other systems. That would be appropriate and respectful to the choice of the parties.

The Chair said that he had understood from the Observer for the European Community that their main concern was linked to sub-paragraph *b)* of Article Q(2). However, he had not heard from that delegation any other argument except that it would have been an additional declaration system. The Chair thought that this argument was not pertinent. As to the concern about matters of conflicting judgments, it had also been addressed by the other delegations and it had been taken into account.

The Chair stated that the Commission took with sympathy and favourably the principle of having such a provision in the Convention. However, it would be sent to a working group that would have to deal with that issue together with the pending issues on Articles 9 and 11. He pointed out that Article 9 would have to be addressed only to the extent that it was related to Article 11. Any further re-discussion of Articles 9(1) *f)* or *g)* was no longer possible. The matter of inconsistent judgments would also have to be dealt with in relation to Article Q(2) *b)*. The Working Group would meet over lunch.

The proposed Article Q was therefore put on hold for the moment, but the principle of having such a provision had been positively supported.

The Chair stated that the Working Group chaired by Mr Beaumont would meet during the lunch break. The afternoon session would then start at 3 p.m and end at 6 p.m. in order to allow the Drafting Committee to hold a meeting during the evening.

The Chair noted that Working Document No 23 had been filed on recognition and enforcement of money judgments. This would have to be addressed as well as Article 4(1).

He then referred the delegates to Article 1, which had three paragraphs.

Article 1(1)

As to the first paragraph of Article 1, the Chair noted that there was no proposal on the table.

Article 1(1) as proposed in Working Document No 1 was adopted without any comments.

Article 1(2)

The Chair emphasised that Article 1(2) was a matter of discussion as there were still many brackets. He also pointed to Working Document No 57 submitted by the delegation of the Russian Federation and invited that delegation to present the proposal.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that Article 1(2) had a strict test designed to identify purely domestic cases. To operate successfully, it was required that both exceptions between brackets were used. On the one hand, the contract must comply with legal acts in force at the moment they were made. Thus if a contract was concluded in violation of the law of the State, it was null and void, irrespective of whether the situation subsequently changed. On the other hand, if at the time of the proceedings the case were purely domestic, the court should have the opportunity to decide on the basis of its own law. Therefore his delegation proposed, for the smooth operation of the test and of the Convention as a whole, to allow both exceptions to be used independently of each other. In their proposal the word "and" would be replaced by the word "or". That would achieve the goal.

The Chair invited the delegates to express their position with respect to the brackets in Article 1(2).

Mrs Haines (United States of America) stated that this issue was essentially about how large one wanted the scope of the Convention. Her delegation would want it rather larger than smaller. The proposal made by the delegation of the Russian Federation reduced the scope, because if the case were domestic either at the time of contracting or at the time of proceeding, the case would be excluded. According to the delegation of the United States of America, the brackets should be removed and the text kept with the word "and". That would allow a broader scope because the Convention would apply unless the parties were resident in the same State at the time of contracting *and* at the start of the proceeding.

The Chair invited the delegates to state their position on the questions of whether they should remove the brackets or not and whether they wanted to have "or" or "and".

Mr Tenreiro (European Community – Commission) supported the position of the broader application of the Convention.

Mr Inoue (Japan) also supported the larger scope and therefore supported the use of the word "and" and not "or".

Mr Sun (China) was very serious about Working Document No 57. It would be really difficult to apply both criteria at the same time if the word "and" were included.

The Chair asked the Delegate of China if his proposal was to have "or".

Mr Sun (China) stated that they were flexible about "or", but against "and".

The Chair thought that this was a third approach to take into account.

Ms Shevchenko (Ukraine) stated that her delegation had a fourth approach. The notion of a purely internal case was crucial. That was important for the proper implementation. The central ideal of Article 1(2) was legitimate. She thought that it would be best, if a case were purely internal, if it was inter-

Procès-verbal/Minutes No 17

nal at the time of the commencement of the proceedings. That was the right moment to decide whether to apply an agreement. The agreement might be old and circumstances might have changed.

Mme Sabo (Canada) indique que sa délégation est en faveur du maintien des mots entre crochets (donc de la suppression des crochets), y compris du mot « et ».

She stated that the delegation of Canada agreed that the Convention should be as broad as possible. Furthermore, they wanted to ask the Drafting Committee to look at the language used in Article 1. She pointed out that in paragraph 1, "case" referred to proceedings and judgments, while in paragraph 2 it referred to proceedings, and in paragraph 3 it referred to judgments. She pointed out that the word "case" was not used in any other place of the Convention. They should reflect on that in to relate more clearly to the rest of the text.

Elle ajoute que la version française utilise le mot « situation » qui est assez vague, alors que la version anglaise retient le mot « case ». Il faudrait trouver une meilleure cohérence, de même qu'entre « jugement » et « procédure ».

Le Président indique que le paragraphe 1 a été adopté et sera renvoyé au Comité de rédaction pour prendre en compte la remarque de la Déléguée du Canada. La discussion concernant le paragraphe 2 se poursuit.

Mr Ibrahim (Egypt) stated that his delegation would replace "and" by "or". They supported the proposal of the delegation of the Russian Federation and were on the same line as the delegation of China.

The Secretary General had a comment. The Convention would be applied essentially not to individuals, but to companies. For companies, there was a definition of residence in Article 4(2) (which had not yet been adopted). It was very wide. It provided: "For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be resident in the State – *a)* where it has its statutory seat; *b)* under whose law it was incorporated or formed; *c)* where it has its central administration; or *d)* where it has its principal place of business". It may happen, and it will often happen, that not all those factors point to the same court. Often according to one factor the case would be internal. The delegates had to bear that in mind.

The Chair thanked the Secretary General for that useful observation. Article 4(2) would have the effect to restrain the scope of the Convention if a reference to residence was made in Article 1(2). Article 4(2) could be important for connecting factors. He found the reference that was made to all other elements relevant to the dispute a little strange. This was very important as regards the approach they would adopt.

Mr Musger (Austria) referred to what the Secretary General had said and stated that the word "only" was not in Article 1(2). That had been a deliberate decision by the Special Commission and it had been discussed. It was important that there was reference to the relationship of the parties and all other elements. Therefore he did not think that that was so dangerous. The word "only" caused a political problem for some. The matter had been settled at the previous meeting of the Special Commission.

The Chair noted that there were no further interventions on that matter of residence, therefore the reference was kept. However, on the other issues, he wondered what they could do if they did not proceed to a vote. He pointed out that the Russian Federation and Egypt wanted "or"; China was flexible but did not want "and"; the United States, Canada and the European Community wanted to keep "and"; Ukraine was in favour of only retaining the date of the commencement of the proceedings.

Mr Marmazov (Ukraine) had asked for the floor to explain an additional concern on the residence and the third line of the paragraph under discussion. He wondered whether he had to address that at this moment or whether the matter would be postponed.

The Chair answered that they would not postpone the discussion.

Mr Marmazov (Ukraine) thought that the concern had been properly explained in paragraphs 11 and 12 of the Explanatory Report. He gave a practical example. Two companies resident in Ukraine designated the courts of State A. A dispute arose and all the elements were connected only to the Ukraine. From the perspective of the chosen court, the case would be international, because the parties were not resident in the State of the court seised. The report had said that. The consequences would be that if the court of State A gave a judgment, and recognition were sought in the Ukraine, it would be refused for two reasons: it was a domestic case for Ukraine and the enforcement of the judgment would be contrary to public policy (Article 9(1) *e)*). If jurisdiction were only exercised in State A and enforcement were sought in another Contracting State, there was a question as to whether the judgment would be enforced or not. The court would have to look if the provisions of the Convention prohibited it. If the enforcement were realised, it would be contrary to the legitimate interests of Ukraine. There could be parallel proceedings resulting in two judgments. According to Article 9(1) *f)*, the judgment adopted by State A would not be recognised in Ukraine. If the enforcement of the judgments of Ukraine and State A were sought in another Contracting State, the situation would be covered by Article 9(1) *g)* as suggested by the Drafting Committee. The earlier judgment would be recognised and enforced and that might not be the proper solution.

He had concerns about Article 1(2). He wanted to say that also the position of Ukraine was flexible. It was a question of how the situations would be resolved when they arose. If possible, answers should be given to the questions. That had to be reflected in the Explanatory Report.

The Chair answered that this could be done. With respect to the concern of Ukraine where a judgment was rendered in Ukraine in a domestic case, it was clear that the judgment would not be covered by the Convention. However, the judgment of the chosen court would be enforced abroad under the Convention. He did not see why the delegation of Ukraine had concern in that respect. The outcome had been made clear in the Report and made sense. Furthermore, Article 19 could deal with that issue.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) thought that there was also another answer. Article 19 allowed Contracting States to make a declaration. If there were a judgment from another Contracting State that had been dealing with a purely internal case, the State having made a declaration would not be obliged to recognise the judgment. On the jurisdiction side there might be a compromise on "and" and "or". He was wondering why the Convention should not be broad. In practice it would not be as broad as some might think. If a case were "international", in principle it would still be "international" at the time of the proceedings. Maybe one had to restrict the concept of how "international" worked. He was wondering why there were effectively two definitions of "internal" in the Convention. If the case were purely internal as explained by the Delegate of Ukraine, the same case would

be treated differently in another State. In matters of jurisdiction, for Ukraine the case would be purely internal. A Ukraine court could take jurisdiction. It had jurisdiction. But the chosen court of another State was also obliged to take jurisdiction on the basis of Article 5. To that court the case would not be internal because not all elements were connected with the State of the court seised. All elements, other than the location of the chosen court, were connected to Ukraine. He thought that the Convention might be going too far. He thought that the matter might not be that important. The other side of the coin was Article 18 which allowed Contracting States not to exercise jurisdiction if the case were purely external.

A compromise would be to take out the word "seised" and use "and". Then the Convention would only apply if a case were internal in itself. It would not matter whether it was the chosen court or another. That might help the delegations that wanted a broader definition of internal, but there would be one definition applicable to the whole of the Convention.

The Chair felt that if there was a desire to go in that direction, a working document would be needed to have in that respect. The proposal was not clear and had to be carefully considered. He added that Articles 18 and 19 might accommodate some concerns in relation to that provision.

Ms Ferreira Correia (Portugal) thought that everything was in the Explanatory Report. There was a suggested draft in footnote 16 of page 8, under paragraph 12 of the Report that the Delegate of the Ukraine mentioned. The question was whether the Commission really wanted the court to be obliged to take the case where all elements were connected to a single other State. She wondered whether States had to be forced to go to the declaration or whether there could be a compromise in the text. She did not think that there needed to be a Working Document, but the European Community was putting forward a compromise that they wished to be considered.

The Chair stated that when a serious modification of the draft was proposed it had to be presented in a working document. Footnote 16 of the Report (page 8) could not be taken as such. Furthermore, the Report itself stated that such wording could create another problem. Therefore, the Commission should not move in that direction so quickly. The point raised by Ukraine could be kept, but the Commission needed to see the full provision in order to adopt it.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that the delegation of the European Community could indeed produce a working document to that effect, but that they trusted the Drafting Committee. It was a matter of policy: did one really want to oblige States to take those cases. Consensus that the answer was "no" would seem reasonable, as there might often be parallel proceedings and the judgment might never be recognised, as it might be against a judgment of the requested State. He suggested keeping the text and if his suggestion would help the consensus, that should be done. The Drafting Committee could draft the provision. It was not a drafting issue, but that was the solution they preferred.

Mr Marmazov (Ukraine) expressed his gratitude to all. As he had already said, the position of his delegation was flexible. He could support the suggestion of the European Community. He thought that it was a good one and seemed to resolve the issue. His delegation would be satisfied with the existing text. He would like to understand clearly the legal consequences of the situation. He had a question as to what the situation would be if a decision were given by a court in Germany and at the same time enforcement were sought, for example, in France. Would a court in France recognise and enforce the judgment, or what would the result be?

The Chair pointed to Article 19, which allowed a State to make a declaration to limit the recognition and enforcement of domestic cases. However, whether France would enforce the judgment in the example of the Ukrainian Delegate, should be left to France. They could not harmonise that. Ukraine would not be obliged to apply the Convention if Article 19 covered that situation, but France or the European Community should be free to decide what they would do.

The Chair had the feeling that that idea was going too far. In addition, he thought that if they deleted the reference to the court seised to replace it by a reference to a Contracting State, the problem would still remain as to what was the relevant time factor. He requested the delegates not to spend too much time on the issue of "or" versus "and" as they needed to make progress.

The Chairman of the Drafting Committee stated that the intention of the proposal set forth by the European Community was a limitation of the scope concerning the internal character. It could make the positions easier for others wishing a broad Convention as far as a time factor was concerned. He thought that the participants might be able to go in that direction.

The Chair asked the delegations whether the explanation given by the Chairman of the Drafting Committee was attractive for those who wanted to have "or". He thought that it might be the case for China and Egypt as the delegation of China said that it was flexible and that it was interested in Article 19. Therefore, that could be the solution. He asked the delegation of the Russian Federation to express its position on that issue.

Mr Matveev (Russian Federation) stated that the debate seemed to be a little artificial in his view. If there was an interest in having the largest scope possible, then they should not have the provision at all. If it was on the table and there were consensus on that, it meant that the States were in favour of a limitation of the scope. Then they had to try to find a result that would be in line with the initial consensus. National cases had to be excluded. It should be considered in good faith and one should not try to distort reality. A procedure might be national. Some wanted to make it international on artificial grounds. That was not reality. He wanted to join the appeal to move on and to be in touch with reality. It was not just a linguistic or grammatical issue of "and" or "or". The participants had to provide for such legal situations and to ensure the future application of the Convention in a non-controversial manner. Since they had agreed that national cases had to be out of the Convention, they should not try to overrule what States considered as national cases. If they were ready to move on, the partners should agree to remain faithful to certain understandings. They could consider additional elements which would probably modify the language in other respects.

The Chair did not understand quite well what those modifications of language were, to which the Delegate of the Russian Federation referred, other than those of Article 19. The Delegate of the Russian Federation addressed the case of a purely domestic situation, but what about the cases that were international and became purely domestic at one point? That was a hybrid situation that they needed to deal with.

Mrs Haines (United States of America) thought that they were discussing two different issues. There was the issue of timing and then the scope of the Convention and the two

Procès-verbal/Minutes No 17

related declaration mechanisms contained in Articles 18 and 19. The Delegate of Ukraine did a good job of explaining what could be considered a problem for some States, but this was not a problem with the text, it was a policy decision that had to be made.

There were two concerns raised by States that led to the declaration mechanisms in Articles 18 and 19. First, there were those States that did not wish to have their courts be required under the Convention to take jurisdiction over cases in which there was no connection between that State and the parties of the dispute, because this might overload their courts with unwanted cases. To address this concern, a declaration mechanism had been designed, so that States with this concern could make a declaration and their courts would, on this basis, not be required to take such cases. Second, as had been explained so well by the Delegate of Ukraine, and again by the Observer for the European Community, if the parties were residents of Ukraine and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute were connected to Ukraine yet the parties chose the courts of another State and obtained a judgment from such court, then that judgment would not be recognised and enforced in Ukraine if Ukraine had made a declaration under Article 19, because Ukraine considered it to be a purely domestic case. However, as the Delegate of Ukraine had stated, that judgment would nevertheless be recognised and enforced under the Convention by other States Parties (the United Kingdom, for instance). That was a policy choice made by the delegates in drafting these provisions in the Convention and she thought that it was the right answer. This was a separate question from the issue of timing. With regard to timing, there had to be flexibility, but she thought that it was sensible to use the word "and" instead of "or". That meant that there had to be a lack of an international element both at the time of the agreement and at the time of the proceedings in order for the case to be outside of the scope of the Convention. "Or" took the case out if it were an international case only at one point. Her delegation was in favour of a broader scope and that would be achieved by the word "and". However, they were willing to live with the possibility of looking only at the time of the commencement of the proceedings and not at the time of the agreement. That would limit the scope a bit.

Mr Goddard (New Zealand) was going to suggest the words "solely at the time of the agreement". Then parties would know the situation and that maximised predictability. A situation was possible that a case was not international when the contract had been entered into, but it had been contemplated. In that situation, whether a case was international or not depended on which court was seised. It would not be a case that fell outside the scope of the Convention. While it was true that at the time of the agreement, all parties were resident in one State, one had to bear in mind that if either party went to a different court, Article 7 would apply. He thought that this was good. One wanted the judgment to circulate. "International" for the rest of Chapter III would be different if one had to look at the time of the conclusion. One would have the result that a State was initially connected. That did not change. Article 7 and Chapter III would always work. It avoided some of the concerns about "or", but it limited the Convention. There would be a constraint for taking jurisdiction. This might address the concerns of Ukraine and others. It was a proposal in the middle.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) thought that the participants were mixing up the issues of jurisdiction and recognition. The latter was dealt with in Chapter III. The Convention applied only if a case was international. There was no connection with jurisdiction that some wanted to make. A court was not obliged to take a case, but if it did, the judgment would circulate. There was an idea of splitting the scope of the Convention. Paragraphs 2 and 3 were different and that was why declarations under Articles 18 and 19 were needed. He thought that there was no connection between the two issues. There was a concern about purely internal cases. The recognition fell under paragraph 3. The only real effect of the proposal of the delegation of the European Community was that Article 1(2) would oblige a court to take jurisdiction under Article 5. He just wanted to respond to the Delegate of the United States of America that the proposal was made under that understanding. A case would be out of the scope at the level of jurisdiction, but within the scope for recognition and enforcement.

Regarding "and" or "or", he referred to the flexibility of the delegation of the United States of America. They had to be flexible on the use of either. If there were only one time factor, it should be that of the commencement of proceedings. The judge would at that time evaluate if he had jurisdiction and whether the Convention applied. In that respect their position was the same as that of the delegation of the United States of America.

The Chair drew the attention of the participants to the third line of paragraph 2, which implicitly referred to the time of the proceedings as the word "dispute" only referred to that time. That was inconsistent with the time of the agreement. The Delegate of New Zealand wanted to have certainty that the choice of court agreement was valid when concluded, but if they deleted "at the time of the agreement", it would change certainty to uncertainty.

Mr Sun (China) added his voice to the excellent explanation. His delegation was flexible on the point of the time of the agreement. That was the most important. He thought that the Delegate of New Zealand and the Chair had rightly pointed out that there might be different rules. They thought the time element was essential. His delegation preferred "or" because they wanted at least the first element.

The Chair stated that the position of the Delegate of China was consistent with his position to support Article 19, as the time factor in that provision was also the time of the agreement.

Mr Goddard (New Zealand) stated that the proposal by the delegation of the European Community solved the problem of parallel proceedings. The problem with referring to the "same" Contracting State was that if one of the parties, while both were resident in Australia, went to a court in London despite the choice of court agreement, that court would not be obliged to dismiss the case in accordance with Article 7. That was the point that had been made in footnote 16.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) asked him under what law or how that court would have jurisdiction.

Mr Goddard (New Zealand) stated that there was a range of exorbitant bases of jurisdiction, or there could be submission, or parties might not appear. There was a host of situations in which that court could have jurisdiction. He thought that neither solution was perfect. There might be lots of solutions. He did not think that the delegates should spend too much time on the problem.

The Chair said that the old system of voting would have allowed to proceed faster. He thought that they should not attempt perfection. They would never be totally satisfied with the solution that they would adopt. He reminded the delegates that the second reading was two days later: they needed to move on.

They would not be able to solve the problem. Therefore, he proposed to move on to Article 23 and the Recommended Form. They had Working Document No 59 from the Observer for the International Road Transport Union (IRU). He invited the delegates to read Information Document No 4 with a statement made by that Organisation as they would not have much time to express themselves during the afternoon session.

La séance est levée à 13 h 10.

Procès-verbal No 18
Minutes No 18

Séance du vendredi 24 juin 2005 (après-midi)

Meeting of Friday 24 June 2005 (afternoon)

The meeting was opened at 3.25 p.m. under the chairmanship of Mr Bucher (Switzerland), with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

The Chair expressed the Commission's pleasure at being able to welcome Professor Arthur von Mehren to the meeting, and informed him that he had been elected Vice-chair of the Twentieth Session of the Hague Conference on Private International Law.

He stated that the discussion would focus on Article 23. The discussion would begin with a short statement from the International Road Transport Union on that organisation's concerns in relation to Article 23.

M. Czapski (Union internationale des transports routiers) explique que l'Union internationale des transports routiers suit, depuis plusieurs années, les travaux relatifs à la Convention et que son organisation a toujours pensé qu'elle ne génèrerait aucun conflit avec les conventions existantes dans le domaine des transports routiers, notamment les Conventions CMR et CVR[1], en raison de l'adage *lex specialia generalibus derogant*. Il indique qu'un premier sujet d'inquiétude est néanmoins apparu lorsque le contrat de transport maritime a été expressément exclu du champ d'application de la Convention puisque, *a contrario*, une telle disposition pouvait laisser penser que les autres contrats de transports étaient régis par cette dernière. Il rappelle que les Conventions CMR et CVR fixent, elles aussi, des règles en matière de compétence juridictionnelle et de reconnaissance et d'exécution des jugements et que toute modification de ces règles est prohibée. Il remarque que si l'avant-projet de Convention proposé dans le Document préliminaire No 26 de décembre 2004 a contribué à lever certaines craintes de voir surgir un conflit de conventions, des préoccupations demeurent, notamment en raison de l'article 23 de l'actuel avant-projet de Convention (Doc. trav. No 1).

Il explique que la raison de sa présence au sein de cette assemblée est d'attirer l'attention de la Commission sur les risques de conflit de conventions et de contribuer à la recherche d'une solution acceptable pour tous. Il ajoute qu'il est intimement convaincu qu'une issue sera trouvée et ce pour plusieurs raisons. Il indique que, en premier, il ne peut imaginer que la Conférence de La Haye choisisse intentionnellement de battre en brèche le travail effectué par d'autres organisations internationales d'autant que nombre d'États membres est dans le même temps partie aux Conventions CMR et CVR. Il remarque ensuite que, en second lieu, l'idée que la Conférence de La Haye décide d'adopter une Convention dont l'application conduirait ses États membres à violer leurs obligations internationales, lui semble inconcevable. Enfin, il constate que si la Convention devait décider de réguler les domaines couverts par les Conventions CMR et CVR, la Conférence de La Haye serait conduite à empiéter dans le domaine de compétence de l'ONU.

M. Czapski déclare que plusieurs propositions ont d'ailleurs déjà été formulées en vue de prévenir la survenue d'un conflit de conventions (Doc. trav. No 55 proposé par la délégation de la Fédération de Russie, No 56 proposé par la délégation de la Suisse et No 59 proposé par la délégation de l'Union internationale des transports routiers) et que toutes lui paraissent parfaitement acceptables. Il indique, pour conclure, que si, en tant qu'instruments spécifiques, les Conventions CMR et CVR correspondent mieux aux besoins des acteurs dans le domaine des transports routiers, il n'en demeure pas moins que ces instruments pourraient être utilement complétés par la future Convention de La Haye pour toutes les questions qu'ils ne couvrent pas.

Le Président adresse ses remerciements à la délégation de l'Union internationale des transports routiers. Il explique que la Commission a entendu le message qui lui a été adressé et qu'elle ne manquera pas d'en tenir compte. Il ajoute que, pour l'heure, il souhaiterait que les débats sur l'article 23 débutent toutefois par une présentation des textes de base, à savoir le texte proposé par la Commission spéciale de 2004 (Doc. trav. No 1) et celui élaboré par le Comité de rédaction (Doc. trav. No 1), et des différents documents de travail (Docs trav. Nos 55, 56 et 60).

The Chairman of the Drafting Committee explained that the issue addressed in Article 23 was very complex. He stated that it would be even more complex if the Commission had to compare two versions of Article 23. He explained that the Drafting Committee had conducted a complete analysis of the Article in drafting a new version of it. He stated that he would guide the Commission through the Drafting Committee version of the Article.

He first explained the issue that Article 23 was designed to address. He explained that conflicts between this Convention and other conventions may arise when there is another convention concerning jurisdiction, recognition or enforcement. This other convention could be of a general character (for example the Brussels Convention, or the Minsk Convention), or it could be a convention on a specific subject matter. The latter type of convention usually contains rules on substantive law, but often also contains rules on jurisdiction, recognition or enforcement. He gave as an example the conventions of the International Road Transport Union.

[1] Voir la *Convention du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR)* et la *Convention du premier mars 1973 relative au contrat de transport international de voyageurs et de bagages par route* (CVR). Voir également, dans le présent tome, le Doc. prél. No 29 de mai 2005, *supra*, p. 298.

He then went on to explain the situations where a conflict may occur. He explained that there are two situations that must be considered. The first is where one State is a party to this Convention, and also to another convention. The State may be put in a position of conflict, where the two conventions require the State to act differently. The second situation is where a State is a Contracting State to this Convention and also to an instrument such as the Brussels Regulation (European Council Regulation No 44/2001). In order to address this situation the Article uses the term "international instruments" (in Article 23(6)) which is broader than the term "convention".

Mr Musger then explained the basic rule in Article 23, which is found in Article 23(1) and Article 23(2). He said that Article 23(1) provided that the other instrument has priority. He noted that the draft allows for the possibility that a State can make a declaration to reverse this rule. Article 23(2) states that under certain conditions this Convention will prevail. The effect is that the rule in Article 23(1) only applies where there is no relevant connection with a Hague State (*i.e.* the chosen court is not in a Hague State and none of the parties are resident in a Hague State).

Mr Musger illustrated this rule with an example which assumes that immovables are not excluded from the scope of this Convention: There is a choice of court agreement concerning a tenancy of immovable property situated in Austria. A Swiss company and an Austrian company choose the courts of Switzerland. Both these States are Contracting States to this Convention and the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Lugano, 16 September 1988, known as the "Lugano Convention"). In this case Article 23(1) prevails, this is an internal case of the Lugano Convention. He explained that this result is possible because there is no connection to a Hague State that is not also a Lugano State.

Mr Musger changed the example: A Japanese company and an Austrian company choose the courts of Switzerland in respect of property in Austria. In this case there is a relevant connection to a Hague State which is not also a Lugano State (Japan). The result is that the Hague Convention prevails.

He restated the basic rule of the Article: if there is a relevant connection with a Hague State that is not also an instrument State, the Hague Convention prevails.

Mr Musger then addressed what the situation would be if there were three States involved:

1. State 1 is a Contracting State to both the Hague Convention and the Lugano Convention;
2. State 2 is a Contracting State to the Lugano Convention only; and
3. State 3 is a Contracting State to the Hague Convention only.

He stated that State 1 could be faced with conflicting treaty obligations, and that this could lead to a real conflict of public international law. In order to solve this problem the Hague Convention steps back (Article 23(3)). The Hague Convention recognises that it cannot force a State to violate its other, older, treaty obligations. Mr Musger explained that there are currently two versions of Article 23(3), the difference between them being the relevant dates. In the first version the relevant dates are those of when the other convention was concluded and when the Hague Convention was adopted. In the second version the relevant dates are the dates when the two conventions entered into force for the State where the treaty conflict occurs. He noted that the first version was easier to deal with in the sense that it refers to two abstract dates that can be easily ascertained and are the same for all States Parties to the Conventions concerned.

Mr Musger went on to explain the rule in Article 23(4). He stated that if the rule were adopted without the bracketed text it would almost be a non-rule. The paragraph would allow a State to apply both rules. He said that the bracketed text addressed the real issue, concerning what happens if the other instrument is more restrictive. The rule within brackets states that the more favourable convention applies.

He then explained the rule in Article 23(5). He said that this Article addresses the problems explained by the International Road Transport Union. It deals with the situation of instruments on specific matters which contain rules in conflict with the Hague Convention. The rule states that the specific instrument prevails. He expressed the view that in principle this rule was dangerous as it means that the Hague Convention always steps back. He said that as Article 23(3) deals with older treaties, the main object of this provision must be to deal with future instruments, and as such this could be harmful to the Convention. He noted, however, that the Brussels Convention contains a similar rule and has created no problems. He acknowledged that in respect of particular subject matters drafters of substantive rules may be in a better position to draft jurisdiction rules too. He did feel that this rule should be limited to international conventions, and not cover all international instruments, because it would be going too far if the European Community was able to take the benefit of this rule. He noted that Information Document No 4 submitted by the International Road Transport Union addressed this issue. Mr Musger concluded by asking whether this rule was really necessary because of the possibility of making a declaration under Article 20.

The Chair thanked Mr Musger for his presentation. He noted that the following Preliminary Documents were relevant to this Article: No 24, No 27, No 31, and No 32. He thanked the Permanent Bureau, and Ms Schulz in particular, for these helpful documents.

The Chair suggested that delegates refer to the Drafting Committee's version of Article 23, and to the original draft only when appropriate. He noted that the working documents proposed amendments to the Drafting Committee's version.

He asked the delegation of Switzerland to introduce Working Document No 55.

Mr Markus (Switzerland) thanked the Chairman of the Drafting Committee for the helpful presentation of this complex question.

Mr Markus expressed the view that there could be a simpler solution to the problems addressed in Article 23.

In respect of the potential conflict between the Hague Convention and general instruments and specific instruments, he asked whether these instruments could not just be preserved. He said that specialised conventions usually provide for a solution to a special matter, and regional instruments are normally based on a higher degree of integration of States based on an enhanced level of trust.

He demonstrated, with an example, how conflicting obligations under Article 23(2) could arise. He assumed for the purposes of his example that Japan is a Party to the Hague Convention only, Austria is a Party to the Lugano Convention only, and Switzerland is a Party to both the Hague Convention and the Lugano Convention. He explained that one liti-

gating party is in Japan, the other in Austria, and they choose the courts of Switzerland. The judge has to consider whether there is a valid choice of court agreement; he is bound by two conventions and must decide which to apply. According to Article 23(2) the Hague Convention would prevail over the Lugano Convention (as one party is resident in a Hague State that is not also an instrument State, *i.e.,* Japan).

Mr Markus explained that in the eyes of the Austrian party, the result of this example would be unacceptable; Austria and Switzerland are bound by the Lugano Convention and Austria would require the application of that Convention. He acknowledged that these two particular instruments are very similar in their rules and so conflicts may not be common, but he noted that there are differences, and so conflicts are possible. He said that it had been correctly pointed out that Article 23(3) should provide relief for such conflicts. It provides that where there is an instrument older than the Hague Convention, that instrument would be entirely preserved and would prevail over the Hague Convention. He said that the major problem is that the revision or modification of such a regional instrument would probably be considered as a new instrument under these rules, which would therefore not be protected by Article 23(3) (which he also noted was in square brackets).

He explained that he would like regional instruments to be preserved to a greater extent. He, therefore, made a proposal in Working Document No 55 in relation to Article 23(2). He proposed that, for the Hague Convention to prevail, the relevant connection to the Hague State be stronger. He did not think it sufficient that just one of the parties be resident in a Hague State. He preferred that the chosen court be in a Hague State for the rule in Article 23(2) to operate. This would lead to there being no conflict with the Lugano or Brussels systems at least.

In relation to Article 23(5), he noted that this provision had already been explained by the Observer for the International Road Transport Union and the Chairman of the Drafting Committee. He said that this solution had to be preserved. The rule allowed the Hague Convention to apply in parallel with conventions on specific subject matters that give only partial solutions on jurisdiction, recognition or enforcement. He thought that this was preferable to excluding all these specific matters through Article 20.

The Chair asked the delegation of the Russian Federation to introduce Working Document No 56.

Mr Matveev (Russian Federation) said that this proposal represented another approach. He said that from the point of view of public international law, if there was no conflict between the conventions then there was no problem. If there is a conflict then a solution has to be provided for. He said that such rules exist in general international law. He noted that it was not evident that these rules were sufficient in themselves for all situations, but he was of the view that they are sufficient to a large extent. He acknowledged that there are some instances where a special solution needs to be provided.

He said that Article 23 as currently drafted assumes that in the case of a conflict the situation is assessed inside the State faced with the conflict. It appears that this State is free to choose which convention to apply, without any consideration of its treaty partners. He stated that where a State is a Party to an instrument, it is bound by it, and other Parties to that instrument have an interest in the instrument being applied. If the State faced with the conflict chooses to apply the Hague Convention, the Parties to the other instrument can question whether that State has breached its responsibilities under international law. He noted that this aspect somehow escaped the analysis of the Drafting Committee. He thought that if a conflict involves States that are not parties to the Hague Convention then this Convention should not attempt to provide a solution. Other conventions can only be modified by the will of the Parties to that convention. He said that it was for each State to decide how to deal with that problem as a matter of policy. He added that his delegation was not able to agree to anything in this Convention which would undermine the ability of his State to apply the Minsk Convention, or other bilateral conventions or international instruments.

Mr Matveev concluded by stressing that he required a clear indication in this Convention that other instruments will prevail. He added that this was not a matter that could be settled by complicated legal solutions, but a matter of policy and general international law. He could see no reason why the rule in Working Document No 56 would not be acceptable.

The Chair asked the delegation of Japan to introduce Working Document No 60.

Mr Imai (Japan) said that the rule in Article 23(3) concerned the order of priority of conflicting treaties. He said that this issue should be decided by the date this Convention enters into force for that State. He said that the text in square brackets should be retained, so that parties can clearly predict the possibility of recognition and enforcement.

In respect of Article 23(4) Mr Imai said that the text in square brackets should be retained so that judgments under the Convention are widely recognised and enforced.

He said that he only had minor points to make in relation to paragraphs 1 and 5. He suggested that paragraph 3 also be referred to, because it is also a special rule like those in paragraphs 2 and 4. He added that for clarification the word "another" should be added when referring to the second Contracting State.

In relation to Article 23(6) Mr Imai stated that there were two kinds of rules, legally binding and non-legally binding. He, therefore, suggested that the words "legally binding" be added.

Mr Inoue (Japan) said that the delegation of Japan was not in favour of the deletion of the words "or a party is resident" in Working Document No 55. He supported the basic position adopted by the Drafting Committee (subject to minor modifications). He also said that the delegation of Japan was not in favour of the proposal in Working Document No 56. He thought that the Hague Convention should be a real global instrument. He said that if Article 23(3) as amended in the proposal in Working Document No 56 was adopted, the majority of nations with no international instruments would have little incentive to join the Hague Convention. He supported the wording and policy of the Drafting Committee (subject to the wording amendments indicated).

The Chair asked the delegation of the United States of America to introduce Working Document No 61.

Mr Kovar (United States of America) explained that he was not going to refer to Working Document No 61 as it was simply a reorganisation of the Drafting Committee's text. Instead he would refer to the Drafting Committee's version.

Mr Kovar said that the Commission should agree on the rules of public international law determining that States in a subsequent treaty cannot amend the obligations under a previous treaty if all the States Parties to the previous treaty are not also

Procès-verbal/Minutes No 18

Parties to the new treaty, insofar as doing so affects the rights and obligations of States that are only Parties to the earlier treaty. He said that the treaties should be read to be compatible as far as possible. He acknowledged that a conflict may lead to a violation of the first treaty. He stated that a State is not prevented from violating a treaty obligation, the violation would be for the violating State to deal with in relation to the other States Parties to the first treaty.

He said that the basic proposal of the Drafting Committee was that all other conventions prevail, except at the enforcement stage. At this stage, if the Hague Convention gives greater effect to the judgment then the Hague Convention should prevail. He noted that the International Road Transport Union expressed a desire that the Hague Convention be able to add to existing specialist treaties, in order to make them more effective. He asked what the problem was with this rule.

In relation to the problem in respect of the Brussels Regulation, which is an international instrument but not a treaty, he said that a slightly different rule was needed. He said that there had been careful consultation and consideration of this issue, with the conclusion that the Hague Convention should prevail under Article 23(2) if the chosen court is situated, or a party is resident in a Hague State which is not also a Brussels State. He expressed hope that the Commission would be satisfied with that rule.

In response to comments by the delegation of Switzerland, he said that a rule was not needed for the existing Lugano Convention, and in respect of a future amended Lugano Convention, it could be amended to comport with the present Convention. Mr Kovar said that in his opinion Article 23(3) works.

He commented that in relation to the rule concerning international instruments, this concept was meant to be broader than just the rules of Regional Economic Integration Organisations, but would also cover other treaties.

Additionally, he thought that the questions in relation to timing (Article 23(3)) and declarations were minor issues.

Mr Kovar said that Article 23(4) does not give a blanket exception to States to agree to different rules in other conventions. He also said that if the Hague Convention enhances the ability to enforce a judgment then that should not lead to a State violating another treaty.

In respect of Article 23(5), he commented that this was a much more difficult provision. The paragraph gives States the ability to completely derogate from provisions in the Hague Convention. He said that this rule derogates from the general principles of international law.

He said that the only issue raised that is not addressed in Working Document No 61 is the issue of future treaties on specific subject matters. His view was that it could not be expected that States, in joining the Hague Convention, would permit their treaty partners to enter into new treaties that conflicted with the Hague Convention's provisions.

In conclusion, he thought that the proposal of the Drafting Committee, also reflected in Working Document No 61, worked.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) thanked the delegates who had produced the various working documents and the delegation of the United States of America for its efforts in redrafting the Drafting Committee version of the Article.

He said that a lot of effort had been made to solve specific concerns, *e.g.*, relating to the Lugano Convention, the Minsk Convention etc. He thought that this text of the Drafting Committee achieved this purpose. He was able to give his general support to that text.

He wished to give some thoughts to the issue of the relationship of the Hague Convention with the Lugano Convention. He said that there was no intention to really change the substance of the Lugano Convention in the course of its pending revision. However, changes parallel to those made to the Brussels Convention when transforming it into the Brussels Regulation were planned. He said that there was a delay in doing this because of internal problems of European Community jurisdiction. He said that the Lugano States should be consulted to see if a solution to fix the problem of the relationship of the present Convention with the revised Lugano Convention could be reached. He suggested that the problem could be fixed in the text, allowing the revised Lugano Convention to prevail. He noted, however, that this was possibly a theoretical question as it was hoped that all the Lugano States would join the Hague Convention.

He stated that the proposal of the delegation of Switzerland ensured a more complete disconnection, and that of the delegation of the Russian Federation went even further. He said that in theory one should support the proposal of the delegation of Switzerland. He thought that in reality it was of no harm to the international community. However, the Commission was creating a general rule in the Convention, and so a compromise had to be reached. He thought that the compromise would be for the specific regional regimes to prevail when matters were purely internal to that region, but for the Hague Convention to prevail when one party is resident in a Contracting State that is not also a party to the regional instrument. He said that from the perspective of the European Community there was not much of a difference between the different rules proposed, although he noted that the version in Working Document No 55 was probably better for third States. He understood that this proposal would not achieve consensus as easily.

He moved on to considering Article 23(5). He noted that this was an important paragraph, it was not dealing with general conventions, but conventions on very specific matters. He said that such a system had been adopted in the Brussels regime. He thought that this flexibility might be important for a convention such as this, which is very broad in application, even if limited to choice of court agreements. He said that the provision as drafted refers to "international instruments" thus including Community instruments. He recognised that some States might think that this term extends the provision too far, but he wished to note that it is in fact very difficult to adopt a regulation in the European Community. He thought that it was unfair to discriminate against the European Community only because it decided to regulate the relations between its Members through a specific form of instruments. To make a distinction between such instruments and conventions would be a discrimination because European Community regulations are not comparable to internal law of a State. He did not consider there to be a difference between States regulating their relations through conventions and the European Community States empowering the European Community to legislate on matters. He felt that it was even more difficult to bring in a new regulation within the European Community system than for a State to join a convention. In addition, he wished to note that in many cases Member States of the European Community are not able to enter into conventions among themselves, but must regulate their relations through regulations.

Mr Matveev (Russian Federation) said that encouraging States to violate treaties was not something that the Convention should do. He said that he had witnessed States not respecting their obligations and that this was not a practice to be used as guidance. He felt that this was so obvious that there should not be any dispute on this; States have a duty to respect their obligations and not to act in ways that would negate their previous obligations (*pacta sunt servanda*). He said that this was clearly stipulated in the Vienna Convention on the Law of Treaties.

In relation to Article 23(5) he said that this Article was presented as something difficult. He did not think that the provision was needed at all; he thought that it was simply a repetition of what is in the Vienna Convention. He thought that there was no need to repeat a rule of general international law; it was, therefore, not needed in this Convention.

He explained that Article 30 of the Vienna Convention describes the situation of consecutive treaties, and does so precisely. He did not think that the wisdom of that Article was challenged. Applying this Article to the situation where the Hague Convention coexists with a previous treaty, he explained that the new convention prevails for relations between States Parties to both treaties. In relations with States that are only party to the old treaty, that older treaty applies. Mr Matveev said that he had heard no opposition to this proposal based on arguments of international law, but only arguments based on violations of international law. He stated that for the Russian Federation this was a matter of policy, and that he did not see room for other solutions.

Mr Sun (China) said that this was a difficult issue for all delegations but that he did not think that the Hague Conference was the right place to change basic principles of public international law. He noted that what was wanted, was a rule that determined which convention or international instrument should prevail in the case of a conflict. He added that some delegation had expressed some concerns as to the effects of such a rule on the Convention. He then suggested that it might be useful to change the angle of the debate. He explained that most problems could be solved simply by applying the principles of public international law that laid out a well-known and clearly established set of rules to deal with conflicting treaties. He said that, therefore, the real difficulty the Commission had to face, was to set out a principle as to how to deal with the rules issued by Regional Economical Integration Organisations. He added that distinguishing both issues might be a way to address the problems.

The Chair asked if the delegation of China was preparing a working document.

Mr Sun (China) answered that this was not yet the case since the idea suggested had arisen from the present discussion. He added that the delegation of China would provide a written working document if the Commission wished it to do so.

Mr Markus (Switzerland) said that he was convinced that no one seriously wished the Commission's work to depart from the principles of public international law and even less to disregard them. He noted that nevertheless the Convention ought to be used by practitioners and that therefore it was preferable that these principles be clearly expressed in its corpus. He remarked that these practitioners also were very concerned about the impact of the Convention on the revision of existing regional international instruments and notably the revision of the Lugano Convention.

He explained that, with regard to the comments made by the delegation of the United States of America, although he was pleased to hear that the potential revision of the Lugano Convention was taken very seriously, he feared that it would be impossible to undertake this revision within the five days left before the adoption of this Convention. He added that even if the Commission decided to adopt the second version of the suggested Article 23(3), he doubted that the revision could be accomplished in an efficient way before the day on which the Convention would enter into force.

He then said that to consider a revised international instrument as a new international instrument where the revision took place after the adoption of this Convention would be an approach that would lead to enormous problems. He explained that practitioners would face great difficulties in determining whether a choice of court agreement falls under the old or the revised international instrument. He noted that these difficulties would be even greater if the second version of Article 23(3) were to be adopted. He stated that in the latter situation, knowing that the date of entry into force of the Convention could differ from one State to the other, a revised international instrument could indeed be considered as a later instrument in some States and as an earlier instrument in some other States. He remarked that this would give rise to conflicting applications of the same international instrument within the scope of the territory of the Contracting States. He pleaded that the Commission should decide not to expose judges and practitioners to such situations and that it therefore should not treat revised earlier international instruments as new instruments.

Mr Kovar (United States of America) said that as stated by the delegation of the European Community there were several ways to adequately deal with pre-existing international instruments. He explained with regard to the comments of the delegation of Switzerland, that of course the delegation of the United States of America did not suggest that the revision of the Lugano Convention should be fulfilled before the adoption of the Convention. He said that what was meant was that the latter revision should take the Hague Convention into account when being revised. Finally, he stated that the problems related to provisions having different scopes of application were likely to arise in domestic law too.

He then said that in the United States one of the great criticisms addressed to international conventions was that, by giving rise to international obligations, it prevented state legislatures from being free to adapt their laws to reflect changes occurring in the future. He noted that therefore the problems arising out of the loss of flexibility, with regard to the revision of existing legal rules, induced for a State by its international instruments, was not specific to the revision of regional international treaties, but also affected the revision of domestic laws. He said that this would have been a reason not to have such a prescriptive Convention, although hopefully enough exceptions had been built in to the Convention to cope with this.

He agreed with the delegation of China upon the fact that all States were grounded in the customary rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties. He added that its suggestion to distinguish between international treaties and rules adopted by Regional Economical Integration Organisations might be a way to address the concerns that had been raised by several delegations.

Finally he noted that, when addressing Article 23(5), the European Community somehow had a chameleon-like character, sometimes focussing on the role of its Member States and sometimes insisting on its own competences. He explained that all States have their own specific concerns and that therefore it would be unjustified to have in the Convention a rule specifically tailored for those of the European Community.

Procès-verbal/Minutes No 18

It would lead to an unbalanced situation and would be unacceptable.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) wished to comment on Article 23, paragraphs 1, 2 and 3. He thought that the idea of the delegation of China was a good one. He suggested that this idea could be combined with that of the delegation of the Russian Federation and that it was possible to attempt to simplify the text.

He made the following proposal:

1. Treaties preceding the Hague Convention should prevail. He said that this was more or less what the current draft already proposed. He noted that this principle comes from public international law and may not even need to be restated.
2. Previous rules adopted by an international organisation would only prevail in certain circumstances – when both parties and the chosen court are within the territorial scope of the regional international organisation.
3. Later treaties would not prevail in principle, although they might prevail in certain circumstances (where all the parties are resident in a State, and the choice of court agreement is in favour of the courts of a State that is a party to the new convention).

He thought that this idea could solve all the problems. In respect of the Lugano problem, this suggestion would address that problem, provided that all Lugano States are Parties to the Hague Convention. He thought that a clear text would be very helpful and that the distinction of instruments and treaties should not be focussed upon.

The Chair invited delegates to have another look at the Article.

Mrs Sabo (Canada) recognised that the proposal of the Drafting Committee clarified to some extent the original text of Article 23. However, she thought that the draft remained impenetrable and quite opaque. She thought that the version proposed by the delegation of the United States of America went some way towards clarifying matters, although she expressed the view that the term "contracting party" brought in some additional complexity. She felt that the other proposals made were attractive in their simplicity, but that they did not go far enough in addressing all the interests and concerns expressed. She said that she was willing to work on a simpler solution to these issues, perhaps something along the lines of the suggestion of Mr Tenreiro.

Mr Matveev (Russian Federation) said that it appeared that a solution was being approached.

He said that a distinction should be made between treaties and rules made by international organisations. To do so would make the work of the Commission easier in his view.

He stated that there appeared to be consensus that the Hague Convention will not affect previous treaties. In respect of future treaties, he did not think that there was any need to make a reference to them. There was general international law governing this situation.

In respect of rules for international organisations, he thought that little else needed to be said. The policy had been accepted.

The Chair confirmed that the idea that the Convention should not affect previous treaties seemed to be agreed upon. For later treaties, he thought that relying on the Vienna Convention was not sufficient. It was necessary that the rules be clear for practitioners.

The Chair stated that there were two philosophies: firstly, that the Convention should prevail; and secondly, that future treaties made at a regional level should have their own life and prevail.

He said that to assist the working method, two distinctions could be made:

1. between existing treaties and later treaties.
2. between treaties and instruments of international organisations.

In respect of the second distinction he asked what kind of organisations should be thought about, and what kind of instruments. He noted that in the future there may be instruments other than those of the European Community which the Commission was currently thinking about. The Chair also invited delegates to look at Article 26, to see what the role of an international organisation is within the Convention. He asked whether it would simply be treated as a Contracting State. If this was the case, then its own instruments would be treated like domestic law and so a special provision would not be needed. He said that this matter seemed still to be open. He noted that the current proposals were not an option from the perspective of practitioners.

The Chair suggested that a working group could work on this issue.

Mr Kovar (United States of America) was of the view that it would be preferable to have a small group meeting on the issue, rather than another debate in the Plenary.

The Chair stated that it appeared to be acceptable that a working group be convened on this issue. The group would consist of those that had submitted working documents and had intervened, but that the decision as to the final set up of the group could be decided on the following day, there being no opportunity for the group to meet that evening.

The meeting was closed at 6.00 p.m.

Procès-verbal No 19

Minutes No 19

Séance du samedi 25 juin 2005 (matin)

Meeting of Saturday 25 June 2005 (morning)

The meeting was opened at 10.25 a.m. under the chairmanship of Mr Bucher (Switzerland), with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

The Chair recorded that the Working Group on Article 20 and miscellaneous issues chaired by Mr Beaumont had had a successful meeting but had not yet completed its work.

Article 4

Article 4(1)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 4(1) on the definition of "judgment". In the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

The Chair then drew attention to a related issue in Working Document No 53 in which the Russian Federation proposed that Contracting States should be able to declare that they would only recognise and enforce money judgments.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that his delegation wanted to ensure the maximum number of accessions to the Convention. Consequently the Commission had to provide that the Convention would not present any insurmountable difficulties to States or international organisations that would otherwise want to become Parties to the instrument. Experience within the Russian Federation showed that certain States made non-monetary judgments, which had given rise to difficulties in terms of recognition under domestic law.

Mr Sajko (Croatia) asked if "judgment" included declaratory judgments, which by their nature could only be recognised and not enforced.

The Chair acknowledged that this was an interesting question, which would require further reflection.

Mr Kovar (United States of America) noted that within the context of the larger Judgments Project the United States of America had proposed on several occasions that the scope of the instrument be limited to money judgments. This was to aid and simplify the scope and application of the instrument. However the situation was different in the present Convention, which was already very narrow in scope. That being the case, and given the importance of being able to enforce injunctions (particularly, for example, in respect of copyright litigation), his delegation would not be able to support the proposal in Working Document No 53.

Mme Sabo (Canada) indique qu'elle préfère que la Convention conserve un large champ d'application et ne saurait donc apporter son soutien à la proposition tendant à permettre aux États contractants qui le souhaitent de déclarer qu'ils n'appliqueront son volet « reconnaissance et exécution » qu'aux seuls jugements monétaires.

Mr Sun (China) clarified that Working Document No 53 was in his view not seeking to limit the scope of the Convention for it simply introduced a further declaration possibility. He stated that other States had already expressed a need for flexibility in respect of other provisions and the situation was no different here.

Mrs Sabo (Canada) accepted that the proposal only related to the possibility of making a declaration but pointed out that Article 20 was somewhat different because it was concerned with discrete issues whilst the present proposal would cut across subject matter areas and would consequently give rise to uncertainty in the application of the instrument. She suggested that if the Russian Federation had specific concerns with regard to trademark litigation then it should seek to deal with the issue through Article 20.

Mr Goddard (New Zealand) remarked that the proposal in Working Document No 53 would indeed give rise to significant problems in terms of the interrelationship of Chapters II and III of the Convention for it was not possible to make a declaration in respect of recognition and enforcement without the latter impacting on the jurisdiction rules. To illustrate his concern he gave the example of a contract between Dutch and Russian companies whereby the Dutch company gave confidential information to the Russian company for a particular endeavour. The contract contained a choice of court agreement in favour of the Netherlands. When the contract came to an end, the Russian company did not return the confidential information. Pursuant to the agreement the Dutch company brought proceedings in the Netherlands and received an order that the information be returned. If the proposal in Working Document No 53 were adopted and applied by the Russian Federation then the Dutch company would not be able to have its order recognised in the Russian Federation. Yet at the same time the Dutch company would be prevented from bringing proceedings in the Russian Federation under Article 7.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) suggested that States should not get too concerned with regard to this issue. He acknowledged the difficulties which had been signalled by Mr Goddard but noted that most judgments under the Convention would be money judgments. In addition, if the declaration possibility were adopted it would only concern the States that had made such a declaration. He agreed that all States wanted the Convention to be ratified as widely as possible and that to this end it would be better to have a larger number of ratifications with limited scope of application than fewer ratifications. He asked that the difficulties relating to this issue be considered in greater depth.

Mr Matveev (Russian Federation) thanked the delegate of China and the Observer for the European Community for their comments and their recognition of the desirability of ensuring the global application of the Convention. He stated that it was better to ensure the participation of more States even on a limited basis than to prevent States from joining the Convention at all. He held that he was perplexed by the comments showing reluctance with regard to declarations given the previous day's debate on having an opt-in mechanism, which would lead to an even greater recourse to declarations. He held that everything needed to be addressed on the same level and he wished to ensure the proper functioning of the Convention.

The Chair replied that the problem related to the practical effects that such a reservation might have and said that the issue had to be considered in greater detail. He noted that it was difficult to reach a decision on the issue at the present time and suggested that the matter be reconsidered at a later stage.

He invited the Commission to turn to Working Document No 21 in which the International Union of Latin Notaries proposed that States should be able to declare that authentic instruments executed in a State designated by a choice of court agreement, which were enforceable as a judgment in that State should be enforceable under the same conditions as a judgment. The Chair asked if at least one delegation was prepared to support this proposal to enable its discussion. Noting that there was no support he suggested that the issue might be taken up by Commission I because the proposal did concern an issue where there was a practical problem, given that in some jurisdictions authentic instruments were the functional equivalent of judicial transactions.

Article 4(2)

The Chair invited the Commission to turn to consider Article 4(2) on the definition of the residence of legal persons. In

the absence of any proposals or observations the existing text in Working Document No 1 was adopted.

Article 15

The Chair invited the Commission to turn to a consideration of Article 15 and the proposal of the Working Group on Damages in Working Document No 63.

The Chairman of the Drafting Committee noted that the members of the Working Group included participants from Australia, Austria, Canada, China, the European Union, Germany, Japan, New Zealand, the Russian Federation, Switzerland, the United Kingdom and the United States of America. He explained that the Group had agreed not only on the proposal for Article 15 which was contained in Working Document No 63. They had also elaborated an explanatory statement to be included in the Explanatory Report, which he then read out:

(a) "Let us start *with a basic and never disputed principle*: judgments awarding damages are within the scope of the Convention. So a judgment given by a court designated in an exclusive choice of court agreement which, in whole or in part, awards damages to the plaintiff, will be recognised and enforced in all Contracting States under the Convention. As such judgments are not different from other decisions falling within the scope of the Convention, Article 8 applies without restriction. This means *both* the obligation to recognise and enforce *and* all the grounds for refusal.

(b) "During the negotiations, it has become obvious that some delegations have problems with judgments awarding *damages that go far beyond the actual loss of the plaintiff.* Punitive or exemplary damages are an important example. Some delegations thought that the public policy exception in Article 9 *e)* could solve those problems, but others made it clear that this was not possible under their limited concept of public policy. Therefore it was agreed that there should be an *additional ground for refusal for judgments on damages*. This is the *new Article 11*. As in the case of all other grounds for refusal, this provision should be interpreted and applied in as restrictive a way as possible.

(c) "Article 11 is based on the *undisputed primary function of damages*: they should compensate for the actual loss. Therefore the new Article 11(1) says that recognition and enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, "*the damages do not compensate a party for actual loss or harm suffered.* It should be mentioned that the English word "actual" has a different meaning from the French "actuel" (which is not used in the French text); so future losses are covered as well.

(d) "This does *not* mean that the court addressed is allowed to examine whether it could have awarded the same amount of damages or not. *The threshold is much higher.* Article 11 only operates when it is *obvious* from the judgment that the award appears to go beyond the actual loss or harm suffered. In particular, this applies to punitive or exemplary damages. These types of damages are therefore explicitly mentioned. But in exceptional cases, damages which are characterised as compensatory by the court of origin could also fall under this provision.

(e) "This provision also treats as compensation for actual loss or harm damages that are awarded on the basis of a party agreement (liquidated damages) or of a statute (statutory damages). With regard to such damages, the court addressed could refuse recognition and enforcement only if and to the extent that those damages are intended to punish the defendant rather than to provide for a fair estimate of an appropriate level of compensation.

(f) "It would be wrong to ask whether the requested court has to apply the law of the State of origin or the law of the State addressed. Article 11 contains an autonomous concept. It is of course the *requested* court which *applies* this provision, but this application does *not* lead to a simple application of the law of the requested State concerning damages.

(g) "Recognition and enforcement may only be refused *to the extent* that the judgment goes beyond the actual loss or harm suffered. For most delegations, this might already be a logical consequence of the limited purpose of this provision. However, it is useful to state this expressly. This avoids a possible "all or nothing approach" some legal systems apply to the public policy exception.

(h) "Both paragraph 1 and paragraph 2 of the old Article 15 contained very *sophisticated rules* on how much of the damages awarded by the court of origin had to be recognised and enforced *in any case*. The Working Group felt that this might be understood as giving the wrong message. Article 11 only provides for a review whether the judgment awards damages not compensating for actual loss; it does not allow any other review as to the merits of the case. Like all other grounds of refusal, it will only apply in exceptional cases. Any over-drafting with respect to those cases would have given them too much political weight.

(i) "Article 11 does not *oblige* the court to refuse recognition and enforcement. This is obvious from its wording – the court *may refuse* – and it is consistent with the general approach in Article 9. So the provision in no way limits recognition and enforcement of damages under national law or other international instruments, and it allows (but does not require) recognition and enforcement under the Convention. Once again, the Working Group felt that an express provision would have been an over-drafting giving too much weight to the issue of damages.

(j) "Article 11(2) is the old Article 15(3). Under Article 11(1), it could be argued that damages intended to cover the costs of proceedings were not compensating for an actual loss. This would of course be wrong from a comparative perspective. But it is nevertheless reasonable to have an express reference to this problem within the provision. This reference does not contain a hard rule; the fact that damages are intended to cover costs and expenses is only to be taken into account.

(k) "To sum up: the new Article 11 is shorter than the old Article 15, it is more in line with the general drafting of the Convention, and it addresses the real issues without adding complex and sophisticated rules which might be understood in the wrong way. Therefore the Working Group proposes that this provision be adopted."

The Chair clarified that in the light of the proposal made by the Working Group on Damages in Working Document No 63, none of the previously submitted proposals on Article 15 would be considered. In the absence of any observations the text in Working Document No 63 was adopted and would be sent to the Drafting Committee. The explanations would be included in the Report. The Chair pointed out that the text of Article 15(2) of the French version would require amendment, as the use of the term "éventuellement" was not acceptable. He thanked the Working Group for the imagination and effort put into finding solutions for this difficult matter.

The Chair invited the Commission to turn to consider insurance issues with respect to Article 15 in Working Document No 63.

The Chairman of the Drafting Committee explained that there was no dispute with the underlying policy in the plenary session that judgments given under an insurance contract whereby the insurance company had to indemnify the insured should not be covered by Article 15. This was made clear in the text of the new provision where it was clarified that the recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused solely on the ground that liability under that contract included liability to indemnify the insured or reinsured in respect of an award of damages to which Article 15 might apply. He remarked that there had been no policy arguments within the Working Group but noted that there was now a new proposal in Working Document No 64.

The Chair remarked that Working Document No 64 replaced Working Document No 30.

Mr Goddard (New Zealand) noted first that this issue had been clearly explained in the Report. He added that the insurance industry was taking a very close interest in the Convention and that their support could be a crucial factor in securing the success of the instrument. Turning to paragraph 1 of the amended proposal in Working Document No 64 he explained that it was worth confirming that proceedings under a contract of insurance or reinsurance were not excluded from the scope of the Convention on the ground that the contract of insurance or reinsurance related to a matter to which the Convention did not apply. He acknowledged that certain States had indicated their intention to make an Article 20 declaration with regard to insurance but the present proposal did not prevent this. He noted that paragraph 2 of the amended proposal was very similar to the proposal in Working Document No 63 but had two small differences. First, the word "solely" had been omitted to avoid any possible confusion. He advocated that this issue be resolved by the Drafting Committee. Second, paragraph 2 *a)* was an addition and sought to take into account the situation and avoid any doubt where a preliminary ruling had been made with regard to an excluded matter. Finally he added that the Explanatory Report should clarify that the aim behind this provision was to provide certainty on a matter of huge commercial and practical importance.

Mr Kovar (United States of America) voiced his support for the comments made by the Delegate of New Zealand.

Mr Oxendine (IAIS) reiterated that if the insurance world was behind the Convention this would be of great benefit to the instrument.

Mr Schwab (IBA) agreed that the proposal had wide support in the insurance industry. He noted that while the focus had been on third party insurance and liability, the issue was just as important in respect of actions between policyholders and insurers, and insurers and re-insurers. He invited the Commission to support the proposal.

The Chair asked if the Swiss delegation wished to maintain its proposal in Working Document No 6.

Mr Markus (Switzerland) replied that this proposal was to be understood in the light of the old structure of the draft but did not differ in substance from what was proposed in Working Document No 64 and that he accepted the latter. He added that this was an issue of some importance, especially since it now appeared that incidental questions had been ruled out. While it seemed unclear where to place this provision in the Convention, Mr Markus suggested that it would seem logical to include it within Article 2(2).

He reiterated that in the light of the proposal of the Working Group (Work. Doc. No 63) Working Document No 31 had been withdrawn.

He then drew attention to the two differences that remained between Working Documents Nos 63 & 64. He argued that, after reflection, he was of the view that the word "solely" could be dropped without changing the substance of the provision whilst the addition in paragraph 2 *a)* was only a matter of clarification. He explained that the latter inclusion was from his perspective not strictly necessary and that if it was adopted it should be specified in the Explanatory Report that the matter was self-evident.

The Chair stated that three items remained to be resolved. First was the retention of the word "solely" a matter of drafting or substance? If it was the former, the matter could be resolved by the Drafting Committee. Secondly, was it necessary to have the rule in Article Z(1)? Thirdly, and whatever the conclusion to the second point, was it necessary to include the rule in Article Z(2) including sub-paragraph *a)*?

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that the retention of "solely" was a matter of drafting. Article Z(1) was self-evident but it was better to state this. He agreed with Mr Markus that Article Z(2) *a)* was an example of over-drafting and could lead to confusions. He reiterated that the provisions had to be coherent and in this respect he drew attention to the rule on incidental questions.

The Chair concluded that these issues would first be considered by the Working Group on Article 20 and miscellaneous issues, before coming back to the Plenary and then being referred to the Drafting Committee.

Mr Sun (China) stated that "solely" seemed to be an important qualification, particularly in the Chinese language. As to Article Z(2) *a)* he was concerned that the reference was made to something that the Convention did not apply to. Finally he asked for an explanation of the differences between the concepts of indemnity and compensation.

Mrs Sabo (Canada) indicated that she was not convinced that anything needed to be said in the Convention with regard to insurance for the matter could be resolved by national law. However, she recognised the importance of the issue for the insurance industry. She recommended that the decision not be taken until the Working Group on Article 20 and miscellaneous issues had come to a conclusion because Articles 2(2) *f)* and 2(3) and 20 were all related. She stated that in any event she would prefer to retain the word "solely".

The Chair asked if Mrs Sabo was still able to support the position adopted in Working Document No 63 with regard to insurance.

Mrs Sabo (Canada) reiterated that this depended on the conclusions reached by the Working Group on Article 20 and miscellaneous issues.

The Chair stated that he had understood that the Canadian delegation had reservations with regard to Article Z(1) as found in Working Document No 64 rather than the underlying policy issues.

Mme Sabo (Canada) répète qu'elle n'est pas certaine qu'il soit nécessaire d'inclure dans la Convention une disposition portant sur le traitement de la question des assurances.

Procès-verbal/Minutes No 19

She stated that she could not support these proposals at the present time.

Mr Oxendine (IAIS) was convinced that "solely" could be a substantive issue. He explained that it could give rise to an unwelcome interpretation, namely that recognition and enforcement could be refused if there was another reason in addition to a non-compensatory damage award having been made.

He stated that there was a real need for Article Z(2) *a)* to reflect the change that the Convention would bring about. He drew attention to the fact that in the absence of a worldwide recognition and enforcement regime, current practice in the United States of America was to require foreign insurers and re-insurers to deposit 100% of their premium liability either in cash or letters of credit in United States banks because the regulators in that country lacked confidence about the enforcement of judgments abroad. He pointed out that this was not a federal matter in the United States of America and added that the insurance industry outside the United States of America wanted individual states to change this collateral rule, which implied that hundreds of billions of United States dollars were on deposit in United States banks. With a clearly worded text, the concerns of all fifty individual states would more easily disappear.

Responding to the comments of Mr Sun, he stressed that it was essential for reinsurance policies to be bought internationally otherwise if a particular State suffered a huge disaster, such as a nuclear incident, then all the insurance costs would have to be borne by the State concerned, which could have huge impact for its economy.

Mr Goddard (New Zealand) voiced his support for the comments of Mr Tenreiro that the Commission needed first to ascertain the conclusions of the Working Group on Article 20 and miscellaneous issues before making a decision on Article Z(2) *a)*. He stated that from his perspective the inclusion or deletion of the word "solely" was a drafting matter and should be left to the Drafting Committee. He stated that he would answer the question raised by the Chinese delegation privately.

The Chairman of the Drafting Committee pointed out that the Working Group had only discussed the issue of insurance in the context of Article 15. He stated that from his perspective the inclusion or deletion of the word "solely" was a drafting matter. He acknowledged that the current draft could be read as meaning that a non-compensatory award combined with another ground could be sufficient to lead to non-recognition. He added the same argument could also be raised in relation to Articles 3 *d)* and 2(5).

The Chair agreed that care had to be taken given the frequency with which the word "solely" was used throughout the Convention.

He concluded that it was not required in the context of insurance and the Explanatory Report would clarify the meaning of the provision.

He asked if the underlying policy issue in Working Document No 63, which was the same as in Article Z(2) of Working Document No 64 if sub-paragraph *a)* was excluded, could be accepted.

Mrs Sabo (Canada) restated that her delegation could not take a position until the Working Group on Article 20 and miscellaneous issues reached a conclusion.

The Chair responded that the present issue was not directly connected to Article 20 and a policy decision had to be made. He suggested that the Canadian concerns were related to Article Z(1) and its placement, and he clarified that no decision was going to be made on these issues just yet.

Mr Beaumont (United Kingdom) agreed that the Canadian concerns were not relevant to the present discussion. He noted that the Canadian delegation, having participated in the Article 15 Working Group, had agreed with the text in Working Document No 63 and should not renege on that agreement now.

The Chair clarified that if the issue was agreed now it would be sent to the Working Group on Article 20 and miscellaneous issues and would subsequently go to the Drafting Committee.

The Chairman of the Drafting Committee confirmed, as the Chairman of the Working Group on Article 15, that Articles Z(1) and Z(2) *a)* had not been considered by that Group as Article Z(2) *b)* was the only part of the provision related to Article 15.

The Chair informed the Commission that in order to make progress, outstanding matters on which agreement had not been reached so far would be considered by Working Groups on Monday morning. The Working Group on Article 20 and miscellaneous issues would consider Article 20, conflicting judgments and intellectual property issues, and, if time permitted, money judgments, the exclusion of personal injury liability and tort liability as well as Article 1(2) time factors. In this context, the Group would consider Working Documents Nos 41, 46 and 48, as well as a working document that was to be submitted. The Working Group on Articles 23 and 26, which would be composed of participants from Australia, Canada, China, the European Community, Japan, New Zealand, the Russian Federation, Switzerland, the United States of America, as well as Mr Hartley (co-Reporter) and Mr Musger (the Chairman of the Drafting Committee), would be chaired by Mr Goddard and would also consider issues of scope relating to tenancies and contracts of carriage.

The Chair invited the Commission to turn to a consideration of Article 17 on legalisation and noted that this had been the subject of a proposal made by the Russian Federation in Working Document No 50.

Article 17

Mr Matveev (Russian Federation) argued for the deletion of the phrase "or any analogous formality" because in his view there could be only one such formality, the "Apostille". For this reason the latter should be specifically referred to in Article 17. However, he noted that this search for clarity was not shared by all and that the Secretary General had recommended that the change not be made in order to guarantee consistency with existing Hague Conventions. This being the case his delegation would not persist with Working Document No 50. It was nevertheless essential for the Explanatory Report to be clear on the matter and to explain the position of the Russian Federation.

The Chair warmly welcomed the flexibility exhibited by the Russian Federation and agreed that the Report would clarify the issue.

Mr Kovar (United States of America) remarked that his delegation was uneasy about removing the reference to "any analogous formality" because there might be other potential formalities out there in addition to the "Apostille". He was

happy to see an explicit reference to "Apostille" but asked that before a decision was reached on whether to delete "or any analogous formality", it should be clarified if anything would fall within the category, that was not simply a local rule of evidence.

The Secretary General thanked Mr Matveev for the flexibility and understanding he had shown. He noted that the present formulation had been employed in eight Hague Conventions, including the *1965 Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* and the *1970 Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*. He drew attention to the fact that while the minutes of the Commissions which elaborated these eight Hague Conventions made it clear that "Apostille" was included within the expression "analogous formalities", with the exception of the Möller Report to the *1980 Hague Convention on International Access to Justice*, not all the other Explanatory Reports were sufficiently precise on the matter. If a new formulation were now to be adopted, this could give rise to problems with regard to the interpretation of the existing instruments. He stated that caution should be exercised before deleting the reference to "any analogous formalities" because the border between formalities and evidential requirements was not always clear. He recommended that the traditional formula be retained, the Report making clear that analogous matters included "Apostille".

The Chair concluded that the formula "or any analogous formality" be retained to deal with situations where a formality other than "Apostille" was used. He then asked whether there should be a specific reference to "Apostille" in the provision.

Mr Matveev (Russian Federation) stated that in the light of the comments of Mr Kovar, he would now prefer a specific reference to "Apostille" and that this could be achieved by stating "or any analogous formality, including Apostille".

The Secretary General again invited delegates to reflect on the possible consequences of changing a long-established Hague Convention formula.

The Chair agreed that this was an area where the Hague Conference had made a significant contribution to private international law. He observed that if the Russian Federation suggestion were adopted it would have the merit of showing that "Apostille" was part of any analogous formality and at the same time this clarification would not contradict the established Hague Conference meaning. In the absence of any opposition he concluded that the square brackets in Article 17 in Working Document No 1 would be removed and the expression "including Apostille" added at the end of the provision.

Article 18

The Chair invited the Commission to turn to the consideration of Article 18 on limitation of jurisdiction. He noted that there were no working documents on this provision but there were two variants within Working Document No 1. He added that Article 1(2) was still to be agreed on and that the previous discussions on that provision should be taken into account with regard to both Article 18 and Article 19. If agreement on these provisions proved problematic, they could be sent together as a package to the Working Group on Article 20 and miscellaneous issues.

The Chairman of the Drafting Committee stated that the clarification of the time factor had been placed in square brackets by the Drafting Committee because this touched on an issue of policy.

Ms Davies (Australia) indicated that her delegation was reluctant to make a decision until the work on Article 1(2) had been concluded.

Mr Trooboff (United States of America) remarked that the policy was slightly different in the present context, compared to Article 1. The policy in the present provision was that States would wish to decline judicial business in the circumstances identified. If that policy was correct then the relevant time should be when the parties went to court, so the matter would be best resolved at the time of the commencement of the proceedings, unlike in Article 1. He suggested that the discussion might be delayed but recommended that the policy issue still be discussed.

The Chairman of the Drafting Committee questioned whether the position of Mr Trooboff would lead to a desirable result. He gave the example of a Japanese company and an Australian company entering into a choice of court agreement in favour of New York, and at the time of the agreement there being a clear link with that jurisdiction. Prior to the proceedings being commenced, the legal link with New York is lost. If the United States were to have made such a declaration then the New York courts would not be bound to hear the case even though there had originally been a connection. Mr Musger asked if this was what the Commission wanted.

Mrs Sabo (Canada) noted that this was an issue of particular importance for more popular jurisdiction venues. She agreed with Ms Davies that there was parallelism with Article 1 and that it would be prudent to delay a decision being made.

The Chair concluded that there was general agreement on the policy issue but a final decision would have to be left open until agreement on Article 1(2) was reached.

Article 19

The Chair invited the Commission to turn to a consideration of Article 19 on the limitation of recognition and enforcement. He noted that there were two variants within Working Document No 1 and a proposal within Working Document No 66.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that the rule in Article 19 was comparable with Article 1 in excluding purely domestic cases. However, Article 19 focused on recognition and enforcement. He proposed a system analogous to the Drafting Committee variant on Article 19 but that would allow Contracting States that were Parties to an international treaty regulating matters governed by the present Convention to declare that their courts could refuse to recognise or enforce under the present Convention a judgment of a court from a State that was not a Party to that treaty, provided that a) none of the parties in the case were resident in Contracting States that were not Parties to that treaty; and b) the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, were connected only with States Parties to that treaty.

He further noted that no reference had been made to the time factor issue as this issue had yet to be decided and was moreover of less crucial importance as in Article 1.

Certain amendments had been made to Article 19(1), notably the phrase "under this Convention" had been added. Otherwise the draft might have led courts to believe that recog-

Procès-verbal/Minutes No 19

nition under any applicable international instrument would have been sufficient.

The Chair stated that given the overlap between Article 19(2) of the Russian Federation proposal with Article 23(4) a consideration of the former would be delayed until the latter was debated. The Chair noted that this was agreeable to the Russian Federation delegation.

He then invited the Special Commission to comment on Article 19(3) of the Russian Federation proposal insofar as it related to Article 19(1).

Mr Kovar (United States of America) stated that there had been preliminary agreement in the Special Commission that declarations under Articles 18 and 19 could only be made at the time of ratification. If there were to be a change of policy in respect of Article 19 it would also have to be extended to Article 18. His preference was to leave the text as it stood, but he indicated that if the amendment were accepted great care would have to be exercised with regard to the drafting to specify precisely when a subsequent declaration would take effect, for a declaration should not be allowed to intervene in on-going proceedings.

The Chair observed that the drafting would be in the style of Article 20(6).

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that the issue was connected to Article 23(3) and how the future treaties would relate to the present Convention.

The Chair replied that if Article 19(2) of the proposal of the delegation of the Russian Federation was left aside for the moment, the remaining issues were limited to Article 19 and could be resolved at the present time.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) insisted that Article 19(3) was linked to Article 19(2) and the former only made sense if the latter were to be accepted. He stated that generally declarations should only be allowed at the time of ratification.

The Chair asked if the solution proposed by the Special Commission, as found in Working Document No 1, could be retained.

Mrs Sabo (Canada) stated that the situation of non-unified legal systems had to be taken into account in the drafting of Articles 18 and 19. In such legal systems a Convention might enter into force but only in respect of certain territorial units and other territorial units could ratify it at later dates. She stated that this issue would have to be considered, perhaps within Article 25.

The Chair replied that each territorial unit would have to have an independent title to make such a declaration. He added that such issues were to be dealt with within Article 25.

Mr Matveev (Russian Federation) informed the Commission that the experience of his country with regard to declarations having to be made at the moment of ratification was not successful, particularly in respect of the *1970 Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*. He asked why there was a need to create artificial barriers with regard to subsequent declarations.

The Chair responded that a bad experience with the *1970 Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* might not occur with the present instrument. He noted that the proposal would make the instrument very complicated and in particular there would be difficulties as regards the time that declarations would enter into effect. He recorded that there was no support for the amendment in Article 19(3) in Working Document No 66, insofar as that applied to Article 19(1), but that the matter would be left open in the context of Article 23. He invited the Commission to turn to Article 19(1) in Working Document No 66. He stated that the first amendment would be considered by the Drafting Committee given that under the original wording it was evident that the reference to a State was to a Contracting State. He further held that the second amendment to add the phrase "under this Convention" was also self-evident and would be considered by the Drafting Committee, as it did not deal with a point of substance. He pointed out, however, that were this addition to be accepted it could have a knock-on effect on other provisions. This was accepted.

Mr Goddard (New Zealand) asked if the time element did not have to be consistent with Article 1(2).

The Chair stated that this issue would be covered in Working Document No 69.

Mr Pravednyk (Ukraine) agreed that there was indeed a connection with Article 1(2) as to timing. He wished to ensure that the timing factors in Article 19 should indeed coincide with those in Article 1(2). The proposal in Working Document No 69 would give additional possibilities to the requested State to choose from four options with regard to timing. The matter could be considered to be internal either at the time the choice of court agreement was concluded, at the time of the commencement of proceedings, both at the time the agreement was concluded and at the time of commencement of proceedings, or at either moment. He added that if the Drafting Committee variant were accepted, his proposal would be to delete any reference to the time factor in Article 19 and Article 1.

The Chair noted that in the absence of any opposition the deletion of the time factor in Article 1(2) was adopted.

Mr Kovar (United States of America) stated that his delegation retained its preference for the time the agreement was concluded to be the relevant time factor, for otherwise a party could change residence simply to avoid recognition and enforcement.

The Chair asked if there was any support for the proposal of the delegation of Ukraine in Working Document No 69. He recorded that there was not and concluded that Article 19 would be kept as proposed by the Drafting Committee in Working Document No 1 and as modified only in relation to its drafting.

Ms Davies (Australia) stated that she was not opposed to the Drafting Committee variant but noted that the Report had said it was not clear whether the time requirement only applied to residence or other issues as well? She asked that this be clarified.

The Chair agreed that the draft was not perfect. He added that the time factor would also apply to the other elements pertinent to the issue.

Mr Tenreiro (European Community – Commission), responding to Mr Kovar, stated that the time of commencement of proceedings referred to proceedings in the court of origin rather than those in the requested State. Consequently the issue of changing the residence to defeat enforcement was not relevant in this context. He added that he had no objection to using the same criteria everywhere and could also accept if the Convention did not contain any time factor.

The Chair concluded that the deletion of the time factor with regard to Article 1(2) had been accepted and the issue of time factors had been left open with regard to Articles 18 and 19 and would be considered by the Working Group.

The meeting was closed at 1.15 p.m.

Procès-verbal No 20
Minutes No 20

Séance du lundi 27 juin 2005 (après-midi)

Meeting of Monday 27 June 2005 (afternoon)

The meeting was opened at 5.25 p.m. under the Chairmanship of Mr Bucher (Switzerland), with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

Mr Struycken (President of the Twentieth Session) addressed the Commission to announce that he had been informed by Mr Sajko that Professor Sarcevic, an old friend of the Hague Conference, who had represented Croatia for many years, had unexpectedly died. Mr Struycken noted that Professor Sarcevic had been a leading scholar, well known for the Yearbook of Private International Law, a professor at the University of Rijeka, and for many years, his country's ambassador to Switzerland. He would be remembered as a pleasant and compromising man.

A moment of silence was observed in honour of Professor Sarcevic.

The Chair thanked the Permanent Bureau on behalf of the Commission for the wonderful excursion on Sunday, in particular Mrs Puckett and Ms Colangelo.

He noted that the Working Groups had made significant progress in their deliberations and drew attention to Working Document No 71 which had been prepared by the Working Group on various matters. He stated that this proposal would be considered first and that attention would then turn to issues within the General Provisions chapter which had not yet been dealt with. He explained that the Working Group on Article 23 and 26 would meet again on Tuesday morning and that the Drafting Committee would review the existing text thereafter. He remarked that the Plenary session would open at 2.30 p.m. on Tuesday.

The Chair invited the European Community to consider a provision to allow for the denunciation of the Convention by Regional Economic Integration Organisations. It was his hope that the final draft of the Convention would be distributed at the closing dinner on Tuesday evening and that the second reading could commence on Wednesday morning.

The Chair asked the Commission to turn to a consideration of Working Document No 71. He thanked all the members of the Group and invited Mr Beaumont, as Chair of the Group, to present each of the elements in turn.

Article 2 (suite / cont.)

Article 2(2) x)

Mr Beaumont (United Kingdom) noted that the progenitor of this provision was to be found in Working Document No 67. The proposal of the Working Group clarified that this exclusion related not only to claims by natural persons but also to claims brought on behalf of natural persons. It was a complete exclusion and not linked to the existence of a prior contractual relationship.

Mr Kovar (United States of America) expressed his hope that this proposal would be durable. He stated that it was still the subject of consultation in the United States and if there was any unexpected difficulty with this provision this would be raised at the time of the second reading. He noted that it was the understanding of his delegation that this exclusion covered direct tort or tort-like contract actions brought by or on behalf of natural persons. He gave the example of an individual who was a personal corporation and who entered into a contract with another business which included a choice of court agreement. Should a personal injury claim arise, the individual acting as a personal corporation would not be able to bring a personal injury action under the Convention even though the contract was subject to an exclusive choice of court agreement. Mr Kovar clarified that the present exclusion would not, however, extend to indemnity claims which were more like insurance contracts. He gave the example of a business importing goods from a manufacturer where the contract provided that any damage arising from the product but suffered by the importer would be indemnified by the manufacturer. If the agreement contained a choice of court clause, any proceedings would fall within the scope of the Convention

Mr Inoue (Japan) noted that his delegation had participated in the Working Group but nevertheless had several concerns. First he sought clarification whether the term "personal injury" was limited to physical injury or also included mental loss or injury. Secondly he asked a question with regard to a personal injury arising out of a building contract between two companies, A and B. The injury was suffered by a worker employed by company B and proceedings were then brought by company B against company A on behalf of the worker. Mr Inoue asked if such a case would fall under the Convention.

Mr Goddard (New Zealand) responded that the term "personal injury" would have its usual, broad, meaning, namely that it would include not only physical harm but also mental injury and nervous shock and distress. He stated that the second Japanese question was somewhat harder to answer because he was not aware of any legal regime which would allow company B to sue company A on behalf of an employee. He suggested that if company B was a contractor constructing a building for company A, the latter also owning the land, and the injury to the employee was caused by a defect of the site, there could well be a clause in the contract that would require company A to indemnify company B. In such a case company B would make an award to its employee and then claim indemnity from company A in its own right. This would be a separate claim between the two companies and not concern the employee at all. He clarified that the Convention could not apply to proceedings between company B and its employee, whether these were based on tort or contract.

He also noted that employment contracts were also excluded from the scope of the Convention. A further difficulty with regard to the Japanese example was that there would be no contract between company A and the employee and so there could be no exclusive choice of court agreement between them.

The Chair acknowledged that this explanation dealt with the concerns of the Japanese delegation. He recorded that the provision was adopted but asked that the Drafting Committee review the French text because the term "dommage personnel" was not sufficiently clear.

Article 2(2) y)

Mr Beaumont (United Kingdom) noted that nothing had changed from the proposal contained in Working Document No 67 other than a minor drafting amendment. The policy issue had already been considered by the Commission and the Working Group agreed to this limited exclusion on the basis that the claim for damage to property had to be a pure tort case.

Mr Inoue (Japan) drew attention to the use of the alternative "tort or delict" and asked if there were any differences between these terms.

Mr Beaumont (United Kingdom) replied that delict was a term used in Scotland and other legal systems which did not recognise the concept of tort. There was no intention to change the substance of the exclusion and this was a construction which was well known to European States.

The Chair asked if the Working Group had agreed on the meaning of the term "property" in this provision.

Mr Beaumont (United Kingdom) replied that it had not been discussed by the Working Group.

The Chair drew attention to the fact that the French term "dommages matériels" was very wide and would include financial damages. He asked if this was the intention of the Working Group.

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that the Working Group had focussed on the English text and had certainly not intended to extend this provision to financial damages, the focus being clearly on movable or immovable property.

The Chair stated that if this understanding was acceptable to the Commission, the provision could be passed to the Drafting Committee with instructions to revise the French version.

Mr Dogauchi (co-Reporter) noted that within Article 2(2) only subject matters were excluded. But within Working Document No 71 the Working Group had referred to the exclusion of claims. He asked if it was possible to change this wording without changing the context.

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that this issue had been considered by the Working Group but it had been decided to focus on the policy rather than trying to finesse the language. He stated that if the Drafting Committee could find a suitable formulation this would be acceptable, but he pointed out that this would not be an easy task.

The Chair agreed that it would not be a simple task.

Mr Beaumont (United Kingdom) hoped that the Commission would not hold the Drafting Committee to ransom on this point, given the lack of time.

The Chair recorded that Article 2(2) *y)* was agreed and would be sent to the Drafting Committee.

Article 2(3)

Mr Beaumont (United Kingdom) affirmed that there were just two significant changes from the Drafting Committee variant in Working Document No 1. Firstly, "preliminary" had been substituted for "incidental". This had been done to reduce confusion, there being many examples of incidental questions which were not necessary for the decision on the main question, which was the object of the proceedings. Secondly, the second paragraph had been redrafted into the second sentence, and here the crucial element was the last phrase "if that matter is not an object of the proceedings".

The Chair asked if he was correct in thinking that the second sentence did not change the first, but was merely a reformulation of the same idea.

Mr Beaumont (United Kingdom) acknowledged that this was indeed the case, for the second sentence was simply an aid to understanding, which was made clear through the use of the opening words: "in particular".

Mr Struycken (The Netherlands) remarked that the expression "à titre préalable" in the French version was not the usual formulation which was "à titre incident". He asked if the latter could be employed instead.

Mme Sabo (Canada) observe que cette possibilité a été discutée par le Groupe de travail mais qu'il a été décidé qu'il était préférable de faire référence à l'expression « à titre préalable » plutôt qu'à celle de « à titre incident », dans la mesure où la seconde a une signification particulière pour les États liés par le Règlement de Bruxelles I ou la Convention de Lugano, et diffère de l'acception canadienne, par exemple.

Le Président relève que les termes « principal » et « incident » forment une paire que ne forment pas les termes « principal » et « préalable » et suggère que l'usage de ces formules pourrait causer des difficultés d'interprétation. Il se demande si le Comité de rédaction ne devrait pas retravailler ce choix, observant que l'utilisation des deux expressions « à titre principal » et « l'objet du litige » dans la version française – alors qu'une expression unique est utilisée dans le texte anglais – pourrait justifier l'intervention du Comité de rédaction sur ce point. Il souligne que le terme « préalable » renvoie à l'idée que la question est indépendante de la question principale.

Le Président constate que la Commission adopte l'article 2(3) et accepte de renvoyer son libellé au Comité de rédaction.

The Secretary General agreed that this was a matter for the Drafting Committee and pointed to the fact that the only reference to the expression "incidental question" appeared in Article 12 of the *1978 Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*, and that in the French text the expression used was "à titre incident".

The Chair asked the Commission to turn to a consideration of the proposal of the Working Group with regard to Article 6, which, he noted, had not yet been the subject of discussion.

Article 6

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that the Working Group had agreed on the deletion of Article 6 on the basis that its terms would appear in the Report. Quoting from paragraph 110 of the Report on the preliminary draft Convention he noted that the provision had originally been included

because it was said that in some countries it was difficult if not impossible to suspend proceedings. An example would be where the validity of an intellectual property right arose as an incidental question. The Report also stressed, however, that the Article contained no rule but only a reference to internal law which was not really necessary.

The Chair recorded that in the absence of any observations the Article was deleted.

Article 9 (suite / cont.)

Article 9(1) f) & g)

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that reference had only been made to Article 9(1) *f)* to facilitate the understanding of Article 9(1) *g)*. He reminded the Commission that Article 9(1) provided discretionary grounds of non-recognition as the use of the word "may" in the chapeau indicated. The proposal had removed much of the language, including sub-paragraphs *i)* and *ii)* of the Drafting Committee variant of Article 9(1) *g)*. He noted that this was a concession by some States to simplify the text and to place trust in judges. He explained that while Article 9(1) *f)* was concerned with judgments given in the requested State, Article 9(1) *g)* was concerned with earlier judgments given in third States. In the latter case the earlier judgment had to be capable of recognition in the requested State. Nevertheless he pointed out that in such circumstances the requested State still had the capability of recognising the judgment from the chosen State.

M. Hoscheit (Luxembourg) annonce que son observation porte sur la version anglaise du texte, sur laquelle une grande partie de la Commission travaille mais souligne qu'il importera que le Comité de rédaction rende les versions française et anglaise du texte conformes. À cet égard, il rappelle que le Comité ne devrait pas limiter son travail aux points soulevés par le Président car d'autres éléments du texte français devront être améliorés. Il demande une précision quant au sens exact des termes « given in another State » à l'article 9(1) *g)*. Il note qu'aucune différence n'est faite entre la situation d'un jugement rendu dans un État contractant et celle d'un jugement rendu dans un État tiers, et demande si cela est délibéré.

Le Président s'interroge sur le sens de la référence à la seule reconnaissance *in fine* de l'article 9(1) *g)*. Il estime qu'il serait préférable de viser les conditions nécessaires à sa reconnaissance « ou son exécution ».

The Chair suggested keeping the usual form referring to "recognition and enforcement" or "recognition or enforcement". He recorded that in the absence of any substantive objection the provisions were adopted.

He invited the Commission to consider the proposal to delete Article 11.

Article 11

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that the Working Group had been unable to reach agreement on a viable text even though there had been some agreement on the underlying policy issue.

The Chair recorded that there had been a passionate debate on this provision and that the proposed deletion was indeed implicit in the drafting of Article 9(1) *f)* and *g)*.

In the absence of any observations he recorded that the deletion of Article 11 was adopted.

Article 10

Article 10(1)

Mr Beaumont (United Kingdom) noted that the revised Article 10(1) was in fact very similar to the text in Working Document No 1. The expression "or under Article 20" had been added to take account of declarations made under that provision which excluded matters from the scope of the Convention. Furthermore reference was made to "preliminary question" rather than "incidental question" to ensure parallelism with Article 2(3). He clarified that whilst a ruling on a preliminary question would not be capable of recognition and enforcement under the Convention this might of course be possible under national law.

Mr Kovar (United States of America) stated that his understanding was that Article 10(1) made clear that the Convention did not provide for the separate or independent recognition or enforcement of a ruling on a matter excluded by Article 2(2) or by a declaration made under Article 20. He asked that the report clarify this.

Article 10(2)

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that the first sentence provided that the recognition or enforcement of a judgment might be refused to the extent that the judgment was based on a ruling on a matter that was excluded under Article 2(2). He clarified that if the matter was genuinely incidental and there was not a "ruling" on the issue in question, then this provision would not apply. However if there was a genuine preliminary question which meant that the excluded matter had to be ruled upon then this provision would apply and the requested court would have discretion whether or not to recognise the main question. Referring to the expression "to the extent that", he explained that the discretion would only arise where the principal question was fully based on the preliminary question. In any event, the court must enforce the part of the judgment that was unaffected by the ruling on the preliminary question. He noted that this rule would apply to all types of case excluded under Article 2(2) which could come up as preliminary questions.

He advised the Commission that the second sentence introduced a limitation on the power in the first sentence with regard to rulings on the validity of intellectual property rights other than copyrights or related rights. If there was a preliminary ruling on patents the conditions in the second sentence would have to be fulfilled before the discretion in the first sentence could come into play. In particular the ruling on the preliminary question would have to be inconsistent with a judgment or a decision of a competent authority on that matter rendered in the State under the law of which the intellectual property right arose, or proceedings on validity would have to be pending in that State. Giving an example, he stated that were there a decision of a patent office in the State of the registration of the patent, then recognition of a royalties ruling could only be denied if the preliminary decision on the validity of the patent was inconsistent with the decision of the patent office in the requested State, or alternatively where validity proceedings were pending in the requested State. If either condition was met, the requested court would have discretion not to recognise the decision on the main object, *i.e.*, the royalties claim.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) asked that the term "ruling" not be restricted to a formal ruling; rather it could be an implicit as well as an explicit ground for the decision itself.

Procès-verbal/Minutes No 20

Le Président estime qu'il conviendra alors sans doute de revoir le terme de « décision » qui est actuellement utilisé à la deuxième ligne de la version française de l'article 10(2).

Mr Tenreiro (European Community – Commission) agreed this was not good drafting. He further expressed his hope that the rule in Article 10(2) would not be used often and that due regard would be given to its discretionary nature. He then invited the Drafting Committee to consider separating Article 10(1) from Article 10(2) and (3), there being the possibility that the last two paragraphs could be read as a restriction on the first whereas the issues were related but different. He added that when a matter was excluded then no ruling would fall within the Convention for the purpose of recognition. He clarified that Article 10(1) was concerned with the non-enforcement of the ruling on the preliminary question whilst Article 10(2) and (3) related to the possible partial enforcement of the judgment as such.

The Chair agreed that this was a good idea that required more reflection.

Mr Inoue (Japan) noted that if the subject matter of an action concerned the validity of a patent, it would not be dealt with in Article 10(1) as Article 2(2) excluded patents from the scope of the Convention. Turning to Article 10(2) he asked why certain intellectual property rights were to be accorded special treatment.

Mr Kovar (United States of America) explained that this issue had been discussed many times and that it had always been understood that in the intellectual property context, other than copyright such as in a wide variety of contract licensing disputes and other ordinary contractual disputes where intellectual property was at issue, the question of validity could often be raised as a defence. To ensure the Convention remained attractive for the purposes of commercial litigation where intellectual property rights were concerned, it was necessary to have a special rule to clarify how the Convention would apply to preliminary questions dealing with validity.

Mr Kovar agreed with the comments of earlier speakers who had stressed that the present provision gave rise to a discretionary power, but did not require non-enforcement. Responding to the Observer for the European Community he stated that whatever form the decision took, it had to be clear that the court concerned had decided the issue in question. Finally, he drew attention to the fact that whilst in some legal systems an application for recognition could be suspended whilst validity proceedings were pending, in others the application would be dismissed without prejudice until the validity proceedings were resolved.

The Chair asked whether the Working Group had considered whether the special intellectual property rule in Article 10(2) could apply *mutatis mutandis* to other preliminary questions.

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that this solution had been rejected by the Working Group because a special rule was required for intellectual property matters and that in this area the appropriate court and the applicable law were clear. He added that the rule could not apply to other preliminary questions as there was no agreement on these issues.

The Chair noted that this issue was resolved for the Commission but would remain open for the States applying the Convention. He recorded that Article 10(2) was adopted and would be sent to the Drafting Committee.

Article 10(3)

Mr Beaumont (United Kingdom) indicated that Article 10(3) covered the Article 20 situation whilst Article 10(2) covered the Article 2(2) exclusion. He stressed that this provision again gave a discretion to the requested State to refuse recognition and suggested that there was a link between Article 10(2) *in fine* and Article 10(3).

Mrs Sabo (Canada) stated that she was puzzled as to the suggested link between these two provisions.

Mr Kovar (United States of America) replied that Article 10(2) and (3) were separate provisions and stood on their own.

Mr Goddard (New Zealand) confirmed that the second sentence in Article 10(2) only qualified the first sentence in Article 10(2) and did not apply to Article 10(3). If a judgment was based on a ruling on a matter that was excluded under an Article 20 declaration made by the requested State, then there would be no qualification requiring the requested court to point to an inconsistent judgment or a decision of a competent authority, or a pending proceeding for the discretion not to recognise to be exercised. He explained that this had been a delicate compromise arrived at by the Working Group.

Mr Sun (China) agreed that Article 10(3) was a separate provision.

Mr Kovar (United States of America) drew attention to the drafting whereby recognition and enforcement could be refused only to "the extent that" the judgment was based on a ruling on a matter that was excluded under an Article 20 declaration made by the requested State.

The Chair recorded that Article 10(3) was adopted.

Article 18

Mr Beaumont (United Kingdom) noted that Articles 18 and 19 had been amended to allow their alignment with Article 1(2) in which the time factor had been removed.

Ms Schulz (First Secretary) drew attention to the proposal of the Permanent Bureau for a general article concerning the procedure governing the making of declarations in Working Document No 72. She informed the Commission that this article explained why the second time element, namely when a declaration could be made, had been removed from Articles 18 and 19, for it was now within this new provision, Article 29.

The Chair agreed that this did not result in a change of substance with regard to Articles 18 and 19. He then drew the attention of the Commission to the proposal of the delegations of Canada and China in Working Document No 70 corrigendum.

Mrs Sabo (Canada) stressed that this was a technical proposal which did not affect the substance of the provision. It was designed to allow a declaration to be made at the time the application of the Convention was extended to an additional territorial unit. She argued that in existing Hague Conventions a clause to this effect was contained within the substantive provision and the aim in Working Document No 70 was to bring about the same result. She noted this would lead to the deletion of Article 29(1) as contained in Working Document No 72.

The Chair replied that this issue would be dealt with in the proposed Article 29.

Mrs Sabo (Canada) stated that she wished for the issue to be dealt with within Articles 18 and 19 as had happened in the corresponding provision in the 1980 *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction.*

The Chair remarked that this would not lead to elegant drafting as it was not the tradition of the Hague Conventions to refer in an early provision to a subsequent one. He noted that there was general approval for the simplification of Article 18 and he invited the Chinese and Canadian delegations to accept the transfer of this issue to Article 29 where exactly the same result would be achieved.

Mr Sun (China) replied that it might only be an issue of drafting but he would nevertheless prefer for the issue to be dealt with in Articles 18 and 19.

The Chair stressed that if there was a transfer to Article 29 the rule would indeed be limited to the scope of Articles 18 and 19.

Mr Kovar (United States of America) stated that when Working Document No 72 was discussed in its own right it would be helpful to allow the Article 18 declaration to be made at a later date given the particular requirements of federal States which were different to other non-unified States.

The Chair replied that if such a construction were desired a separate proposal would have to be submitted.

Mr Matveev (Russian Federation) voiced his support for the proposal in Working Document No 70 but was happy for it to be dealt with in Article 29. He drew attention to the proposal of his delegation in Working Document No 66 that there should be no restraints as to the timing of making declarations. He reminded the Commission that this proposal remained on the table and had to be considered in the context of Article 29. He repeated that the flexibility of the Convention should not be limited.

The Chair pointed out that the proposal in Working Document No 66 only remained on the table insofar as it related to Article 23(2). He reminded the Commission that Article 23(3) of Working Document No 66 had not been endorsed insofar as it related to Article 19. He asked again if the United States delegation had a proposal to deal with the situation of federal States.

Mr Kovar (United States of America) suggested that the proposal of the Russian Federation with regard to Article 23(3) of Working Document No 66 could be applied to Article 18.

The Chair replied that the provision had only been retained in respect of Article 23.

Mr Beaumont (United Kingdom) cautioned against straying from the subject matter of the present debate. He reminded the Commission that Article 29 had to be discussed on its own merits at a later stage.

The Chair acknowledged that there was a difference between the proposal in Working Document No 70 and that in Working Document No 71. He invited the Commission to deal with the substance of Working Document No 70.

Mr Matveev (Russian Federation) clarified that his delegation may have agreed to the proposal of the Working Group but made it clear that at no time had it agreed to the limitation of the timing at which declarations could be made. He reminded the Chair that in the absence of his delegation's agreement there could not have been consensus on this point.

The Chair pointed out that there had been no support for the proposal of the delegation of the Russian Federation; therefore it had not been retained. He reminded the Commission that one State alone could not block the negotiations.

Mrs Ferreira (China) reiterated the position of her delegation that Article 29 should be discussed later and should deal with declarations generally, whilst the specific issue of timing should be dealt with within Articles 18 and 19.

The Chair replied that this was possible but that a decision had to be taken as to the substantive issue in Working Document No 70.

Mr Musger (Austria) stated that the proposal in Working Document No 70 was reasonable insofar as it dealt with the situation where, for example, the Convention would come into force first for the Special Administrative Region of Hong Kong, with an Article 18 or 19 declaration being made at that time, and then at a later date for mainland China, with a declaration being made then for that part of the country. He added that the issue was quite separate as to whether there should be the possibility to make an Article 18 or 19 declaration even at a subsequent time. He held that the proposal in Working Document No 70 could be adopted without any problem of substance.

Mr Matveev (Russian Federation) expressed his displeasure at the analysis of the Chair and pointed out that his delegation reserved the right not to support other proposals and thereby block the achievement of consensus.

The Chair replied that it had been agreed how the Commission would operate in respect of a consensus-based decision making procedure and that this had been accepted by the Russian Federation until this point. He stressed that consensus did not imply unanimity.

Mr Matveev (Russian Federation) stated that the understanding of "consensus" had been defined by public international law and implied a lack of opposition. Nevertheless, he stated his willingness to move forward.

The Chair responded that the present Commission had not adopted any rule applied elsewhere with regard to consensus. He reiterated that the Commission operated with its own definition of the term and that this had been accepted by all delegations, including the Russian Federation.

Ms Davies (Australia) voiced her support for the comments made by Mr Musger and recommended the adoption of the substance of the proposal in Working Document No 70.

The Chair recorded that as a matter of substance the proposal in the first two lines of Working Document No 70 was adopted but its placement would be decided in the aftermath of the discussion of Article 29. He noted, however, that Working Document No 70 had been based on the original version of Article 18 as found in Working Document No 1 and thereby contained wording in square brackets. He asked if the Commission would be happy to adopt the more recent draft as found in Working Document No 71.

Mrs Sabo (Canada) advised that it had not been the intention of her delegation to change the work of the Working Group, rather it was simply the case that Working Document No 71 had not been available when Working Document No 70 had been prepared.

Mr Kovar (United States of America) stated that his delegation was prepared to accept the proposal of the Working Group with regard to Article 18 and accept that the substance of the joint proposal of the delegations of China and Canada be referred to in Article 29. However, this was on the understanding that when Article 25 was applied non-unified States would not be attributed with a power to modify Articles 18

Procès-verbal/Minutes No 20

and 19 declarations which other States did not have. On that basis his delegation would not find it necessary to submit an alternative proposal.

The Chair recorded that in the light of this understanding Article 18 was adopted.

Article 19

Mr Beaumont (United Kingdom) indicated that the time element had been removed from Article 19 and that there had been a drafting change in the second and in the last line of the provision to use the past tense. This was to make it clear that the requested State would be looking back to the situation at the time the agreement was made, or at the time of the proceedings in the court of origin.

The Chair advised the Commission that following the acceptance of the substance of Working Document No 70, the same amendment would have to be made with regard to the present provision. He recorded that this was agreed by the Commission and that the provision was adopted.

The Chair asked the Commission to turn to a consideration of Article 1(3), which, he noted, had not yet been the subject of discussion.

Article 1(3)

In the absence of any proposal or observation the Chair recorded that Article 1(3) was adopted as set out in Working Document No 1.

Article 20

Mr Beaumont (United Kingdom) noted that the draft was based on the proposal in Working Document No 15 and that there was only one change in paragraph 1, namely to delete the phrase "other than those excluded in Article 2(2)". This implied that there could in fact be a double exclusion which was deemed preferable in order to clarify the effect of a declaration. He further explained that paragraphs 3 to 6 had simply been transposed without any change to their substance to Article 29 in Working Document No 72.

The Chairman of the Drafting Committee drew attention to Article 20(2), which was not a change in substance but which came from the Drafting Committee in order to show the effects of a declaration for the State making it, and for other States Parties.

The Chair recorded that in the absence of any observations the proposal was adopted.

He invited the Commission to turn to a consideration of Article Q. He noted that the provision had in essence been accepted but one item required further clarification, namely its effect with regard to inconsistent judgments.

Article Q

Mr Goddard (New Zealand) on behalf of the Working Group explained that there had been three principal concerns with regard to the version of the article proposed by Australia and the United States in Working Document No 28. First there was a definitional problem, namely which aspects of Article 3 had to be complied with and which not. Secondly, there was concern that Article Q(2) *b)* was too deferential to pending proceedings and would have meant that it would have been possible to bring proceedings anywhere in order to torpedo enforcement proceedings. Thirdly, there was a concern of the European Community that a defendant who only wanted to bring proceedings in one Contracting State could be exposed to proceedings in a Contracting State where he did not wish to litigate.

Explaining how these concerns had been addressed he noted first that there was now in effect a definition of a non-exclusive choice of court agreement in Article Q(1). Such an agreement would have to meet the form requirements of Article 3 *c)* and designate a court or courts in one or more Contracting States but would have no exclusivity element. He explained that non-exclusive choice of court agreements might come in two possible forms: either the agreement would state that the parties would submit to the non-exclusive jurisdiction of the courts of a particular Contracting State – this would be acceptable if it satisfied the terms of Article 3 *c)* – alternatively the agreement might be to submit to the jurisdiction of two Contracting States but no others. He suggested that this should meet the concerns of the Japanese delegation. Turning to the second point, he admitted that his initial analysis that the judgment be capable of recognition and enforcement in the requested State or that there be proceedings which could lead to a judgment which was likely to be enforceable in the requested State, was flawed. The Group had therefore decided to limit this limb of the provision to the bringing of proceedings in a court which was consistent with the agreement entered into by the parties. In the event that an agreement gave non-exclusive jurisdiction to one Contracting State, that would mean that it would be consistent with the agreement to bring proceedings anywhere else. However, if the agreement specified that proceedings were to be brought in a limited number of States, then it would only be consistent with the agreement if proceedings were brought in one of those Contracting States. He noted that this was particularly important for asymmetric clauses. Finally, he explained that the concerns of the European Community were met by a clear and simple rule that the enforcement regime would apply to a judgment resulting from a non-exclusive agreement if the court of origin was first seised in the matter. If not, then even if the proceedings brought elsewhere had been dismissed, the judgment would not be capable of recognition. He accepted that this was a very conservative approach but argued that it was attractively simple.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) thanked the Working Group for having met his concerns and recorded that he could accept the proposal.

Mr Nielsen (Denmark) expressed his support for the proposal but suggested that the last element of Article Q(2) *b)* could lead to proceedings being brought simply to thwart the recognition of a judgment. To illustrate his concern, he gave an example whereby he entered into a contract with Mr Goddard, which contained a non-exclusive jurisdiction agreement in favour of New Zealand. Pursuant to the agreement, Mr Goddard brought proceedings there and obtained a judgment in his favour. Both New Zealand and Denmark having made the declaration with regard to Article Q, Mr Goddard sought to have his judgment recognised in Denmark. However, before this happened, Mr Nielsen commenced proceedings in Denmark against Mr Goddard. It was Mr Nielsen's understanding that this would prevent the New Zealand judgment being recognised and enforced in Denmark. This being so, he recommended that the last part of paragraph 2 *b)* be deleted.

Mr Goddard (New Zealand) replied that he could never imagine litigating against his friend Mr Nielsen, but held that in essence Mr Nielsen's analysis was correct. However, he explained that there were two qualifications which prevented Article Q(2) *b)* from being fatally flawed. First the proceedings would have to be in a court permitted under the agreement. If the non-exclusive jurisdiction agreement in the example had indeed only stated that New Zealand had non-exclusive

jurisdiction, then proceedings could have been brought in Denmark to thwart recognition. But if the jurisdiction clause had been asymmetric, and Mr Nielsen had only been allowed to sue in New Zealand, then the commencement of proceedings in Denmark could not have stopped recognition. Alternatively, if the agreement had limited proceedings to being brought by either party in Denmark or New Zealand, then Article 7 would have prevented Mr Nielsen from litigating in Denmark because the agreement was exclusive. Mr Goddard further suggested that under the facts of the example it would have been open to him to have applied to have had the Danish proceedings struck out. He accepted that the provision was trying to strike a balance.

The Chair pointed out that the proceedings could not have been dismissed on the basis of an abuse of process.

Mr Kovar (United States of America) stated that his delegation appreciated the compromise which had been reached with regard to this provision and asked that the Explanatory Report refer to the issue of dismissal without prejudice.

Mr Poon (China) asked if line 4 of Article Q(1) should not state "designated" rather than "designates". He added that Article Q should not apply to a judgment where the primary object was a matter excluded under either Article 2(2) or Article 20. He held that if this was clear, it should be referred to in the Explanatory Report. Finally, he argued that the statement in Article Q(2) that a judgment shall be recognised and enforced in accordance with Chapter III should be understood as incorporating the provisions on excluded matters.

Mr Goddard (New Zealand) replied that the possible change of "designates" was an issue for the Drafting Committee.

The Chair noted that the same issue arose in Article 3 and that there should be parallelism between the provisions.

Mr Goddard (New Zealand), turning to the other comments made by Mr Poon, explained that the whole point of the provision was that judgments made by chosen courts pursuant to non-exclusive agreements were to be treated in exactly the same way as judgments made pursuant to exclusive choice of court agreements. Recognition and enforcement should take place on the same basis and the limitations in Chapter III should apply in the same way.

Mr Wagner (Germany) asked if the definition of a non-exclusive choice of court agreement in Article Q(1) was not too broad. He gave an example of an agreement designating the courts of a particular Contracting State but not specifying if the agreement was exclusive. He noted that such an agreement could be covered by Article Q. However, he also drew attention to the terms of Article 3 *b)* which provided that an agreement which designated the courts of one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties had expressly provided otherwise. He suggested that the Drafting Committee reflect on the issue as it was not one of substance. Mr Wagner further noted that he accepted Article Q(2) as a satisfactory compromise.

Mr Goddard (New Zealand) accepted that Article Q(1) did not cross-refer to Article 3 *b)* and he agreed that it would be beneficial for the Drafting Committee to ensure that these two categories were indeed separate.

Mr Musger (Austria) agreed and held that it should be clear that the presumption of exclusivity in Article 3 *b)* had to have priority.

Mr Matveev (Russian Federation) noted that his delegation had not been in favour of the incorporation of non-exclusive jurisdiction agreements. However, he understood the reasoning and was prepared to accept it but he wanted it to be specifically recorded in the Explanatory Report that this provision was without legal consequences for other Contracting States.

The Chair stated that this was the clear meaning behind this proposal.

Mr Goddard (New Zealand) agreed.

The Chair recorded that the provision was adopted as it stood in Working Document No 71 but was subject to redrafting by the Drafting Committee, in particular to ensure that Article Q(2) was aligned with Article 9.

Article 21

He invited the Commission to turn to a consideration of Article 21 on uniform interpretation. In the absence of any proposals or observations the provision was accepted.

Amongst the outstanding issues he recalled that a provision still had to be considered on the denunciation of the Convention by Regional Economic Integration Organisations.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) drew attention to the fact that no such clause had been included in the *Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*. He questioned whether a specific rule was in fact required.

The Chair replied that the absence of a specific clause was possibly an omission or could have been compensated by a clear statement in the minutes or the Explanatory Report. He questioned if Article 26 could be applied by analogy to deal with the problem.

The meeting was closed at 7.50 p.m.

Procès-verbal No 21
Minutes No 21

Séance du mardi 28 juin 2005 (après-midi)

Meeting of Tuesday 28 June 2005 (afternoon)

The meeting was opened at 4.00 p.m. under the chairmanship of Mr Bucher (Switzerland), with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

Mr Struycken (President of the Twentieth Session) wished to inform the Commission of some exceptional news. He told

the Commission that the Ambassador of Paraguay had just deposited the required documents enabling the country to join the Hague Conference. He said that he was pleased to have the honour of informing the Session of the admission of Paraguay as a Member of the Conference.

The Chair explained that the Commission had to deal with all the remaining open items. He gave a list of the items to be dealt with, in the order in which the Commission would address them:

Article 22, Article 25, Article 24, Article 23, Article 26, Questions of scope related to Article 2(2), Article 27, Article 29, Article 28, Article 30, Article 31, Title, Preamble.

The Chair said that the discussion would begin with Article 22 on non-unified legal systems. He commented that during the meeting of the Special Commission in April 2004, this Article had been carefully considered by a Working Group under the direction of Mrs Borrás. He stated that there were no working documents on this Article. He then opened the floor on Article 22, paragraph 1.

Article 22 Non-unified legal system

Mr Inoue (Japan) said that he wished to seek clarification with respect to the titles of Articles 22 and 25. He observed that the titles to the two Articles were the same. He felt that this was inappropriate.

He noted that in Article 22(1) *a)* the term "relevant territorial unit" is used. He thought that the term "relevant territorial unit" should be referred to in Article 25. He said that otherwise this would lead to the situation where a judgment rendered in a Japanese court may not be recognised or enforced by a "relevant territorial unit", but that Japan would have to recognise and enforce a judgment of that "relevant territorial unit". He wished to confirm that this was not the intention of the Convention. He thought that a "relevant territorial unit" outside the Convention should not be referred to in Article 22(1) *a)*.

The Chair expressed the view that this was the natural consequence of Article 25.

Mr Inoue (Japan) asked the Chair if he meant that the "relevant territorial unit" that is outside the Convention is outside the Convention for all purposes.

The Chair confirmed that this was indeed his feeling.

Mrs Sabo (Canada) said that with respect to Canada, Canada would declare whether the Convention applies to a given "relevant territorial unit". She said that if such a declaration was not made then the Convention would not apply to that "relevant territorial unit".

The Chair stated that the view expressed by the delegation of Canada confirmed the understanding of the provision. Noting that there were no other comments on this Article he stated that Article 22(1) was adopted.

The Chair introduced paragraph 2. He noted that there was no proposal made on this provision and the floor had not been requested. He concluded that the paragraph was adopted.

He then opened the floor on paragraph 3.

Mrs Haines (United States of America) said that she had a short observation to make in relation to Article 22. She said that the term "Contracting State" in Article 22 was only intended to refer to sovereign States, and was not intended to include a Regional Economic Integration Organisation. However, the references to "State" in Article 22, paragraph 1, sub-paragraphs *a), b), c)* and *d)* were meant to have the same meaning as in other provisions of the text and where used, this term was meant to extend beyond sovereign States of Regional Economic Integration Organisations. She commented that this was perhaps something to deal with when addressing Article 26.

The Chair said that he noted Mrs Haines' comments. He thought that the point was relevant to Article 26, and possibly other provisions.

He stated that paragraph 3 was adopted. He then confirmed that the whole of Article 22 was adopted.

The Secretary General, referring to the intervention of the delegation of Japan, observed that the titles of Articles 22 and 25 were indeed the same. He suggested that something could possibly be done about this. He said that in the *Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary* the term "multi-unit State" is used. He said that perhaps the possibility of using this term had already been considered by the Drafting Committee.

The Chairman of the Drafting Committee explained that Article 22 was the product of a Working Group of the Special Commission. He said that the Article had never been looked at by the Drafting Committee. He was of the view that something could be done about this.

Mrs Borrás (Spain) stated that this issue had been discussed in the Working Group. She said that this was the title that had always been used, except in the *Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*. She explained that the term "non-unified legal system" includes all kinds of non-unified legal systems, not just one kind, which is the case with the term used in the *Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*.

The Chair stated that the comments of the delegation of Japan were still on the table. He noted that the title for Article 25 is the same as that for Article 22, but that the provisions appear in different chapters. He stated that this was something that could be sent to the Drafting Committee.

Mrs Sabo (Canada) wished to note that the provisions appear in two different chapters, and therefore she did not see any difficulty with the titles. However, she added that an objective of the Convention is clarity, in order to assist with this she thought that a solution might be to consider that Article 22 deals with interpretations and Article 25 with the application of the Convention.

The Chair replied that he was not sure that this was the approach to take. He felt that this route may complicate things as it may touch the substance of the provisions.

Mrs Haines (United States of America) suggested calling Article 25 the "territorial clause".

The Chair responded that as sometimes "territory" means "unit", this would not be appropriate.

Mrs Sabo (Canada) said that the term "territorial clause" is not generally used any more. She thought that this issue should be left for the Drafting Committee.

Article 25 Non-unified legal system

The Chair opened the floor on Article 25. He stated that no proposal had been made.

Mrs Sabo (Canada) said that she had no written proposal on this provision, but that she wished to note that there was no provision for the coming into effect of the Convention for subsequent declarations. She said that this was perhaps a matter to be left to the Drafting Committee in relation to Article 29.

The Chair thanked Mrs Sabo for her comments and asked if she was in fact referring to Working Document No 70 (a proposal of the delegations of Canada and China).

Mrs Sabo (Canada) replied that Working Document No 70 did not address this point, but that it was addressed by Article 29 as drafted by the Permanent Bureau in Working Document No 72. She wished to make sure that this provision applies to Article 25.

The Chair confirmed that this matter would be sent to the Drafting Committee. He stated that Article 25 was adopted.

Article 24 Signature, ratification, acceptance, approval or accession

The Chair then moved on to Article 24, which deals with signature, ratification, acceptance, approval or accession. He stated that there was no working document on this Article, and no proposals. He noted that the floor was not requested and so declared the Article adopted.

Article 23 Relationship with other international instruments

The Chair stated that Article 23 would be considered next. He commented that the Working Group had worked very hard on this matter and on producing Working Document No 78. He noted that Working Document No 78 also contained proposals in relation to Article 22, and these would be taken up later. He invited the Chairman of the Working Group to take the floor and explain the provision as drafted in Working Document No 78.

Mr Goddard (New Zealand) informed the Commission that the Working Group had faced a challenging task, which included technical and political challenges. He said that the discussion on this provision had a long history. He said that although the discussions had been long and challenging the Group had done extraordinarily well in reaching a consensus. He said that the proposal made came with significant reservations, and no one considered it to be the perfect text in all respects, but that it reflected a compromise. He said that the participants in the Group had no objection to this compromise being presented to the Plenary as such (with the exception of the delegation of the Russian Federation). He said that he was grateful for the flexibility shown by the Group.

Mr Goddard explained that the Working Group had tried to simplify the provision as much as possible. It had tried to only say what was necessary, and not to repeat chunks of public international law. He explained that the main rule was that the Convention applies unless it expresses otherwise.

He said that it was common ground that the Convention was expected to complement other treaties. He said that many treaties contain no provisions on recognition and enforcement, and that this Convention would complement those treaties. He noted that other conventions do contain such provisions, but that in most cases there is no inconsistency between the conventions, either at all or at least in the vast majority of cases. He explained that this provision was concerned with those cases where there is an inconsistency and that it provides a series of "give way" rules to deal with these circumstances.

Mr Goddard explained the basic structure of the proposed Article 23:

1. Three self-contained "give way" rules in respect of treaties. These rules have avoided using the "exceptions to exceptions" that were seen in earlier drafts;

2. One interpretation rule; and

3. One "give way" rule in respect of rules of Regional Economic Integration Organisations. (He noted that Work. Doc. No 65 had not yet been discussed by the Plenary, hence the term "International Organisation" may also be a possible term to be used in this paragraph.)

In relation to the treaty-related "give way" rules, Mr Goddard explained that the rules addressed three different situations:

i) where there is a case that is purely internal to the other treaty;

ii) where there are pre-existing treaties; and

iii) how to deal with recognition and enforcement regimes.

1. The three "give way" rules in respect of treaties

i) Where there is a case that is purely internal to the other treaty (paragraph 1)

Mr Goddard explained that a case is purely internal to another treaty where no party to the proceedings is resident in a Contracting State that is not a Party to the other treaty. In this circumstance the Convention gives way to the other treaty. This is the case whether that treaty came before or after this Convention. He said that this provision was very important as it allowed for regional arrangements to continue.

He wanted the Commission to note that the only connecting factor in this draft was the residence of the parties. He said that in previous drafts the situation of the chosen court was also a connecting factor. He said that as a result of the definition of "international" in Article 1, it was felt that this connecting factor should be omitted. He said that it was not thought that the State of the chosen court would have a sufficiently strong claim to apply the Convention and trump a different treaty.

He said that some concerns were raised in respect of the unlikely event of there being an inconsistency in this arrangement. Although the possibility of complexities with this provision was raised there was no broad consensus to reopen the provision. He noted that one delegation was unhappy with this provision, but that the objections expressed in the Working Group were not insuperable.

ii) Where there are pre-existing treaties (paragraph 2)

Mr Goddard explained that this paragraph ensured that becoming a Party to the Hague Convention will not compromise relations with other States in respect of pre-existing treaties.

He said that there had been a discussion on the time element in this paragraph. The options were to use the time the treaty is adopted, the time it enters into force in general terms, or the date on which it enters into force for that particular State. He stated that the timings chosen were the date the other treaty was concluded and the date this Convention enters into force for the particular State. The provision therefore protects any other existing treaties to which a State may become a Party.

Procès-verbal/Minutes No 21

He gave as an example Australia joining the Hague Convention and later joining the Lugano Convention. In this case, the Hague Convention would give way to the Lugano Convention in relation to Australia in the same way as it would for States that were Parties to the Lugano Convention before joining this Convention. He said that it was thought that this result would ease the complexity of the provision, as there would be no magic to joining conventions in a particular order.

Mr Goddard explained that sentence 2 of paragraph 2 addressed the issue of treaties that are revised or replaced. He said that this provision protects inconsistencies that are carried forward by a replacement treaty, although new inconsistencies are not protected in the same manner. This was considered acceptable as the "give way" rules only apply if there is an inconsistency in relation to a non-Contracting State. Contracting States have agreed to apply the Convention, unless the matter is totally internal to another treaty or covered by paragraph 3.

iii) How to deal with recognition and enforcement regimes (paragraph 3)

Mr Goddard explained that the Convention does not prevent use of a regional regime as a default regime if it is simpler, faster and more effective. He thought that this was consistent with the idea of regional efficiency. He stated that regional regimes for recognition and enforcement can be applied provided that the judgment is not recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.

Mr Goddard stated that it was difficult to reach a single view on paragraphs 2 and 3. In respect of paragraph 3, some participants of the Working Group wanted to delete the whole paragraph, some the last sentence, and some participants wanted something in between. He explained that the result achieved is a balance that all members of the group were able to accept, with one exception.

2. The interpretation rule (paragraph 4)

Mr Goddard explained that this rule concerns treaties on specific subject matters. He said that the first three paragraphs already apply to such treaties in some way (paragraph 1 where the case is purely internal to the specific subject matter treaty, paragraph 2 where the specific subject matter treaty is pre-existing, and paragraph 3 where the specific subject matter treaty has a recognition and enforcement regime). He explained that the Working Group could not reach a final view on how to deal with future treaties on specific subject matters. Paragraph 4 therefore requires courts to interpret the conventions so as to be compatible to the greatest extent. It was decided to have this interpretation provision rather than a rule that sets out what would happen in the case of inconsistencies. The Working Group did not reach a view on what would happen in the rare cases where an inconsistency arises. It was thought that this would be left for the Contracting State to deal with using public international law.

Mr Goddard noted that there was a typing error in the third line of paragraph 3. It should read "(...) recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State that is also a (...)".

3. "Give way" rule in respect of rules of Regional Economic Integration Organisations (paragraph 5)

Mr Goddard explained that this paragraph parallels the rules in paragraphs 1 and 3 for Regional Economic Integration Organisations. He noted that there was no need for a parallel of paragraph 2 in this respect.

He said that Article 23(5) *a)* provides that where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the Regional Economic Integration Organisation then the Regional Economic Integration Organisation applies its internal rules.

He explained that Article 23(5) *b)* concerns the recognition and enforcement of judgments as between Member States of the Regional Economic Integration Organisation. The Brussels Regulation (European Council Regulation 44/2001) was what the Working Group had in mind when drafting this provision. This provision provides that it is essentially a matter of internal enforcement. Mr Goddard made an analogy with the internal enforcement regimes in States such as the United States of America or Canada. The provision does not tell such States how to go about recognising or enforcing judgments within the country, in the same way it does not tell a Regional Economic Integration Organisation how to do this.

The Chair thanked Mr Goddard for his explanation, saying that the Commission understood the importance of the Article and the quality of thought put into it.

Mr Matveev (Russian Federation) said that it had been a pleasure to take part in the Working Group and that it had resulted in a fruitful discussion, although the Group was faced with a very difficult task.

Mr Matveev said that the Russian Federation was the State which was not totally happy with the outcome, referred to by Mr Goddard. He explained that this was because this issue was a matter of policy for the Russian Federation, it being a matter of fundamental national interest. He said that the regional arrangements in which the Russian Federation participates come before the rest of the world and the Hague Convention. He said that he considered the Convention to be the most universal arrangement in which the Russian Federation would one day participate, but that it should defer to regional arrangements.

He said that he was happy that the Commission now seemed to understand the *Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters* (signed at Minsk in 1993 and referred to as the "Minsk Convention") and the Kiev Agreement. He hoped that the Commission would now understand the importance of these instruments for the Russian Federation. He said that the Minsk Convention had created a legal reality which is a *prima facie* commitment of the Russian Federation. He said that it was necessary that his State remained faithful to those obligations. He explained that it is because of this that he has always wanted to insert a general rule on compatibility into the Convention. He said that the solution needed was very simple, and that he would circulate again what he required.

He proposed a basic rule that stipulates that other treaties, of a regional, sub-regional, or trans-regional nature (whether pre-existing or future), shall not be considered as incompatible with this Convention. He thought that it was not sufficient to have rules applicable only at the bottom level, it was necessary to also have a general rule. He said that his proposal was simple in nature, it just required that it be specified that the Convention will be subject to other agreements. He said that in terms of relationships beyond these regional agreements the Convention would apply. He was not trying to limit the obligations of other Hague States. However, in his view if the relationship is within the area of the Minsk Convention, then the Minsk Convention should apply. He said that a general rule of compatibility was essential for his delegation.

Mr Matveev then referred to the results of the Working Group. He said that the Group had looked at how the Convention would be applied by one State, but he said it was necessary to think about conventions being between States. He said that if all States are Parties to both treaties then the other treaty prevails. He said that following discussion with his colleagues he did not think that anyone opposed that general rule. He said that he could not agree a specific rule without a general rule.

He stated that following his political instructions, it was a priority for his delegation that safeguards for the Minsk Convention were provided for. He said that he would have to insist on a general rule being inserted in the Convention.

The Chair commented that he had not had the benefit of the exchanges in the Working Group. He stated that the Minsk Convention is a pre-existing Convention, in light of this he asked the delegation of the Russian Federation to what extent it had a problem with the draft of the Working Group. He was of the view that paragraphs 1 and 2 would protect a pre-existing convention, and that this would cover the Minsk Convention. He asked if the result of paragraphs 1 and 2 was different to that which he proposed.

Mr Matveev (Russian Federation) agreed that the Minsk Convention is a pre-existing convention, but that the *Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters* (signed at Kishinev on 7 October 2002 and referred to as the "Kishinev Convention") would replace the Minsk Convention for those States that ratify it. He informed the Commission that three States had already ratified the Kishinev Convention. He explained that the result of this might be that that Convention could be a future convention for the purposes of this Convention. Mr Matveev also informed the Commission that the Russian Federation has a multitude of other instruments with similar problems; he said that there were at least 70 treaties of this kind. He said that these future treaties would be as essential to the Russian Federation as the existing ones. He thought that it should not be forgotten that the Russian Federation was facing the process of integration. The Russian Federation would therefore require guarantees for future agreements. He felt that the draft text did not even provide guarantees for the Minsk Convention. He said that in the absence of a general rule he considered that this provision only provided partial solutions.

He reiterated that this issue remained a very serious concern for the delegation of the Russian Federation.

The Chair stated that the floor would be given back to the delegation of the Russian Federation once the other delegates had had the opportunity to read Working Document No 81.

Mr Goddard (New Zealand) said that he wished to offer as high a degree of comfort as he could that the Minsk Convention and other existing instruments would receive a high, and hopefully appropriate, level of protection. He wished the Commission to note the cumulative nature of Article 23 in this respect. He stated that this Convention does not affect other treaties as long as one falls within one of the "give way" rules.

He said that usually there would be no inconsistency, but that Article 23 provided rules for the small number of cases where there would be an inconsistency. Paragraph 1 provided that if all parties are resident in a Hague State that is also a Minsk State or in a State which is not a Party to the Hague Convention, then the Minsk Convention would prevail. Where this is not the case, for example, when a party is resident in a Hague State that is not also a Party to the Minsk Convention, such as Australia, then paragraph 1 would not apply. One would then look at paragraph 2 and ask if the Minsk Convention was concluded before entry into force of the Hague Convention for the relevant State. It would be, and this would be the case even if the Minsk Convention is replaced by the Kishinev Convention (the new instrument replacing the old one changes nothing). One would then ask if there were any inconsistencies, if the interests of non-Contracting States are implicated in any way then the Hague Convention will not be applied, despite the involvement of the Australian party.

Mr Goddard said that almost every case would be covered by paragraphs 1 and 2. Mr Goddard explained that if a party is resident in Australia (Party to the Hague Convention) and application of the Hague Convention would not compromise the Russian Federation's obligations to States that are not Parties to the Hague Convention, but Parties to the Minsk Convention, then the Hague Convention will prevail. He pointed out that there might be an inconsistency between obligations to another State Party to the Minsk Convention and also to the Hague Convention, but the only States that this affects have agreed to the Hague Convention applying in such a case by virtue of being a Party to the Hague Convention. As a result, in this respect there is no problem of public international law.

He said that the only time where the Hague Convention will prevail is if the Minsk Convention would provide for recognition or enforcement to a lesser extent than the Hague Convention. In this case the Hague Convention would prevail to the extent that it provides for recognition and enforcement to a greater extent. He said that this was the only time when this Convention would prevail.

He stated that the Working Group had hoped that this provision would accommodate all the concerns raised. He said that the Group had gone as far as they could go in achieving that aim.

Mr Bennett (Australia) said that he wished to make two points.

Firstly, the new convention mentioned by the delegation of the Russian Federation had already been concluded and so the first sentence of paragraph 2 would apply. Therefore, when the Russian Federation ratifies the Hague Convention, the Kishinev Convention would have priority over this Convention.

Secondly, Mr Bennett was of the view that Article 23(2) largely covers all the problems of public international law that the delegation of the Russian Federation had mentioned. He said that the idea of the paragraph related back to the idea in the Drafting Committee text of Article 23. He said that in the meeting of April 2005 the delegation of the Russian Federation had highlighted the problems with the text and that the Drafting Committee, and then this Working Group had tried to address these problems. He thought that these problems were solved if paragraph 2 was read in a correct and open minded way.

The Chair asked the delegation of the Russian Federation if it was of the view that this provision was not sufficient for present and future conventions.

Mr Matveev (Russian Federation) confirmed that the Chair had just stated his delegation's position. He said that all possible solutions should be covered. He said that paragraph 2 clearly stated that in the case of an inconsistency the Hague Convention would apply. He said that such a result would mean that the Russian Federation could not join the Hague Convention because it would mean that the Russian Fede-

Procès-verbal/Minutes No 21

ration could not apply the Minsk Convention. He said that it was a matter of national interest that the Minsk Convention should remain a priority. He informed the Commission that the Russian Federation would not join a convention that required that in some cases the Minsk Convention will not apply. He said that the principle of *pacta sunt servanda* applies. He explained that paragraph 2 meant that the Russian Federation should not honour its obligations within the Minsk framework. In the case of conflict he thought that the Minsk Convention should apply, he said that this was a necessity for his delegation, and that it should appear as a general rule, although he could not see many instances where there would be a conflict. He stated that this proposal would prevent the Russian Federation from joining the Hague Convention.

The Chair suggested taking a closer look at the provision as proposed and to take the Minsk Convention as an example of another treaty. He said that according to paragraph 2, sentence 1, the Minsk Convention would prevail. Sentence 2 also allowed for the Minsk Convention (or its replacement/revision) to prevail, although the Chair acknowledged that the exception in that sentence was a restriction on the application of the Hague Convention. He said that in the case covered by the last part of sentence 2 (where the revision created new inconsistencies) the Minsk Convention would step back. He asked the delegation of the Russian Federation if they did not want to accept that exception. He asked if, apart from that exception, it was correct that the Minsk Convention was protected.

Mr Matveev (Russian Federation) said that paragraph 2 only applies in relation to existing treaties.

The Chair stated that the Minsk Convention is protected by paragraph 2 (except for subsequent inconsistencies arising on a revision of the convention). He asked if that was the correct interpretation of paragraph 2.

He also noted that Mr Matveev had said that the Russian Federation would have new treaties coming into force and that it sought protection for these conventions as well.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) wished to put a question to the delegation of the Russian Federation which he hoped would help the Commission understand the extent of that delegation's problem. He asked whether the delegation of the Russian Federation would still have a problem if all the States Parties to the Minsk Convention accede to the Hague Convention tomorrow, at the same time.

Mr Matveev (Russian Federation) responded that the Minsk Convention should prevail as it is an instrument with more depth and precise rules, including rules on exclusive jurisdiction, than the Hague Convention. He explained that the Minsk Convention was of such importance that even if all Minsk States join the Hague Convention the relationship between those States should still be governed by the Minsk Convention. He acknowledged that this would be contrary to the rules of public international law, and that was why he was demanding this general rule (that previous conventions prevail) be in the Convention.

Mr Musger (Austria) asked whether this result was not achieved by Article 23(1) for internal Minsk cases. He said that this Convention shall not affect the application of the Minsk Convention in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, in cases where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Party to the Minsk Convention.

He said that if one party in the case is resident in a Hague State that is not a Minsk State then the Hague Convention would prevail, but this is not a regional situation. He explained that if the Russian Federation and the Ukraine were both Parties to the Hague Convention and also the Minsk Convention, then the Minsk Convention would apply under paragraph 1. However, if only one party was resident in a Minsk State, and the other was, for example, resident in New Zealand (a Hague State), then the Hague Convention would apply in case of a conflict, as the situation is not purely internal to the Minsk Convention.

Mr Goddard (New Zealand) commented that the Delegate of Austria had said almost all that he was going to say. He stated that in a purely internal case the regional instrument will apply, regardless of when it was entered into. He explained that only where the interests of a State outside that regional treaty are concerned will the Hague Convention apply, but even in this case the other "give way" rules are applicable.

Mr Goddard noted that the answer to the question of Mr Tenreiro tended to suggest that this was not a public international law issue. In addition, he stated that no one in the Working Group thought that Article 23 was not respecting the principle of *pacta sunt servanda*. He explained that only where every State Party to the instrument is a Party to the Hague Convention and those States have decided to apply this regime, will this regime apply. The result is that the Minsk Convention will never not be applied when the other State has not already consented to the Hague Convention.

Mr Malynovsky (Ukraine) said that he understood the points made by the other delegations. He said that the participation of the Ukraine in the Hague Convention could result in a breach of obligations in its multilateral and bilateral treaties. He wished to draw attention to the first sentence of paragraph 1. He thought that maybe it would be better to put this rule as paragraph 1, in order for there to be a clear understanding that this is the general rule.

He said that he was ready to accept the new wording of Article 23, although given that the text had only been circulated 30 minutes previously he wished to reserve the right to consider this proposal further.

The Chair stated that he understood these comments but that the Commission was working to a deadline. He said that he had the feeling that the ideas behind these paragraphs had to be further elaborated.

He noted that delegations had said that regional instruments must be preserved. He wished to respond by saying that the Hague Convention is a global Convention. Regional instruments deal with regional situations; if both parties are resident in a region then the regional instrument prevails. However, when a State is a Party to the Hague Convention a step is made towards a global system with different rules. If this step is made, the question is asked when this global instrument should prevail. The Chair thought that the answer was that the global instrument prevails when the situation is not solely regional (*i.e.*, when one party in the case is from outside the region). He said that this was an idea that made sense; once one party is outside the region it would be inconsistent to say that the regional instrument should prevail.

He said that he understood that the part of the clause that causes a problem for the delegation of the Russian Federation is the last line of paragraph 2.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said that the Chair had put the question in clear terms, and that paragraph 5 addressed this issue. He said that he was ready to allow the Hague Convention to prevail where the situation is not clearly regional. He said that if this were not the case then

there would be little purpose in having an international treaty. He said it would be a similar situation if a State were able to say that it would not apply the Convention if one of the parties was in that State. He thought that there was a parallel between national law and regional law. He said that the whole point of the Convention was that national law should not apply in an international case.

Mr Tenreiro said that this should be reflected upon, and perhaps the Explanatory Report could help with this. He suggested that there was possibly a problem with the criteria chosen (that of residence), although he did not think that an alternative should be looked for. He said again that the Explanatory Report could be of assistance, and that this solution may also assist the delegation of the Russian Federation.

He noted that the paragraph 1 disconnection clause (and also Article 23(5) *a)*) refers to residence. The provision does not, however, say that when all parties are resident in a region, the regional instrument prevails. He was of the view that to say this would go too far, as it would result in sometimes excluding cases that were international from the Convention.

Mr Tenreiro explained that sometimes parties can be artificially resident in a State (as a result of the definition adopted in Article 4). He explained that a company could do all its business in Europe, and have in its contracts a choice of court clause relating to that business in Europe. The company could, however, be incorporated offshore. In such a case the Hague Convention would prevail, even though in reality the case is purely internal. He expressed the hope that the Explanatory Report could help with this. He suggested that the criteria could be applied with flexibility to exclude these types of cases. He said that he also had concerns regarding Article 1(2), he did not propose a change in the text, but again the help of the Explanatory Report.

Mr Tenreiro stated that he thought that the policy of Article 23(1) and (2) was correct. He said that he was willing to accept this policy in relation to European Community instruments. He was, in general, willing to endorse this Article. His one concern related to agreements on specific subject matters. He said that paragraph 4 could be a kind of compromise, but that it did not give the European Community enough comfort. He said that the provision originated from Article 23(5) of the Drafting Committee's proposal in Working Document No 1. He explained that such a rule that all instruments on a specific subject matter will prevail, had been lived with in the European Community and had worked well. He said that he understood that some States have a problem with such a provision, and with the use of the word "instrument", and he understood these concerns. As a result he was prepared to accept that the Article be limited to treaties. He acknowledged that there remained concerns that such treaties might disrupt the operation of the Hague Convention, but he was not of the view that States concluding such treaties would have this aim. However, he said that he realised that there may be rules in treaties on specific subject matters that are not compatible with the Hague Convention and may override it. He suggested that some language or a compromise solution be worked on to reflect the concerns that a convention on a specific subject matter might disrupt the Hague Convention. He suggested that an Article 20 declaration solution could be used if another solution cannot be found in the text of the Convention. He said that he was confident that a compromise could be achieved, considering that from his point of view a solution was close.

The Chair was pleased to hear that a solution was close. He said that the possibility of a declaration in the style of Article 20 would mean that the Convention is applicable but that States can opt out. He said that when looking at paragraph 4, one was required to look at the way the conventions could be compatible; it had been too much for the Working Group to decide which convention should prevail.

Mr Wagner (Germany) said that he supported the policy behind paragraph 1. However, he felt that when talking about the Minsk Convention it was not enough to only consider the situation of one of the parties being resident in a Minsk State and the other being in a State to which no regional instrument applies. He thought that one must also think about the situation where one of the parties is resident in a Minsk State and the other in a State where another regional instrument applies. He said that where there are two competing regional instruments, the only solution would be to apply the Hague Convention.

Mr Markus (Switzerland) said that he shared the concerns of the European Community with respect to the solution reached by the Working Group on instruments on specific subject matters. He recognised that paragraph 4 was already a sort of compromise. He thought that the clause does a good job (echoing a rule contained in the *Vienna Convention on the Law of Treaties*), but that it did not provide a solution to the case where there is a real incompatibility between the Hague Convention and a future convention on a specific subject matter. He said that although he was fully behind the principle of party autonomy, he was not sure if States' hands should be bound. He expressed a wish to be active (with the European Community and other interested delegations) to find a compromise on this issue.

Ms Davies (Australia) said that most points had been made, but that there were two additional points she wished to make. Firstly, she said that she did not disagree with the statements made about paragraphs 1 and 2 and their application to regional instruments, but that she wished to state that these paragraphs were not confined to regional instruments. She did not want the record to reflect an assumption that these provisions only apply to regional instruments. Secondly, she said that the Australian delegation shared the concerns expressed in relation to binding States' hands. She added that large steps towards reaching a compromise had been taken.

The Chair proposed that the Working Group meet the following morning to discuss the problem concerning the Minsk Convention. He added that the delegation of the Russian Federation must understand that it cannot reserve the application of the Minsk Convention on a global level when entering the Hague Convention. In addition, paragraph 4 should be looked at. He expressed the view that this rule was in effect a "no rule" and as such it could be detrimental to the Hague Convention. He said that these matters had to be settled.

The Chair proposed moving on with the schedule and opened the discussion on Article 26. He said that the Commission was aware what the provision was about. He noted that Working Document No 65 proposed to replace the term "Regional Economic Integration Organisation" with the term "International Organisation" in this Article.

Mr Kosorukov (Russian Federation) said that the delegation of the Russian Federation believed that the term "Regional Economic Integration Organisation" did not reflect its intended meaning. He proposed to replace that term with the term "International Organisation". He explained that the Eurasian Economic Community Integration Committee could be taken as an example of an international organisation that had sufficient competence to join the Convention but that could not be considered as a Regional Economic Integration Organisation. He said that that organisation is not regional and covers areas such as law and scientific research. He then said that many

Procès-verbal/Minutes No 21

other international organisations that could not be characterised as Regional Economic Integration Organisations might have, now or in the future, sufficient competence to join the Convention and that one should not prevent them from doing so.

He stated that use of this term was not a new development and that the term "International Organisation" was now widely used. He remarked that this was the case, for example, in the *UN Convention on the Law of the Sea*, a Convention which the European Community has joined. He then explained that even where the term "Regional Economic Integration Organisation" was used in other international instruments, reference is not made to the organisation's regional character or to economic integration. He said that the main criteria, generally, are the intergovernmental character of the organisation and the transfer of competences.

The Chair asked the delegation of the Russian Federation if it could give one concrete example of an organisation that had competence over the matters that were covered by the Convention and would not comply with the requirement of being a Regional Economic Integration Organisation.

Mr Kosorukov (Russian Federation) said that he did not believe that the Conference should confine itself to existing organisations, but that account should be taken of future organisations. He noted that the evolution the Hague Conference itself had known in the past years was proof of international organisations growing and changing.

He then explained that the Eurasian Economic Community Integration Committee had competence in the field of legal integration and co-ordination of foreign policy and that its supreme body, namely the legal council, had the power to issue rules that bound Member States. He also noted that it already had committed to expand its competence to judicial co-operation as its active participation in the works of the Hague Conference demonstrated. He said that for all these reasons he thought that the Eurasian Economic Community Integration Committee could certainly be considered as an example of an international organisation that would have the potential to join the Convention.

The Chair said that from what he had understood from the explanations given by the delegation of the Russian Federation, the Eurasian Economic Community Integration Committee was an organisation that had competence in economic matters and worked for greater integration. He said that he would, in addition, add that it was of a regional nature. That organisation would, therefore, be considered to be a Regional Economic Integration Organisation.

Mr Kosorukov (Russian Federation) said that the Eurasian Economic Community Integration Committee was a trans-regional organisation. He added that one should also take into account the fact that sub-regional organisations should also be able to join the Convention. He stated that where the term "Regional Economic Integration Organisation" was used in an international instrument, reference is never made to economic integration, and often not to regionality either.

Mr Kovar (United States of America) said that his delegation was not prepared to go along with the proposal of the delegation of the Russian Federation (Work. Doc. No 65). He remarked that the term "Regional Economic Integration Organisation" was the most widely accepted and used term in international treaties. He noted that it would enable the European Community to join the Convention without preventing any other eligible international organisation from doing so. He explained that the Hague Conference had used the term "Regional Economic Integration Organisation" in the past and that he did not think that this was the right place to come up with new terms. He also noted that the *UN Convention on the Law of the Sea* was a rather old convention with strict rules on the participation of international organisations.

He then said that the use of the term "Regional Economic Integration Organisation" would not preclude an eligible international organisation from joining the Convention. He remarked that the Convention required important transfers of competence for an international organisation to be able to join the Convention. He also noted that it was not enough for an international organisation to be able to make binding decisions upon its Member States to be eligible to join the Convention. He said that the United Nations had such a power but that it could hardly be considered to be a Regional Economic Integration Organisation.

Finally, he explained that with regard to the criterion of regionalism the position of his delegation was not dogmatic. He said that a sub-regional or trans-regional character of an organisation should not prevent it from being considered as a Regional Economic Integration Organisation.

Mr Beaumont (United Kingdom) said that in his view the last point of the intervention of the delegation of the United States of America was a very important statement. He explained that it was crucial that it should be clear that the notion of Regional Economic Integration Organisation had to be interpreted in a broad sense, in order to cover trans-regional and sub-regional organisations. He hoped that this consensus could be recorded.

The Chair said that the notion had been used in the *Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*. He also noted that the definition of a Regional Economic Integration Organisation given in the Convention did not refer either to the regional character of the organisation, nor to the notion of economic integration and that this had been done intentionally in order to leave room for a wide interpretation.

He then explained that the meaning of this term is not determined by the law applicable to the particular organisation. He said that it was not decisive that the organisation does not consider itself to be a Regional Economic Integration Organisation. He explained that what was decisive was that the organisation satisfies the requirements for joining the Convention. He said that it was an autonomous concept that is flexible in its application. He said that the term should not be thought to only refer to organisations such as the European Community.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that the Eurasian Economic Community Integration Committee did not consider itself to be a Regional Economic Integration Organisation. He said that the delegation of the Russian Federation had a political commitment to support the Eurasian Economic Community Integration Committee. He also noted that it was odd that an organisation had to present itself as a Regional Economic Integration Organisation in order to join instruments developed by an institution such as the Hague Conference, an organisation to develop private international law.

He remarked that in the *Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary* the term "Regional Economic Integration Organisation" did not coincide with the definition that was given to it. He noted that that Convention was rather recent and that he thought that the term "Regional Economic Integration Organisation" should not make its way into another Hague Convention.

The Chair said that Article 18 in the *Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary* did not contain a definition of the term "Regional Economic Integration Organisation". He explained that there was, therefore, no inconsistency between the use of the term and its definition. He then said that in his view the concern of the delegation of the Russian Federation was met since the term had an autonomous meaning and would be broadly interpreted.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said that his delegation wanted to support the last comments made by the Chair. He suggested that this could be stated in the Report.

The Chair asked if any delegation wanted to support the proposal of the delegation of the Russian Federation (Work. Doc. No 65). He noted that no support had been expressed and said that the proposal was not carried on. He added that the Explanatory Report would reflect this discussion. He then moved on to Article 26.

Mr Goddard (New Zealand) said that the Articles 23 and 26 Working Group had to deal with three different working documents, namely Working Document No 1, Working Document No 54 and Working Document No 62. He explained that the main difference between Working Document No 1 and Working Document No 78 was that the latter suggested to divide Article 26 into two parts: Article 26 and Article 26 *bis*. He stated that Article 26 *bis* addressed the situation where only the Regional Economic Integration Organisation becomes a Party to the Convention because it exercised competence over all matters covered by the Convention. He then said that in respect of Working Documents Nos 54 and 62, a consensus could easily be reached since both working documents were very similar. He noted that Working Document No 78 only made minor drafting changes to these proposals. He said that the form was similar to that used in the *Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary* and that it would not be helpful to go through it in depth.

The Chair said that he wished to address Working Document No 82 now. He noted that the issue raised in this proposal of the delegation of China had been discussed already during the last meeting of Commission I.

Mr Duan (China) said that the proposal of his delegation only suggested a technical change and did not want to alter the substance of the Article. He explained that the Convention intended to lay out provisions in the field of choice of court agreements and that he therefore considered that only Regional Economic Integration Organisations constituted solely by sovereign States could have a role to play in this area. He added that he thought that other types of Regional Economic Integration Organisations would not have the competence required.

The Chair said that the question was whether the addition of the word "solely" was really only a technical matter or whether it did change the meaning of the provision.

Mrs Haines (United States of America) said that one issue remained since some provisions should only refer to the Member States of a Regional Economic Integration Organisation, or to Contracting States. She said that it would be useful if a working group could have a look at which articles this problem may be relevant to.

The Chair said that the Articles 23 and 26 Working Group would do so if it had enough time. He noted that a similar problem existed in Article 22 and would also be looked at.

Mrs Ferreira (China) said that at this stage her delegation strongly opposed any introduction of new terms.

The Chair said that the Articles 23 and 26 Working Group could have a look at this issue but that it would need a concrete proposal.

Mr Ibrahim (Egypt) said that his delegation would like the minutes to make a reference to the extensive discussion that had taken place on this issue during the last meeting of Commission I.

The Chair agreed that this would be the case.

Mr Goddard (New Zealand) expressed concern that issues on which consensus had been reached were being opened up again in the Plenary by participants of the Working Group. He said that the Working Group could not work effectively if this was done and he hoped that this would not be the case after the next meeting of the Working Group.

The Chair welcomed this statement.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) wondered whether, with regard to the inclusion of the word "solely", such a strict parallel with the definition of the term "Regional Economic Integration Organisation", as suggested by the delegation of China during the discussion of the amendment of the Statute of the Hague Conference, was really needed in the Convention. He noted that the term "Regional Economic Integration Organisation" in the *Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary* had been copied from other international instruments using the same term. He remarked that as far as he could remember this issue had not been raised by the delegation of China during the negotiations on that Convention. Finally he stated that he could support the inclusion of the word "solely" in the Statute but not in the Convention, notably because it would affect the coherence between the Convention and other international treaties.

The Chair asked the delegation of China if once again it could show the same great flexibility and understanding that it had shown in the past and accept that the word "solely" not be added to this Article.

Mr Duan (China) said that his delegation was not the one that had raised the issue of Regional Economic Integration Organisations. He noted that since it had been decided that the term would be in the Convention, it was a matter of concern for the delegation of China and it needed time to consider whether it could accept that the word "solely" not be included.

The Chair said that the term "Regional Economic Integration Organisation" in the Convention had been picked from the *Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*. He remarked that this had been the case in order to maintain the coherence between the various Hague Conventions. He added that the wording in the Statute was another issue, but that using a different definition of the term "Regional Economic Integration Organisation" in the Convention would be a source of confusion especially since the latter had to be used by practitioners. He then asked the delegation of China if it still wanted to maintain its proposal.

Mr Duan (China) answered that this was the case.

The Chair asked if there was any support for adopting the proposal contained in Working Document No 82. He noted

that this was not the case and stated that it was therefore not retained.

Ms Schulz (First Secretary) explained that a document entitled "Working Draft on Articles 1 to 21 *bis*" (Work. Doc. No 84) had been distributed to the delegations. She said that this was not yet a proposal of the Drafting Committee but that it had thought that it might be useful if the delegations had the opportunity to look at a provisional draft overnight.

The Chairman of the Drafting Committee explained that the proposals contained in Working Document No 79 (of the Working Group of Mr Beaumont) had not been incorporated in the draft circulated, as they had not yet been discussed by Commission II.

The Chair said that the Articles 23 and 26 Working Group would meet the following morning at 8.00 a.m. before the meeting of Commission II.

The meeting closed at 6.15 p.m.

Procès-verbal No 22

Minutes No 22

Séance du mercredi 29 juin 2005 (matin)

Meeting of Wednesday 29 June 2005 (morning)

La séance est ouverte à 11 h 25 sous la présidence de M. Bucher (Suisse), les co-Rapporteurs étant MM. Dogauchi (Japon) et Hartley (Royaume-Uni).

The Chair addressed the warmest thanks of the Commission to the Dutch Government, in particular to Mr Donner, Minister of Justice, for the very enjoyable dinner held the evening before at the Madurodam Museum. This event had been a wonderful opportunity to rest a little from the task at hand.

Noting the late hour of that morning session, he thanked the delegates for their patience. It had been very useful before dealing with the last phase of the first reading.

Le Président indique que le Comité de rédaction a besoin de renfort pour sa section francophone. À cette fin, il annonce que M. Nicolas Castell rejoindra le Comité pour la dernière phase de ses travaux. Il remercie M. Castell de s'être mis à la disposition du Comité aussi rapidement.

Le Président propose de poursuivre la première lecture du texte de la Convention. Il note qu'un document de travail émanant du Groupe de travail relatif aux articles 23 et 26 est en cours de distribution. Outre les articles 23 et 26, ce Groupe de travail avait également pour mandat de traiter des points laissés en suspens concernant le transport de passagers et marchandises, les questions maritimes et les droits réels immobiliers et baux d'immeubles. Il propose de continuer les discussions sur ces dernières matières liées au champ d'application de la Convention en se référant aux Documents de travail Nos 78 puis 80. Il invite à cette fin le Président du Groupe de travail, M. Goddard (Nouvelle-Zélande) à présenter la proposition du Groupe de travail qu'il préside relative au transport.

Article 2(2) f)

M. Goddard (Nouvelle-Zélande) renvoie les délégués à la disposition telle que présentée dans le Document de travail No 1. Celle-ci visait alors les contrats de transports de passagers et marchandises par mer.

He stated that it had been suggested that "by sea" be deleted and issues had risen about the breadth of the exclusion. The proposal of the Working Group was to exclude carriage by all modes of transport. He referred to the transport Conventions that already existed. The other problem related to admiralty. They had worked to refine the exclusion. Without the broader exclusion, some thought that the value of the Convention would be reduced. In the list in Article 2(2) *f)*, some maritime matters had been excluded. There were particular policy concerns. He did not think that he had to add anything and stated that there might be others whom it might be safer to consult.

The Chair noted that although he liked the sea he was not a specialist of maritime law. However, the explanation given by Mr Goddard seemed clear enough.

Article 2(2) *f)* was adopted without any comments.

Article 2(2) f bis*)*

He then referred the delegates to Article 2(2) *f bis*) and drew attention to Working Document No 80 from the delegation of the European Community. He had the feeling that the provision was moving towards perfection.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that they had tried to use wording that was standard in international treaties. That was the purpose of the proposal (Work. Doc. No 80). He stated that the delegation of the European Community could live with the suppression of the words "contracts for the construction and sale of ships concluded by the builder of the ship" if there were a number of concerns with this language for any other delegation. If there were no concerns, it should stay in the text.

The Chair pointed out that if the delegation of the European Community wished to make an additional proposal, they should have done so in a formal manner.

M. Matveev (Fédération de Russie) indique que sa délégation soutient la proposition faite par la Communauté européenne.

Mr Kovar (United States of America) stated that his delegation also supported the deletion of the additional words. They would be delighted if the words "and emergency towage and salvage" could also be deleted. He thought that it was particularly unfortunate when the whole purpose of the law of salvage was to give economic incentives to help ships in need. It would be a shame and inconsistent with the purpose of maritime law if those parties could not, having concluded a choice of court agreement, benefit from the Convention. His

delegation could go along, because they wanted to move on. However, he would regret it.

Ms Dong (China) stated that her delegation insisted on the position on Article 2(2) *f bis)* of Working Document No 80. They were opposed to any further amendments, including that proposed by the Observer for the European Community.

The Chair asked the Delegate of China whether her delegation approved Working Document No 80.

Ms Dong (China) stated that Working Document No 80 was fine. They had not made a compromise.

Mr Sun (China) stated that the positions in Working Documents Nos 78 and 80 were the same and the Chinese delegation could live with it. They were opposed to any further deletion.

The Chair noted that the Chinese delegation approved the proposal in Working Document No 80 since it was a drafting proposal. However, they would accept neither the deletion of the words "contracts for the construction and sale of ships concluded by the builder of the ship" as proposed by the delegation of the European Community, nor the deletion proposed by the delegation of the United States of America.

Ms Holtskog Olebakken (Norway) supported the proposals of the delegations of the European Community and the United States of America.

Mr Inoue (Japan) supported the amendment in Working Document No 80 under the understanding that it included the limitation of the liability of shipowners. On the building, his delegation was flexible. He wondered why it would be excluded, because it was in itself a big industry. The Japanese delegation did not prefer that Working Document, but could live with it.

Mr Nielsen (Denmark) stated that the purpose of Working Document No 80 was to clarify what was in Working Document No 78. There had been no substantive changes intended. He thought that Working Document No 80 used the words of maritime law, but that the substance was the same

The Chair noted that according to the Delegate of Denmark, the difference between Working Documents Nos 78 and 80 was only a matter of proper wording and did not constitute a substantial change. Therefore, that proposal should not create any difficulties. He asked the delegates to state their position as to the additional proposal to delete "contracts for the construction and sale of ships concluded by the builder of the ship".

Ms Davies (Australia) responded to the proposal of the delegation of the United States of America on emergency towage. When the list was proposed her delegation had consulted the experts. They thought that it was essential for it to be included in that list.

The Chair noted that the delegation of Australia wanted to have the matter related to "emergency towage and salvage" excluded from the scope of the Convention.

Mr Goddard (New Zealand) stated that Working Document No 80 was merely a technical improvement to Working Document No 78, which had been drawn up quickly. Regarding the list, many wanted some other matters in the list; others wanted more in the list. That was a compromise. He urged the participants not to disrupt the compromise. He supported Article 2(2) *f bis*).

The Chair pointed out that the Working Group also considered that the declaration system provided for under Article 20 might be a way to resolve the issue.

Mrs van Iterson (The Netherlands) just wanted to point out that there was a difference in substance between Working Documents Nos 78 and 80. In Working Document No 80, after "liability", the word "shipowners" had deliberately been excluded. That would also include servants, agents, *etc.*

The Chair stated that he had also thought that there had been a small difference of substance, but that seemed to have been generally accepted. Accordingly, the correction proposed in Working Document No 80 was adopted.

As to the proposal to delete "contracts for the construction and sale of ships concluded by the builder of the ship", he noted that the Chinese delegation was opposed.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that that was not the proposal of the delegation of the European Community. They had offered the suppression, if there were a number of concerns. China had a concern that the text should stay as it was.

The Chair noted that there was no formal proposal for the deletion of the words "contracts for the construction and sale of ships concluded by the builder of the ship". Therefore the proposal stood as it was in Working Document No 80 and was adopted.

He then referred the delegates to Article 2(2) *i)* and Working Document No 78.

Article 2(2) i)

M. Goddard (Nouvelle-Zélande) précise que le Groupe de travail propose de supprimer les crochets initialement contenus dans le Document de travail No 1 et de conserver la référence aux baux d'immeubles afin de les exclure du champ d'application de la Convention.

Le Président remarque qu'il s'agit d'un compromis classique.

Article 2(2) *i)* was adopted as it stood in Working Document No 78.

Article R

He then referred to Article R as proposed in Working Document No 78 with respect to reciprocal declarations on extensions of scope.

Mr Goddard (New Zealand) stated that, as they spoke, Working Document No 85 was being distributed and it replaced Working Document No 78 of the Working Group. He stated that Article R had only had a short half-life. The objections raised meant it was no longer pursued by the Working Group. Such a rule could have applied to certain types of contract. The Working Group considered that it was not necessary to expressly provide for it. He referred to the transport treaties and UNCITRAL treaties. The Working Group had borne in mind the potential usefulness of the Convention. In the Convention under discussion, it would be better to leave the matter to other treaties, rather than including a mechanism. He thought that it was difficult when one was aiming at a moving target, since the UNCITRAL instrument on multi-model transport was still under negotiation. He did not think that it was inappropriate to use the Convention where other conven-

Procès-verbal/Minutes No 22

tions did not apply, but it could not and need not provide for a mechanism to do so.

The Chair took note of the fact that in Working Document No 85 the Working Group no longer proposed to proceed with Article R in Working Document No 78.

No objections were raised. Article R was no longer considered.

Article 2(2) k bis*) – Document de travail / Working Document No 79*

Mr Beaumont (United Kingdom) thought that enough had already been said on the topic of intellectual property. The Working Group had removed all the brackets in about 30 seconds (Work. Doc. No 79). He hoped that the same could be done in Commission II.

The Chair was pleased to see that the Working Group had been more successful than he had been himself when he had previously tried to push the delegates in that same direction.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that in general and in light of the mechanism provided by the declaration, he could agree with the proposal. However, the last words of the paragraph, "or could have been brought for breach of that contract" presumably referred to cases of tort. He did not think that those were directly linked to the Convention or its intention. The participants had to think further. On the proposal itself, his delegation did not have a problem, but they had a small reservation on the last part of the wording.

The Chair observed that the issue raised by the delegation of the Russian Federation did not relate to the substance of the proposal but rather to its wording or understanding. He wondered whether Article 2(2) *y),* which referred to tort or delict damage (which did not arise from a contractual relationship), might be more convenient and shorter for the purpose of Article 2(2) *k bis*). However, he noted that it did not seem to be the case.

He thought that it was clear from Article 2(2) *k bis*) that it did not matter whether or not the proceedings had been brought for breach of contract. He asked the delegation of the Russian Federation if it had other wording to propose.

Mr Kovar (United States of America) reminded the participants that endless hours had been spent on that provision, both in the Drafting Committee and in Working Group meetings. He thought that it was not possible to refine it further and supported its adoption. He felt that this was the last chance for the Russian delegation.

The Chair took note of that strong objection to any modification of the wording.

Mrs Sabo (Canada) preferred not to change the provision further.

The Chair stated that the provision had been carefully reviewed and therefore that care should be taken not to introduce any mistakes by modifying it at the last moment. Noting that there was no proposal for modification from the Russian Federation, Article 2(2) *k bis*) was adopted as it stood in Working Document No 79.

Article Z sur les contrats d'assurance et de réassurance (Doc. trav. No 79) / Article Z on Contracts of insurance and reinsurance (Work. Doc. No 79)

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that paragraph 1 of Article Z contained no change from the proposal in Working Document No 64, which had been debated before. In relation to paragraph 2, the main part of that paragraph and sub-paragraph *b)* had already been approved. The proposal regarded paragraph 2 *a)*. There was a mistake in the Working Document: it should state "a matter". There was only one other substantive change: in the first line of the second paragraph the words "the terms of" had been included between "under" and "a contract". That concerned the translation. There was no change in substance intended by the change in the wording.

Le Président observe que cette modification n'est pas reproduite dans la version française du texte. Il estime toutefois que l'ajout des temes « des dispositions de » n'est pas indispensable.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that it was deliberate that there had been no change in the French version.

The Chair took note of the answer given by the Chairman of the Working Group on Diverse Matters. Accordingly, the issue did not need to be sent to the Drafting Committee. Furthermore, it had been previously said that paragraph 2 *a)* might be redundant with the first paragraph. He wondered what was the position of the Working Group on that point. He also asked where Article Z would stand in the final text of the Convention.

Mr Beaumont (United Kingdom) responded to the first question that the Working Group had considered on that point and had thought that it was necessary for it to be absolutely clear. That was important to the majority of the service industry. The Group wanted to avoid any doubt. In response to the second question, he stated that he would leave that to the discretion of the Drafting Committee, ably led by its Chairman.

M. Hoscheit (Luxembourg) relève une différence de rédaction entre les versions anglaise et française. À la troisième ligne du paragraphe 2, la version anglaise utilise l'expression « to indemnify the insured and reinsured » alors que le texte en français retient l'expression « pour indemniser le bénéficiaire ». Il pense que la version anglaise doit l'emporter dans ce cas. Il conviendrait, par conséquent, de remplacer dans le texte français « le bénéficiaire » par « l'assuré et le réassuré ».

Mr Beaumont (United Kingdom) thanked the Delegate of Luxembourg for the helpful comments and stated that the Working Group had worked in English and that the English version was therefore their definitive text for what they had intended.

Mme Sabo (Canada) souhaite attirer l'attention du Comité de rédaction sur une divergence des textes français et anglais à la deuxième ligne du paragraphe 2. Le texte anglais utilise l'expression « may not be limited or refused on the ground that », alors que le texte français contient les mots « peuvent ne pas être limités ou refusés au seul motif que ». Il lui semble que la version anglaise du texte devrait prévaloir.

The Delegate of Canada referred to the second line of the second paragraph. The English text contained the words "on the ground". In French the word "seul" was used.

Le Président propose, en réponse à l'observation faite par la Déléguée du Canada, de supprimer le mot « seul » dans le texte français. Aussi n'est-il plus nécessaire de renvoyer cette question au Comité de rédaction.

M. Castell (France) souhaite faire une remarque de forme relative à la dernière partie de la phrase du paragraphe 2. Il semble, en effet, qu'il y ait eu un oubli dans le texte français, rendant peu compréhensible la fin de phrase suivante: « que la responsabilité en vertu de ce contrat pour indemniser le bénéficiaire à l'égard : » et qui devrait correspondre au texte anglais « that the liability under that contract includes liability to indemnify the insured or reinsured in respect of – ».

Le Président répond qu'il compte sur la présence de M. Castell au Comité de rédaction pour rendre le texte français compréhensible.

M. Castell (France) précise que la rédaction actuelle engendre un problème d'interprétation quant à la substance même de la disposition.

Le Président constate avec satisfaction que l'aile francophone du Comité de rédaction se renforce. L'article Z tel que proposé dans le Document de travail No 79 est adopté sous réserve des observations qui ont été faites par les délégués de la France et du Luxembourg et qui sont soumises au Comité de rédaction. En outre, le mot « seul » à la deuxième ligne du paragraphe 2 de la version française est supprimé. Le Comité de rédaction est également invité à déterminer l'emplacement de cette disposition dans le texte de la Convention. Il constate que les questions restantes sur le champ d'application de la Convention ont toutes été examinées.

Article 27

Avant d'aborder les articles 23 et 26, le Président propose d'examiner une disposition traitant l'aspect positif de l'avenir de cette Convention: l'article 27 (Doc. trav. No 1) sur l'entrée en vigueur de la Convention. Aucune proposition de modification n'a été soumise mais il reste des crochets quant au nombre de ratifications nécessaires pour l'entrée en vigueur de la Convention.

Mr Kovar (United States of America) stated that if he recalled correctly, that had been a proposal of the Permanent Bureau. He wondered why three Contracting States were required and why, if there were two ratifications, the Convention could not enter into force for the first two States.

The Secretary General welcomed that proposal. He thought that two Contracting States should be sufficient.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) welcomed the idea and thought that two ratifications should be enough.

The Chair noted the proposal to remove the brackets and to replace "third" by "second".

Mr Matveev (Russian Federation) stated that it had been said at the dinner of the previous evening that the initial goal of the project had been to establish a bridge between the European Community and the United States of America. After these statements, it seemed to him that this remained the goal. He wondered why they then did not conclude a bilateral treaty. He wondered why they had involved the Hague Conference and the delegations of all the other States. He was against the appearance of an international treaty if it really had the goal to be a treaty for two Parties. He preferred ten ratifications. He told the participants that they knew that the European Community was large enough to provide more than ten ratifications. Together with the United States of America, it would be even easier. He thought that the Convention had a universal scope. There were 65 Member States forming the Hague Conference. He wondered why a provision that was contrary to the universal character of the Hague Conference would be included. He stated that one normally had two parties in mind. They would be able to choose the courts of a third State. The Convention would then be of no practical meaning if there were only two States Parties. That might be a purely internal case. His delegation opposed the suggestion and put forward their own.

The Chair replied to the Delegate of the Russian Federation that the delegates had strongly affirmed their wish to have as many States as possible join the Convention, including the Russian Federation. As to the proposal to have two ratifications instead of three for the entry into force of the Convention, it seemed to make sense. However, he took note of the argument of the Delegate of the Russian Federation with respect to a multilateral treaty.

Mrs Sabo (Canada) referred to the practice of the Organisation of American States. In private international law there were many instruments that entered into force with only two States Parties. They thought that two would be fine. If there were no agreement, they could live with three.

The Secretary General responded to the reference made to the traditions of the Conference. He stated that he had supported two States, because that was also the rule in the *Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (1971)*. It seemed to him that this Hague Convention was the closest to the one currently under discussion.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) wanted to reassure the participants that the delegation of the European Community was attached to the multilateral character of the Convention. That was why they had been negotiating in that way – by compromising. One State was not enough. Whether the rule was for two or three, was in fact a technical question. He thought that to have a rule that two were sufficient, was wise. He stated the reasons. There would be a legal and a political decision regarding the European Community. At that moment he did not know whether there would be only one ratification by the European Community or whether all the Member States plus the European Community would ratify. The result, however, would be the same. If one other State were to ratify, that would bind that State to all the European Community Member States. Therefore, there would be 26 States, if one simplified a little. He reiterated that the entire European Community would be bound. He thought that it was also possible to make a rule that three ratifications were needed but that two ratifications would suffice if one were by a Regional Economic Integration Organisation. He thought that the text should be kept simple and that two would suffice. That was the best way of doing it.

Mr Kovar (United States of America) thanked the Observer for the European Community for making the point. He certainly thought that it was better to make a rule on two ratifications instead of a specific rule on Regional Economic Integration Organisations. He further stated that his delegation was attached to the multilateral character of the Hague Conference. It had changed a lot since 1991. He stated that the remarks of the previous night were inspiring, but that they should not at that time look at the history or the views of particular delegations.

Procès-verbal/Minutes No 22

The Chair drew attention to the fact that a proposal had been made to replace "third" by "second". Only one delegation objected, namely the delegation of the Russian Federation, and proposed to have ten ratifications for the entry into force. Therefore, the proposal for "third" was disregarded and "second" would be retained.

Mr Matveev (Russian Federation) thought that this was great entertainment. The Chair had stated five minutes earlier that the proposal for ten ratifications was disregarded and had now stated one minute before that there was a proposal. Sometimes things were said not to be proposals. He had not seen it written and therefore he thought that the provision could not be changed.

The Chair answered that the proposal of the delegation of the Russian Federation did not receive any support. Furthermore, the Chair could accept an oral proposal if it did not create any difficulties of understanding and if no objection were raised to receive it orally. He stated that the Rules of Procedure were entirely consistent in that respect.

Article 27 was adopted with "second" instead of "third".

Articles 18, 19 (Doc. trav. / Work. Doc. No 70)

The Chair drew attention to Working Document No 70 from Canada and China proposing amendments to Articles 18 and 19. The objective was merely to coordinate those provisions in accordance with Article 29. Accordingly, he proposed to send that issue to the Drafting Committee. That proposal was adopted.

Article 29

The Chair then referred to Article 29 on Declarations and Working Document No 72 from the Permanent Bureau.

He invited the delegation of the Russian Federation to present their proposal in Working Document No 73 on paragraphs (1) and (2) of Article 29.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that his delegation had a reservation on Working Document No 70 and on that entire Article. The proposal of the delegation of the Russian Federation in Working Document No 73 was based on their intention not to limit the rights of States to make declarations at a subsequent time. Practice had proved that limiting the ability to make declarations only at the time of the entry into the treaty was detrimental to the treaty. That was contrary to the interests of the declaring State and those of other States. To simplify accession and thus to ensure the global application and acceptance of the Convention, he proposed to expand the declaration ability. He drew the attention of the participants to paragraph 2 of Article 29 (in Work. Doc. No 73) that would refer to declarations under Articles 18 and 19 and that on money judgments in Working Document No 53.

The Chair emphasised that the proposal of the delegation of the Russian Federation was to add "at any time thereafter" to make the system float with respect to the time factor and to apply that rule to Articles 18, 19, 20 and Q on non-exclusive choice of court agreements. Thus, the problem related to the time factor for Articles 18 and 19, as in the text proposed by the Permanent Bureau. The declarations made under Articles 18 or 19 should be made at the time of the ratification, acceptance, approval or accession only; after that date, only withdrawals were admitted.

Mr Marmazov (Ukraine) wanted to express some sympathy with the proposal made by the delegation of the Russian Federation. His delegation agreed and supported not having a time factor. The internal legislation would be the time factor. States would be free to opt for one of two possibilities. The first declaration was the simple reproduction of Articles 18 and 19. The second type of declaration would contribute at the same time and take into account the right to make a declaration only at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession. He wanted to encourage the participants not to indicate time factors. It was more difficult for parties entering into a choice of court agreement to determine the possible scenarios, especially if none were resident in the Contracting State of the chosen court.

The Chair noted that with respect to Articles 18 and 19, the proposal of the delegation of the Russian Federation provided for additional flexibility as a State might change its position under its own law and might thus have an interest to change its declaration accordingly.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) understood the concerns behind the proposal of the delegation of the Russian Federation and the desire not to oblige parties to make declarations from the beginning. Maybe States would never do so. He was also concerned about one further element of incertitude. He thought that there had to be reflection on whether the same principle as in Article 20(6) could be used. He was open to reflect on that.

The Chair stated that if nobody opposed the additional time element for the declarations made under Articles 18 and 19, then the same rule could apply to the declarations made pursuant to Articles 18, 19, 20 and Q. That would be an advantage.

The proposal for Article 29(1) in Working Document No 73 was adopted.

As for Article 29(2), there was no substantial difference between Working Documents Nos 72 and 73. No objections were raised to paragraph 2. Accordingly, paragraph 2 was adopted. Thus the proposal to combine paragraphs 1 and 2 was adopted.

He noted that the issue of money judgments in Working Document No 73 was still open.

Article 29(3) was adopted as it stood in Working Document No 72.

Article 29(4) was adopted as it stood in Working Document No 72.

As to Article 29(5), the Chair noted that they should add a reference to the declarations made under Articles 18 and 19. Article 29(5) was adopted as it stood in Working Document No 72 with the above-mentioned addition.

Mme Sabo (Canada) souhaite faire une remarque d'ordre rédactionnel. Dès lors qu'il a été décidé que toutes les déclarations suivront le même traitement, certains éléments risquent d'être répétés inutilement dans la Convention, notamment à l'article 29. Il convient en outre d'examiner les implications de ce système pour les articles 22 et 25.

Le Président répond que ces éléments seront pris en compte lors du toilettage de la Convention dans son ensemble.

He then referred to Article 29(6), which seemed complementary to Article 16 *bis* on transitional provisions.

Mr Musger (Austria) thought that if a declaration under Articles 18 and 19 were allowed at a subsequent time, Article 29(6) had to be applied. The rule had to be the same for all declarations.

The Chair noted that there was one exception, as paragraph 6 did not apply to Article Q, which dealt with non-exclusive choice of court agreements.

Mr Goddard (New Zealand) thought that the Delegate of Austria was correct with regard to Articles 18 and 19 and to have a way in which to predict the situation. One did not want a choice of court agreement to be ineffective in the end, or a situation where parties chose a court and subsequently an Article 19 declaration was made. One could not allow the unravelling of the Convention. He agreed with the Observer for the European Community and the Delegate of Austria. It was necessary to make consequential changes.

The Chair noted that a reference to Articles 18 and 19 should be added. Article 29(6) was adopted with that modification.

He then pointed out that a parallel paragraph for Article Q was required to set the time element. The last version of Article Q was in Working Document No 71, but it did not provide for a transitional provision. He thought that the same rule could be applied as the one previously agreed upon and it could then be sent to the Drafting Committee.

Mr Beaumont (United Kingdom) agreed.

Mr Kovar (United States of America) thought that it made sense for Article Q to apply if the declaration had been made at any time before the commencement of the proceedings. Then the judgment could be recognised or enforced under Article Q.

The Chair asked what the Delegate of the United States of America meant by "before the commencement of the proceedings".

Mr Kovar (United States of America) replied that if a party commenced proceedings for recognition or enforcement and then a declaration was made, this would not change the situation. However, if the declaration were made prior to the proceedings for recognition and enforcement, there should be no problem for the recognition and enforcement, and those would fall under the Convention.

The Chair noted that the proposal was made on the grounds that Article Q only related to recognition and enforcement.

Mr Musger (Austria) did not think that that was a major issue. He was in favour of the general solution in the framework of Article 16 *bis*. If that idea were taken for Article Q, then the relevant time would be that of the conclusion of the choice of court agreement. That would be consistent with the application of the Convention. Article Q should apply only to agreements made after the declaration came into effect. One could find other solutions, but those might be difficult to draft.

Ms Davies (Australia) supported what the Delegate of Austria had said. Throughout the text there had to be a consistent approach. At the time of contracting, the parties had to be aware of the legal regime. There had to be one legal framework. There had to be a consistent approach.

The Chair asked whether they would accept to apply *mutadis mutandis* Article 29(6) to that matter.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) wondered whether there were not arguments for both solutions. It could be left open for the State making the declaration to state the relevant moment from which it would recognise judgments. If States want to go further back, they could; if not, they did not have to. It was a question of State policy. It had to be left to the State making the declaration.

The Chair noted that this could be dealt with in paragraph 6 but the provision would become very complicated. They could also leave the State to make an additional declaration in that respect and review that system in a Special Commission meeting in five years time. However, he thought that this would not be the purpose of that Commission.

Mr Goddard (New Zealand) agreed that the suggestion of the Delegate of Austria was consistent and simple. The other variant would be the time of recognition. This was not inconsistent with Article 16 *bis*. There had been long discussions in the Group about whether it should have broader effect. The main reason why it had been decided against a broader effect was that choice of court agreements were deemed exclusive. That issue did not arise with regard to Article Q. There was no barrier in terms of inconsistency.

The Chair said that there were then two proposals on the table. A decision was needed.

Mr Sajko (Croatia) shared the view expressed by the Delegates of Austria and Australia. One had to take legal certainty and predictability into account. He referred to the maxim *tempus regit actum* and stated that if the choice of court agreement fell under a specific legal regime, one could not by a later declaration deprive the parties of their position in order to take the Convention and its rules into account. The critical moment was that of the conclusion of the choice of court agreement.

Mr Trooboff (United States of America) wanted to go back to first principles. The declaration concerned the situation where more than one court had been appointed. On that day, there were many such agreements and one wanted those agreements to be effective. The Article under discussion would see to their enforcement. One should give those agreements effect and not undermine the expectations of the parties. He agreed with the Delegate of New Zealand. He thought that there was clarity in his intervention. A judgment given after the declaration should have the effect of being enforced. He reminded the participants that it was his delegation that proposed that Article, and that was the result they wanted to reach.

The Chair said that each solution had its own logic and arguments. He noted that Article 16 *bis* was an argument not to go that way. However, they would have a different rule in that matter. Nevertheless, he thought that they should not complicate the system too much.

Mr Musger (Austria) stated that the Delegate of New Zealand had rightly pointed out that he had been too formalistic. The reasons of Article 16 *bis* did not apply to the Article under discussion. He could live with a different solution if it were clear. The Convention did not prohibit enforcement. He thought that there was some merit in the interventions of the Delegates of New Zealand and the United States of America.

The Chair emphasised the usual sense of compromise of the Delegate of Austria.

Ms Davies (Australia) stated that the proposal had come from the delegations of the United States of America and Australia.

Procès-verbal/Minutes No 22

She thought that this was an important factor. Her delegation might have taken a different approach if they had known that. The existing regime at the time of the agreement was important. However, in the spirit of flexibility and compromise, she would not block it. The point would have to be considered by States making the declaration: what were the precise terms of the rule?

The Chair answered that they could add that it had to be decided by the States who were willing to make such a declaration. He wondered what would be the appropriate language.

Mr Trooboff (United States of America) stated that the declaration should deal with judgments sought to be enforced after the declaration was made.

Mr Goddard (New Zealand) stated that there should be no rule on that. He referred the participants to Article 29(5) and stated that silence would have the desired effect. The clear approach would be to say nothing in the text.

Mr Trooboff (United States of America) stated that this was acceptable. He pleaded for clarity in the Explanatory Report, because litigation on that point would not be desirable.

The Chair noted that paragraph 6 of Article 29 was kept as such without any reference to Article Q (Work. Doc. No 72). The "*nota bene*" was deleted and the matter resolved. That decision was approved.

Article 28

The Chair referred the delegates to Article 28 on reservations. In that respect, they had to consider Working Document No 75 from the Russian Federation, which superseded Working Document No 53. The Russian Federation proposed to state that "[a] Contracting State may reserve the right not to recognise or enforce specified categories of judgments other than money judgments." They also had to consider Working Document No 79 from the Working Group on Diverse Matters, which proposed not to retain such provision. Furthermore, Working Document No 83 from the Permanent Bureau proposed to state that "[n]o reservation to this Convention shall be permitted." However, when that proposal had been prepared, no reservation had been on the table. It would accordingly have to be modified in light of the discussions.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that the proposal was a step from Working Document No 53. Firstly, it did not deal with the declaration and its mechanism, and secondly, it was now limited to a specific category of judgments other than money judgments. It was more limited than Working Document No 53. In light of the recent developments regarding reservations, or rather the prohibition of reservations, his delegation found it necessary to have a possibility to provide for the non-recognition of non-money judgments. If recognition were mandatory, it would present a threat to the normal workings of the legal order. The recognition of some categories of judgments was not reasonable and not connected with the object of the Convention. The Convention would deal with business-to-business contracts. Those would not often be non-money judgments. The proposal was not undermining the basic understanding of what a judgment might award in a business-to-business case. The proposal was a step forward from the previous one. He thought that it was more attractive.

The Chair asked the Delegate of the Russian Federation whether he could give an example to support his proposal.

Mr Kosorukov (Russian Federation) gave an example of when there were non-monetary awards in the form of the infringements of rights of individuals. The current mechanism in Article 9 did not provide for the necessary limitations, which would allow the non-recognition of the infringement of rights of persons. Those were fundamental principles. It would be hard to interpret and apply the provision. It concerned a small range of matters, but they were of a basic constitutional nature. A concrete example was the prohibition of a party to apply to a different court in the case. That would be a denial of justice in the Russian Federation. It would be difficult to bring it under the limitation of public policy.

Mr Kuzmin (Russian Federation) stated that decisions of courts should not include injunctions.

Mrs Haines (United States of America) understood the proposal and the reasons for it, but her delegation thought that it was important that the Convention include more than money judgments, for instance injunctions. One State might have an issue, but the majority did not. She preferred that there be recognition and enforcement of entire judgments. She had two points. First, the declaration mechanism provided for in Working Document No 75 would create an unacceptable inequality. It would mean that if there were a non-money judgment from the Russian Federation that was of the type for which the Russian Federation had made a declaration, the courts in the United States of America would be under an obligation to recognise and enforce that judgment under the Convention. However, if the same judgment had been rendered by the courts of the United States, the Russian Federation would not be similarly obliged under the Convention to enforce that judgment. If the Russian Federation instead made a reservation of the same nature, it would work on a reciprocal basis. The second point was that if there were an explicit article providing for such a declaration, it would effectively suggest to States that they make such a declaration. One could imagine a significant number of States making such a declaration, as it would only be to their advantage to declare non-recognition of certain judgments without the negative incentive of reciprocity.

Regarding the proposal by the Permanent Bureau, she thought that it was better not to have a provision prohibiting reservations. It was not necessary. The Convention was intended to be flexible. The Article 20 declaration system had been made subject to reciprocity. On particular issues, it was already possible to make what might otherwise be the subject of a reservation, thus providing maximum flexibility. The Convention should remain silent on this issue.

The Chair took note of that proposal which dealt with the matter differently: it was proposed that no specific provision be inserted with respect to reservations. Thus any reservation could be made without providing for it in the Convention.

Mr Sun (China) was flexible. He hoped that there was a way out. He supported the Delegate of the United States of America.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that there were different concerns on the table. The most important was to have a Convention with, if possible, no reservations. The Convention was created on the understanding that flexibility was needed. There was already in the text a system of declarations. If reservations were allowed, he hoped that they would not occur. The delegation of the European Community preferred the traditional approach of the Permanent Bureau in that there was a provision to the effect that no reservations were permitted. On the other hand, if reservations were needed to allow States to impose limitations on a reciprocal basis, he understood the concern that

such a possibility might be seen by others as an invitation to make such a reservation. Therefore he thought that it was better not to say anything in the Convention. A State would then be able to make a reservation under the general rules of the law of the Treaties. That was the suggestion of the Delegate of the United States of America. The problem was that this would open up the possibility of any other reservation. Therefore, they had to be careful in their drafting. It would be a pity to follow that path. The delegation preferred that there were no possibility to make reservations.

The Chair asked the Observer for the European Community whether his delegation accepted that the matter remained open so that there would be no specific provision on reservations.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that the preference of the delegation of the European Community was a provision that stated that no reservation was permitted. If the text were silent on this issue, there could be a possibility of reservations and he expected that none would be made. He was not in favour of a provision allowing a specific reservation as it would amount to an invitation to make it. It was difficult to find the best solution. He stated that if the delegates of the European Community Member States wanted to elaborate on that point, they were invited to do so.

The Chair stated that for the time being, on the one hand, they had a proposal of the delegation of the Russian Federation for a specific provision on reservations. On the other hand, the delegation of the United States of America proposed to remain silent in that respect, thus allowing that such a reservation be made by a Contracting State, without spelling it out in the Convention. The delegation of the European Community stated that it was flexible in order to ensure harmony between the delegations, although they would prefer not to have any reservations.

The Chair added that reservations were possible under general public international law but they should not be detrimental to the operation of the Convention.

M. Markus (Suisse) indique qu'il partage dans les grandes lignes la position exprimée par l'Observateur de la Communauté européenne. La délégation de son pays est d'avis qu'il y aurait un certain danger à admettre que le présent instrument ne contienne aucune disposition relative à la question des réserves. En effet, cette absence de disposition particulière risque d'être interprétée, en vertu de la Convention de Vienne, comme autorisant toute forme de réserve. Les réserves pourraient alors être formulées plus ou moins librement par les États Parties à la Convention et ce, à n'importe quels égards.

Le Délégué de la Suisse ajoute qu'une telle solution ne servirait aucunement les praticiens. En outre, le système de la réciprocité fonctionnerait toujours à l'égard de toutes ces réserves. Il craint que l'absence de disposition ne nuise à la praticabilité de la Convention. De plus, cela serait contraire à la tradition de la Conférence de La Haye qui dans les derniers temps n'a jamais admis de réserves ou bien selon des termes très précis.

Comme l'Observateur de la Communauté européenne, il souligne la souplesse de la Convention au travers du système de déclarations prévu à l'article 20. Il reconnaît que la réserve proposée par la Fédération de Russie est claire et précise. Il souligne que sa délégation souhaiterait qu'aucune réserve ne puisse être faite. Néanmoins, il reconnaît que si cela s'avérait inévitable, une disposition précise serait sans doute préférable à l'absence totale de disposition à cet égard.

Le Président observe que bien que le Délégué de la Suisse se soit inspiré de la position exprimée par la Communauté européenne, cette dernière fait preuve de davantage d'ouverture que sa délégation. En effet, la Communauté européenne a indiqué que, le cas échéant, elle se rallierait à la position des États-Unis d'Amérique, en faveur du silence de la Convention sur cette question.

Il prend note des craintes exprimées par le Délégué de la Suisse à l'égard d'éventuelles réserves qui seraient trop larges. Il pense néanmoins qu'à cet égard, la Commission pourrait statuer en déclarant qu'il s'agit d'un problème complexe auquel compte tenu des intérêts divergents, il a été décidé de répondre par le silence dans la Convention. Cependant, les États seraient invités à ne pas faire de réserves qui porteraient préjudice à la Convention.

Mr Beaumont (United Kingdom) echoed what the Observer for the European Community had said. In principle it was undesirable to have reservations. That was a strong position of the United Kingdom, and he thought of all the European Community Member States. It was not appropriate and it would encourage reservations. At least there had to be a restrictive approach. He stated that one had to look at Article 20. That already had careful language. Referring to a declaration should be no broader than necessary and it should be clear as to the substance, if that were the only way in which to achieve consensus. If the only way to reach consensus was by silence, then at least it should be stated in the Explanatory Report that it could only be taken in a way that was more stringent than Article 20(1) on declarations. That was merely a hypothetical solution.

The Chair thought that a mention in the Explanatory Report would not be sufficient but should be complemented by a statement expressed by the Commission.

Mr Buzo (Belarus) supported the proposal of the delegation of the Russian Federation. It had to be taken into account that the formal Contracting States were sovereign States. One could not deprive a State of expressing its view of a specific right. A Regional Economic Integration Organisation did not enjoy such sovereignty unless it had been empowered by its Member States. He proposed: "A Contracting State reserves the right to express its attitude for specific categories of judgments". That would shorten the proposal in Working Document No 75 of the Russian Federation.

Mrs Sabo (Canada) stated that the participants were coming to the end of the project and then cutting back. The scope was at that point in time so much smaller than at the beginning that there was virtually no comparison. There was even a lot of flexibility in the small scope: there was a list of excluded matters and a system of declarations. The participants had made a flexible instrument. It covered a very limited scope and in that light it was difficult to accept that States still required further carve-outs with regard to specific matters. She thought that the system of declarations should be used rather than reservations. She thought that it put in question the commitment of the States that were represented at the meeting. She found it difficult. She was not going to block completing the Convention, but did not think that it was wise to put an invitation in the Convention. She would not stand in the way of an agreement.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that the participants had to conclude the first reading. He wondered whether they could not try to settle that matter in the second reading. From the side of the delegation of the European Community, they did not want to permit reservations, but at the same time, the matter presented a specific problem

Procès-verbal/Minutes No 22

for the delegation of the Russian Federation. That had to be taken into account. He did not know whether other delegations had the same concerns. The Convention was already flexible. Having an article to the effect that reservations were permitted was worse than having none at all. He thought that it was better not to have a provision and saying nothing, rather than inserting an invitation to limited reservations. He thought that the issue should be discussed in the second reading.

Mr Nielsen (Denmark) agreed with the interventions of the Observer for the European Community and the Delegate of the United Kingdom. The reason that he took the floor was to point out that in that respect it was fair to make a comparison with the New York Convention. In that Convention on arbitral awards, it was not possible to restrict the application to money awards. The Convention worked well in a number of States, including the Russian Federation. He wondered why the Russian Federation would need a reservation and asked whether there was a general reservation under the New York Convention. Specific reservations were not possible under that Convention. He asked the delegation of the Russian Federation whether the Russian Federation had made a general reservation on that matter. His delegation was in favour of Article 20, but one had to be flexible for all to reach a good convention text.

The Chair asked the delegation of the Russian Federation whether they had indeed made such a reservation.

Mr Matveev (Russian Federation) responded that indeed that was the case. With regard to awards made in the territory of non-Contracting States, the Russian Federation applied the Convention only to the extent to which those States grant reciprocal treatment. This reservation had been made by the Union of Soviet Socialist Republics in 1960. The Russian Federation was the continuing State for which the Convention was still in force.

The Chair asked the Delegate of the Russian Federation whether that reservation was also on the non-enforcement of money judgments or only on awards granted by non-Contracting States.

Mr Matveev (Russian Federation) stated that there was a difference between arbitration awards and judgments. In practice the courts of some other nations had to be taken into account. He referred to a case in which a court in New York had given an injunction against a bank of the Russian Federation. The subject of the Russian Federation did not adhere to the injunction. The Delegate stated that one could encounter difficulties in the United States of America or elsewhere. That indicated the difference between arbitral awards and judgments. Judgments contained national law. Added protection was necessary, not for his delegation, but for Russian companies and persons that were guided by that reason. It was important for the participation of his country in the Convention.

He also took note of the suggestions by his colleagues of a general rule. His delegation could go along with that, having in mind that this would allow safeguards for persons and limit the Convention with regard to the practices that were foreign to their legal civilisation.

The Chair had the feeling that a short consultation could lead to a consensus on that matter. They might decide to be silent in the Convention and the Commission might express the view that reservations should not be detrimental to the success of the Convention. That would be expressed in more detail.

The consultation could take place during the following hour while the Drafting Committee would meet. They would then proceed with the first reading and Articles 23, 26, 30, 31, the title and the preamble. That first reading was intended to reach consensus. Then the Drafting Committee would meet again in order to allow a second reading, during which it was rare that consensus could be reversed. However, any proposal should be presented before the end of the second reading, as the third reading would not allow for such proposals. It would only address issues of language, coherence and numbering of the provisions.

Commission I would meet between the second and the third reading while the Drafting Committee would sit.

La séance est levée à 14 h 45.

Procès-verbal No 23
Minutes No 23

Séance du mercredi 29 juin 2005 (après-midi)

Meeting of Wednesday 29 June 2005 (afternoon)

La séance est ouverte à 15 h 20 sous la présidence de M. Bucher (Suisse), les co-Rapporteurs étant MM. Dogauchi (Japon) et Hartley (Royaume-Uni).

Article 28

The Chair invited the participants to finish the first reading of the text of the Convention. After that, Commission I would meet and the second reading would then take place.

He then referred to the discussion they had previously on Article 28. They had already reviewed the proposal made by the delegation of the Russian Federation in Working Document No 75. The Permanent Bureau had proposed to state that "[n]o reservation to this Convention shall be permitted." (Work. Doc. No 83). During the morning session, some delegations had said that it would have been better not to have any provision on that matter; this was in particular a proposal that had been made by the delegation of the United States of America. However, other delegations had expressed some concerns. The discussion should go on.

Mrs Haines (United States of America) stated that her delegation had obviously addressed some of the issues in the proposal of the delegation of the Russian Federation. She wanted to discuss that. It was important to state initially that the United States of America did not intend to make any reservations and she hoped that others would not make reservations either. She supported the Delegate of the United Kingdom: it was important that the Explanatory Report and the interventions reflected the idea that reservations should only

be made where a State had a strong interest. She thought that it was important to stress at the outset that a part of the reason for the proposal was a domestic matter with the United States Senate. The Senate has stated that when treaties explicitly provide that no reservations are permitted, this infringes on the Senate's prerogatives. When the Executive brings such a text to the Senate, it forces the Senate to say yes or no to the entire text without change; it prevents the Senate from making any modification to the rights and obligations of the United States of America through a reservation. The Senate views it as taking away their prerogative. Obviously and nevertheless, the Senate has given its advice and consent to the ratification of some treaties that contained such a provision, in areas such as environment and family law. However, in this Convention there are already many declarations; the system was meant to be flexible. It does not appear to be crucial to include a no-reservations clause. If there were a particular State that wanted a reservation, she thought that this would be the right result. It should be a last resort; the United States of America did not intend to make reservations.

She wanted to make clear that the proposal of the delegation of the European Community was unacceptable. She did not think it created reciprocity. She referred to the customary international law rules regarding reservations, as reflected in the Vienna Convention on the Law of Treaties: States would be able to make reservations. Others would be permitted to object. If not, they could revert to reciprocity. If they did object, they could decide not to have relations with the State that had made a reservation at all or to have the article against which the reservation was made, fall out between them. If there were too many States objecting to a particular reservation made by a State, that State might withdraw its reservation. There were standard rules of public international law and the system had been working for a long time and quite well. She thought that there should be no clause. There should be strong language in the Explanatory Report to reflect that States considered that reservations should only be made where there was a strong interest.

The Chair referred the delegates to Working Document No 86 of the European Community.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) understood the position of the delegation of the United States of America. The European Community had tried to strike a compromise on several things in its Working Document No 86. The first was the concern of the delegation of the Russian Federation and an addition to Article 20. It was also a compromise in the sense that it tried to avoid an article stating that no reservations would be permitted and that addressed the concern of the delegation of the United States of America. Some reservations would be permitted to take care of some concerns. He referred to the problem of taking home a treaty and asking Parliament to say yes or no. That was the situation that all delegations found themselves in. If the European Community wanted to ratify a treaty, they also had to have a positive opinion by the European Parliament. They would also be giving a finalised product to the European Parliament and asking them to say yes or no. For the European Community Member States, the same applied if they had to ratify a treaty. However, the Convention had so much flexibility that they expected that the reservation would be made use of in a limited way. He thought that the delegation of the United States of America could try to explain to the Senate that many declarations were possible and so much flexibility existed under the Convention that it really was not a take it or leave it situation.

Ms Ferreira Correia (Portugal) agreed with everything that the Observer for the European Community had said. The proposal aimed at clarifying some of the issues of Article 20 and the provision under discussion. The Delegate of the United States of America had stated that the compromise was unacceptable because there would not be reciprocity and that reservations always had reciprocity. She thought that the mechanism in Article 20 had reciprocity and that could be explained in the Explanatory Report. It had the intention of restricting the Member States to make reservations in order to make it stricter to limit the scope of the Convention. It would permit everybody to be on board. There had to be a restriction. If Article 20 aimed at the possibility to broaden the available reservations, she wondered what the purpose was of Article 20. Reservations would restrict the scope of the Convention. In the view of her delegation, there was a balance in the Convention. It was a very flexible Convention. She did not recall any possibilities of reservations in the recent history of the Hague Conference. In the last 25 years, the Conventions had been strict.

She stated that the Convention was not on family law matters and that one could expect a proposal as that of the Permanent Bureau. She had been expecting it since the beginning of the negotiations. Her delegation preferred to accept the proposal made by the Permanent Bureau, but was in favour of a compromise. If all were not completely happy, they would at least be as happy as possible.

Mr Sun (China) stated that his delegation thought that the concerns of the delegation of the Russian Federation were satisfied. In that understanding, he did recognise that both proposals led to the same result. He thought that it was important not to make those things too difficult. His delegation could live with it either way.

The Chair thanked the Delegate of China for his extremely helpful intervention.

Mrs Sabo (Canada) had great difficulties with the fact that Article 20 and the declaration system could not be used with respect to the concerns of the delegation of the Russian Federation. There was a significant difference between removing specific matters from the scope and removing any judgment that was not a money judgment. It would be counter to the purpose of the instrument. She suggested that the delegation of the Russian Federation rather look at specific matters and use the declaration system for the matters where there could be non-monetary judgments.

In response to the Delegate of the United States of America, she stated that it had been stated in conventions that there could be no reservations and the United States of America had accepted such conventions. She thought that the text, as it was, contained a great deal of flexibility and power was not usurped.

Regarding Working Document No 86 from the delegation of the European Community, she thought that it was not that simple. It had to be thought through. She did not see it as a satisfactory solution. She preferred the proposal of the Permanent Bureau. Her delegation would of course accept a consensus, should one appear.

Mrs Holtskog Olebakken (Norway) had sympathy for the statement by the Delegate of Canada. Having a reservation on money judgments would reduce the Convention. It would no longer be foreseeable for parties. They would for instance have to wait to see the judgment. She supported the Delegate of Canada and hoped that the provision could be deleted. If the proposal of the delegation of the European Community were a compromise, she could support it.

Procès-verbal/Minutes No 23

The Chair noted that the positions of the delegations had been quite favourable towards the proposal of the delegation of the Russian Federation during the morning session. However, many delegations would have preferred to have no reservations. Nevertheless, they understood the concern expressed by the Russian Federation with respect to money judgments. While the delegation of the European Community would have accepted such a reservation, other delegations expressed their flexibility in that respect. Therefore, the issue was whether they should expressly provide for such a reservation in the Convention or leave the issue open.

The Chair noted that it had also been said that the declaration system provided for under Article 20 could meet the concern of the Russian Federation. However, the delegation of the Russian Federation had pointed out that Article 20 was not appropriate in that case as that provision dealt with specific matters, while money judgments were not a matter and could cover all matters. That was why they had proposed to have a separate provision on that issue. The proposal of the delegation of the European Community (Work. Doc. No 86) was to broaden Article 20 to include money judgments. However, such a proposal would differ from the fundamental idea of Article 20.

The Chair pointed out that delegations were inclined to satisfy the concern of the Russian Federation. They still needed to decide whether they wanted to have a provision in the Convention. The Commission was still divided on that matter. The delegation of the United States of America had expressed their concern to have such a provision. The United States Senate might not be inclined to ratify the Convention in such a case.

The Chair stated that they needed to find a solution that would be acceptable by all in order to ensure that the Convention would be signed and ratified by States.

Mrs Haines (United States of America) wanted to respond to a few points. To the Delegate of Portugal she stated that she noted that the intention was reciprocity. However, the proposal currently under discussion did not appear to provide such reciprocity. Anything like the proposal of the delegation of the Russian Federation would not provide for reciprocity. The courts of the United States of America would have to enforce non-money judgments of the Russian Federation, while the Russian Federation would not have to enforce non-money judgments from the United States if they made such a declaration. That was why the proposal was not acceptable. The other reason was that if money judgments were particularly mentioned, it would attract other States to make such a declaration or explicit reservation and that was a serious defect. She did not want that invitation in the Convention. She thought that this would be a terrible solution to a problem that could be resolved otherwise.

The Chair reacted on the argument of reciprocity that had been considered by the Delegate of the United States of America. He wondered whether the wide flexibility already contained in the Convention would not be sufficient for the Senate of the United States of America.

Mrs Haines (United States of America) said that unfortunately the answer was no. She stated that the United Nations Convention on the Law of the Sea was recognised to be largely a reflection of customary international law, but the no-reservations clause had been among the problems holding up ratification in the United States Senate. This issue came up a great deal in a variety of contexts and it would be sad to see this issue hold up the present Convention. Perhaps for others it was a minor point that had not been dealt with in the negotiations. However, for the United States of America it could be the difference between joining or not. Furthermore, she thought that the customary international law rules reflected in the Vienna Convention on reservations were good rules that worked well to protect States from having to accept treaty relations with other States that made absurd reservations.

Mr Goddard (New Zealand) shared the sense of a realistic option. In that light, he thought that the middle way was silence in the text and a statement of that Commission made by the Chair. He shared the desire to accommodate the concern of the delegation of the Russian Federation and that of the delegation of the United States of America that there should not be a formal barrier. Under the circumstances, it would be a tragedy for the years of work that had been invested in the project. If there were a provision to the effect that there could be reservations on money judgments alone, every ministry would be asked about it. There would be a debate in every country and one would see countries doing what would otherwise not have been done. It was a theoretical possibility, but there should be no explicit invitation. The concern should be provided for and that should be done by way of silence. It should be left to public international law. He hoped that there would be specifications by the Chair that reservations should be used sparingly if at all. There should be no less precision and no less clarity.

The Chair said that he was likely to make such a statement but only if the Commission was prepared to do so.

Mr Markus (Switzerland) thought that the proposal of the delegation of the European Community was a sympathetic proposal to the extent that it called Article 20 what it was: an article on reservations, and not merely declarations. It created transparency. It would also avoid, as had been explained by the Delegate of Portugal, that by making a reservation, a State could circumvent the limits of Article 20. However, if in fact it were not admissible or if there could not be consensus on a part of Article 20 on the addition of reservations or the admittance of additional reservations, the suggestion by the Delegate of New Zealand might be a way out. Then there would be no rule on additional reservations and whether they were permitted or not, and possibly on money judgments. That would leave the question to public international law. That was far away from the intention of the participants. He had the same position as the delegation of Canada. If there were no other consensus, the proposal of the delegation of the European Community could be used without Article 28, but Article 20 could be called "reservations". They had to further reflect on the problem of the delegation of the Russian Federation. In fact, it did not fall under Article 20. It should in that case be dealt with in a different way, and at a different place maybe, but explicitly. It must be made clear to the reader that Article 20 and money judgments were separate issues.

In response to the Delegate of the United States of America, he stated that it was his opinion that the reciprocity mechanism was always triggered if the Convention did not say the contrary. At least as far as his delegation was concerned, that was the practice and it had never been contested. A special rule on admitting reservations was dangerous. It put the mechanism in question. If one wanted to forbid it, that should be mentioned. If one wanted to admit it, the Convention should be silent.

The Chair said that it might be correct that a reservation might have a reciprocity effect in jurisdiction. However, in some cases, a reservation might not have any reciprocity effect because it was simply impossible. He noted that the reservation proposed by the Russian Federation might be kept. However, they had to decide whether they preferred to remain

silent or to have a reservation provision. One issue could also be whether the title of that provision should be plural or singular.

Mr Heukels (The Netherlands) stated that his delegation had been largely silent. As a Delegate of the host State, he wanted to take the floor on this issue. He wanted to enter into the spirit of the tradition of the Hague Conference not to have reservations. Hearing the concerns, especially of the delegation of the United States of America, he thought that they opened up the discussion a bit. There had been no convincing arguments as to why Article 20 would not suffice. He was reluctant to keep silent – that would mean opening the reservation system. It was not convincing that one needed that in addition to the flexible system. He was not convinced yet and he thought that the debates should be continued with respect to the proposal of the delegation of the European Community (Work. Doc. No 28).

The Chair agreed that the debate was important. He thought that they had not dealt with such an important issue for a long time.

Ms Davies (Australia) recognised that the Convention was flexible at that point in time. There had been provisions for most of the issues. The participants had found solutions and compromises. She preferred not to have reservations. She also recognised that there was a difficulty for some delegations. It was important to attempt to help them. One of the issues that was a constant matter in the debates, was the messages sent. It did seem that having an explicit reference on reservations concerning non-money judgments would be sending a message that the participants did not want to send: "You must consider this". If it became necessary, there was an ability to deal with matters in that provision, but there should not be an invitation. She thought that silence could address the concerns without sending messages.

The Chair said that the Delegate of Australia had very eloquently stated that silence could be expressive.

Mr Matveev (Russian Federation) had a great desire to thank the colleagues for their understanding and support. There was no opposition on the substance, but concerns on the form remained to be addressed. As they were nearing the end, the time had come to make decisions. He favoured speedy decisions, provided that they were good for all the delegations, including his own. Many of the participants, and also the Permanent Bureau and the Chair, wanted to try to express the common understanding in the most convenient way. Sometimes silence could be a compromise. It was always good to express things verbally, but here they could be addressed in a silent manner. His delegation could agree to that.

The Chair noted that the delegation of the United States of America had initiated that interesting debate when proposing not to have any reservation provision in the Convention. A number of delegations had stated that they were prepared to follow that proposal in order to offer more comfort to the delegation of the United States of America when it would present the project to its Senate. However, in doing so, all States Parties would then have the possibility to make a reservation. That was a serious matter of concern for the other delegations. He asked the delegation of the United States of America whether their State was seriously considering the possibility to ratify the Convention. Such a statement would help the other delegations to accept not to have any reservation provision in the Convention even though they had many concerns in that respect.

Mr Kovar (United States of America) thanked the Chair for the opportunity to express himself on that point. His delegation had been working assiduously on the project for two years at least. They had been working very hard to make it a success. Since April 2004 all the colleagues had been working together with his delegation to identify problems and to find solutions. He thought that the meeting had been particularly effective in finding solutions in a way that he had never before seen at the Hague Conference.

He thought that his delegation would request advice and consent from the Senate as well as implementing legislation. Sometimes silly proposals came at the end. Some of the compromises now on the table might be negative. However, if the meeting continued in that positive way, he thought that his delegation would indeed be willing and able to take the Convention to the Senate.

The Chair asked the delegation of the European Community whether they could help to make progress in that matter.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that the European Community did not have a Senate, but that they would be taking the Convention for ratification.

The Chair jokingly said that the Observer for the European Community had implicitly added that question by silence.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that the delegation of the European Community, as everybody else, had been working for many years on the perspective that there would be no reservations. There had been all kinds of solutions and the meeting had even tried to deal with those in the strictest way. Article 20 was very serious. It should be used in a restrictive way and he did not expect that other reservations were needed. He wondered which was the most risky: a text allowing reservations for the future Contracting States in theory, or an article forbidding reservations which might result in the loss of some partners.

He thought that the question that the Chair had put to the delegation of the United States of America had been helpful. It could be said that they were at the end of a process; there was almost a full text and one would know to what kind of text one would be saying yes on that day. He thought that one could say yes, even under those two risks, because the text had already been taken aboard. It should be self-evident. Maybe that was the last matter of trust and the last effort towards a compromise.

The Chair noted that there seemed to be agreement that no reservation provision would be provided in the Convention. However, that decision had to be combined with the trust that the possibility given to States to make reservations would be used restrictively. He then pronounced the declaration that would accompany such a decision:

"It is the understanding of this Commission that no reservation should be encouraged in any way and that whenever a State wants to make a reservation – it should be made only if a State has a strong interest to do so; it should be no broader than necessary and be defined clearly and precisely; it should not deal with a specific matter that can be the object of a declaration; and it should not be detrimental to the fundamental principles and to the coherence of the Convention.

This position as expressed by this Commission has effects limited only to this Convention and it shall in no way be considered as related to any future Convention of the Hague Conference."

Procès-verbal/Minutes No 23

It was accepted that there was no reservation provision in the Convention.

Mr Matveev (Russian Federation) accepted everything. He wondered whether "fundamental principles" should not be replaced by "object and purpose", since there had been many references to "fundamental principles" in the Convention.

The Chair corrected accordingly the statement of the Commission which would then read as follows: " [...] and it should not be detrimental to the object and purpose and to the coherence of the Convention. [...]". That statement was approved.

Articles 23

The Chair then referred to Articles 23 and 26 and the proposal of the Working Group on those provisions (Work. Doc. No 85).

M. Goddard (Nouvelle-Zélande) remercie le Groupe de travail. Celui-ci a en effet travaillé intensément et est parvenu à des compromis qui, espère-t-il, seront durables.

He would begin by Article 23 and thought that the proposal should be discussed article by article. The focus was then on Working Document No 85, which superseded Working Document No 78. There had been four changes from the version that had been introduced the previous day. The first was a new paragraph 1; the second a new paragraph 5 which replaced the old paragraph 4; the third was renumbering. The fourth point was not really a change: when the Working Group was looking at Working Document No 66, there was common ground that it was dealt with in the old paragraph 1 (the new paragraph 2) and that there were no outstanding matters. Therefore there were two substantive changes.

On the new paragraph 1, he stated that there had been lengthy discussions of various proposals on explicit rules relating the Convention under discussion to other existing and future treaties. There had been general consensus and there was no support for a precise proposal. They had attempted as far as possible to reach consensus in the Working Group. Paragraph 1 was an interpretation rule in relation to the Convention: as far as possible, it had to be interpreted in line with other treaties. One had to endeavour to interpret it in a compatible way. There was no interpretation rule on other treaties, but the rule was confined to the Convention under discussion. It would simply be reflected in the Convention. There were delegations that had preferred to remain silent, but he thought that the proposal went as far as was possible. He noted that the delegation of the Russian Federation was completely unhappy, but that the proposal could go forward. They were constructive and helpful. He was grateful to the members of the Working Group. Consensus was a difficult issue.

The Chair noted that there were no general comments on the whole Article. As it was a delicate issue, he proposed to address that provision, paragraph by paragraph.

Paragraphs 1, 2, 3 and 4 were adopted without comments.

The core of the new contribution was in paragraph 5 which provided for a system where the Convention did not affect the application of other instruments to which a Contracting State was Party. However, that rule was pertinent only if that other instrument had been notified by the Contracting State to the depositary and only applied to exclusive choice of court agreements concluded after that notification. The idea behind that rule was that the parties to the choice of court agreement would know which treaty applied to their agreement at the time of its conclusion. However, he wondered why they did not have three time periods in that respect. They could have had a rule similar to that in Article 29(4) or (5) stating for instance that the other treaty would take effect three months after its notification to the depositary and would apply only to exclusive choice of court agreements concluded after that three-month period.

Mr Goddard (New Zealand) thought that it was simply a matter to draft that. He proposed: "an exclusive choice of court agreement agreed after the first day of the third month..." The same phrase could be used. The Working Group did not want to go down that path for reasons of economy of drafting. It might be fine, or one might have to split the Article.

The Chair saw that the Chairman of the Drafting Committee approved.

Ms Ferreira Correia (Portugal) stated that if there were a declaration at the moment of the deposit of the instrument of ratification, it would come into effect at the same time as the ratification would. There would be no period. She asked whether that was the correct interpretation.

The Chair answered that it meant that the notification of the State would apply only to choice of court agreements concluded on or after the date of entry into force.

Mme Sabo (Canada) suggère qu'il serait peut-être plus approprié de traiter de cette question à l'article 29.

Le Président indique que cette remarque est prise en compte par le Président du Comité de rédaction.

M. Goddard (Nouvelle-Zélande) approuve la suggestion faite par la Déléguée du Canada.

If there were a notification at the same time as a State became a Party, the three-month period would not apply. He did not want to repeat the words, because that would be clumsy. He referred to Article 29 on notifications and declarations. That would be the correct way.

The Chair asked the Delegate of New Zealand whether that meant that paragraph 5 would also apply to treaties concluded before the present Convention.

Mr Goddard (New Zealand) answered that this was the case.

The Chair noted that the suggestion regarding paragraph 5 was adopted and sent to the Drafting Committee.

Paragraph 6 was adopted without any comments.

The Chair stated that Article 23 was adopted and thanked the Working Group for that important step.

Articles 26 et / and 26 bis

The Chair then came back to Articles 26 and 26 *bis* which had not been fully discussed.

Mr Goddard (New Zealand) had three points in light of the discussions of that morning. The first was that the brackets around "Regional Economic Integration Organisation" had been removed. The second point was the words "Contracting State" or "Contracting States" and "State" or "States" in paragraph 4 of Article 26 and in paragraph 2 of Article 26 *bis*. He thought that one could leave the plurals without any loss of meaning. There had been a suggestion to use the words

"Contracting Parties", but that was not adopted. There were two other additions. In Article 26 there was one other important matter, namely the proposal of the delegation of China in Working Document No 82 on the word "solely". He stated that he had contributed to the confusion the previous day. The matter had been reconsidered and there had been some sympathy for the proposal. After further consultations, the word "solely" had to be inserted. He hoped that it was possible to re-open that matter.

The Chair recognised that the discussion on that issue had been rushed the day before. Therefore, he was open to discuss that issue again if there were general support for reconsidering it. He then noted that there was no opposition to the proposal to introduce the word "solely" before "by sovereign States" in the first line of Article 26(1).

Mr Tenreiro (European Community – Commission) thought that it was good to repeat for the record of the meeting what the Deputy Secretary General had said in the meeting of Commission I. One had to make sure that the English and French words were the same. The French "constituée" was different from the English "constituted". He thought that it had to be checked that the words were right.

The Chair noted that they could have "constituted" in the first line of the English text and "composé par" in the French text.

Mr Duncan (Deputy Secretary General) stated that in the meeting of Commission I, the Permanent Bureau was of the view that "constituted" meant "established by" and not "consisting of". In other words, one should not look at what the organisation was consisting of at the moment, but the question was whether it had been established by sovereign States.

Mrs Borrás (Spain) had a small question on the English term. In English the words were "has been transferred", while the French word was "délégué" (in Art. 26(2)). She thought that the French word had to be "attribué".

Le Président pense effectivement que «délégué» n'est pas l'expression la plus appropriée. Il suggère «attribué» ou «transféré» mais s'en remet aux francophones de la Commission européenne.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) wanted to clarify. He thought that the difference was important because of the existence of other bodies such as the European Central Bank. He thought that stating "sovereign States" was sufficient, without the word "solely". However, he could accept that word if it would provide comfort for others.

Mr Duan (China) thanked the participants for the support and apologised for not having been clear on the previous day. He realised that this had now caused more work.

The Chair noted the proposal to replace "constituted" by "established" and "constitué" by "établi" in the French text.

Mr Beaumont (United Kingdom) stated that he had interpreted the meeting of Commission I that there was a clarification on what "constituted" meant and not that there had to be a change in the text.

The Chair jokingly said that he understood the pleasure the delegates might have in attending Commission I.

The Secretary General stated that the participants should not spend too much time on the issue. In response to the questions put by Mme Borrás, he referred to Article 18 of the Securities Convention, which also contained the words "transferred" and "délégué". He continued, more generally, that the meeting should not be made an exercise in drafting.

The Chair stated that the matter was referred to the Drafting Committee.

Mr Sun (China) stated that the intention was "constituted". The idea was that all the members of the organisation had to be sovereign States at any moment. That was important.

The Chair concluded that Article 26 remained as it stood in Working Document No 85.

Article 26 was adopted.

He then referred to Article 26 *bis* (Work. Doc. No 85). That provision went in a similar direction as the previous Article.

Article 26 *bis* was adopted as it stood in Working Document No 85. As to the title he observed that the word "Accession" had a different meaning than in paragraph 1. It had a broader sense in the title as it also related to "signature". He wondered when the declaration should occur and whether that was a matter of practical importance. He said that he was in the hands of the Permanent Bureau.

The Secretary General stated that it might be at any time. However, if it were made at the time of signing and not repeated at the time of ratification, there was a problem.

The Chair thought that the word "signature" might be deleted in paragraph 1 since the signature procedure usually did not require any declaration. A declaration made at that moment would not be decisive.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) thought that the normal language should be used. He did not know about other Regional Economic Integration Organisations. He thought that "signature, acceptance, approval *or* accession" would be sufficient. If the declaration had been made upon signature, one could make a copy for the time of ratification.

The Chair stated that the formal act had to be done at the time of the ratification. Therefore the declaration might be changed from the signature to the ratification.

Mr van der Velden (The Netherlands) stated that it had to be made at the time of ratification or accession. If it were made before and not repeated, it had no effect.

The Secretary General thought that it was important that no mistakes were made. He referred to the *Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* (1996), which referred to "signature". It was essential for it to be possible to make a declaration at the time of signature even if it had to be repeated upon ratification. It was a political matter, and the provision had to be kept as it was.

The Chair thought that the situation was different from the 1996 Convention. At that time the European Community had wanted to explain how it would implement the Convention and there was no provision to that effect in the Convention.

He thought that it would be a mistake not to mention "ratification". He proposed to send that issue to the Drafting Committee.

Procès-verbal/Minutes No 23

Articles 22(4) and 25(4)

The Working Group proposed to add a paragraph to the effect that those articles would apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Mr Goddard (New Zealand) stated that the delegation of the United States of America had proposed to refer to "Contracting Parties" and not "Contracting States" and consequential changes. Articles 22 and 25 would not apply to Regional Economic Integration Organisations. There was a certain attraction in the elegance of the language, but there was a risk as to which terms had to be used in which places. There was not sufficient time to debate the matter. He thought that it had been simpler to go to the heart of the substantive concern. There was common ground. The proposed new paragraph would say that.

The Chair said that this explanation was clear.

Articles 22(4) and 25(4) were adopted as they stood in Working Document No 85.

Article 30

He then referred to Article 30 on denunciation. There were no working documents submitted on this Article. However, he had proposed to provide for a specific rule with respect to Regional Economic Integration Organisations but the European Community did not find it necessary. He wondered how the problem would be solved in case a Regional Economic Integration Organisation wanted to denounce the Convention.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that one of the reasons was that in principle, if the European Community acceded to the Convention, it would not denounce it. They were talking about messages. To expressly refer to Regional Economic Integration Organisations in that provision while only "Contracting State" was used in others, would be a bad message. If the European Community wanted to denounce the Convention, it would send a notification in writing to the depositary.

Article 30 was adopted.

Article 31

The Chair referred to Article 31 on notifications by the depositary. He stated that the Drafting Committee would take care of the numbering of the provisions.

Article 31 was adopted.

Titre / Title

With respect to the title, the issue had been raised whether it needed to be corrected as it referred to exclusive choice of court agreements while Article Q dealt with non-exclusive choice of court agreements. He had the feeling that it was not necessary to change the title of the Convention.

Préambule / Preamble

He pointed out Working Document No 74 with respect to the Preamble.

Mr Markus (Switzerland) stated that the participants had arrived at the most difficult point in the negotiations. They would find in the proposal two points that were the aims and goals of the instrument, namely the promotion of international trade and the highest respect for the autonomy of the parties. He thought that it was worth expressing that in the text.

Mr Sun (China) was very brief: his delegation welcomed the proposal.

Mrs Sabo (Canada) stated that, particularly in light of the reservations, her delegation was happy to support the wording.

The Chair noted that no objections were raised. The Preamble was adopted as it stood in Working Document No 74.

The Chair stated that the first reading was finished. He proposed to have a break. Proposals would still be possible before the second reading.

La session est levée à 17 h 10.

Procès-verbal No 24
Minutes No 24

Séance du mercredi, 29 juin 2005 (soir)

Meeting of Wednesday, 29 June 2005 (evening)

The meeting was opened at 9.10 p.m. under the chairmanship of Mr Bucher (Switzerland), with Mr Dogauchi (Japan) and Mr Hartley (United Kingdom) as co-Reporters.

The Chair explained that the Chairman of the Drafting Committee would present the Convention (Work. Doc. No 88) chapter by chapter. He said that he would then invite the Commission to comment on each article at a time, but that he would not actually read the text of each article. He said that Working Documents Nos 76, 77 and 87 would also be considered.

The Chair said that at the end of the second reading he would make a proposal that there would not be a third reading in Commission II. He explained that a third reading would normally check for linguistic and cross-referencing errors.

The Secretary General said that there would be a later meeting of the Plenary, after that of Commission I, which would be chaired by Mr Struycken.

The Chair asked the Chairman of the Drafting Committee if he would first like to make any comments on the draft Convention as a whole, or whether he was ready to start with explaining any changes to the Preamble. He noted that both the French and English texts should be considered during this second reading. He stated that the second reading was based on the draft Convention in Working Document No 88.

The Chairman of the Drafting Committee said that in relation to the Preamble there was one small change resulting from a proposal of the delegation of Switzerland.

He then moved on to explain changes in Chapter I. In relation to Article 1 on scope, Mr Musger explained that the only major change was the removal of the time factor from paragraph 2.

In relation to Article 2(1), he said that the paragraph remained unchanged. In relation to Article 2(2) there were changes to reflect the new provisions agreed upon in Commission II. He wished to draw attention to paragraphs *f)*, *f bis*), *x)*, *y)* and *k bis*). In relation to Article 2(3), the reference to "incidental question" was deleted and replaced by the term "preliminary question".

In relation to Article 3, Mr Musger stated that there were no major changes on this core provision. He also noted that there were no major changes to the other core provisions (Articles 5, 7 and 9) either. The only minor change in Article 3 was a change from the phrase "entered into or evidenced" to "concluded or documented".

He said that the definitions in Article 4 remained unchanged. He noted that the title was "Other definitions" as it was recognised that Article 3 also contained definitions.

The Chair observed that Working Document No 76 proposed to amend Article 1(2). He invited the delegation of Japan to explain its proposal.

Mr Inoue (Japan) said that there was no time factor at all in the Article as drafted in Working Document No 88. He explained that this Article is the starting point of defining internationality and the scope of the Convention, he therefore thought that it was necessary to have a time factor to determine when a case is international. He suggested using the time of commencement of the proceedings as the relevant point in time. He thought that this was the most obvious, easy point to choose for a definition. He said that this rule would guarantee unified implementation and practice of the Convention.

The Chair said that support would have to be expressed for this proposal to continue.

Mr Sun (China) expressed his support for the text in Working Document No 88, and said that he could not accept the proposal in Working Document No 76.

The Chair asked the Commission if there was any support for the proposal. He noted that there was not any and he stated that the proposal would not be carried on. He observed that there was a lack of clarity in this Article, but that this was the case as no agreement could be reached on a time frame.

He asked if any other delegations wished to take the floor on Article 1. He observed that this was not the case, and stated that Article 1 was adopted.

The Chair then moved on to Article 2(1). He noted that there were no comments. He then moved on to Article 2(2). He stated that Working Document No 87 had been submitted by the delegation of the United States of America on this paragraph.

Mr Kovar (United States of America) said that he would like to direct the attention of the meeting to Article 2(2) *f bis*). He said that he believed that the exclusion from scope of "contracts for the construction and sale of ships concluded by the builder of the ship" was made in error. He proposed deleting this type of contract from the exclusion.

The Chair asked the delegation of Norway if it supported this proposal.

Ms Holtskog Olebakken (Norway) said that Article 2(2) should be kept simple and that these words should be deleted. She said that if necessary a State could make an Article 20 declaration to cover such contracts.

Mr Inoue (Japan) commented that ship building is a big industry in Japan, and so extending the scope of the Convention to cover such matters would be good for international trade.

Mr Markus (Switzerland) said that he also supported the proposal.

The Chair noted that there were no other observations or opposition to the proposal. He confirmed that the proposal had the full support of the Commission and that the Drafting Committee would delete that part of Article 2(2) *f bis*) as proposed in Working Document No 87.

The Chair asked the Commission if there were any comments on the remaining paragraphs of Article 2.

Mr Inoue (Japan) asked the Commission to clarify if paragraph *x)* included purely non-physical injury such as loss of reputation.

Mr Beaumont (United Kingdom) explained that as Chair of the Working Group on that provision he did not consider that it included loss of reputation, defamation or privacy claims. He said that it did, however, cover claims in respect of pain and suffering and nervous shock.

The Chair observed that the delegation of Japan was satisfied with this answer. He then observed that there were no comments on the order of the exclusions contained in Article 2(2).

The Chair stated that there were no observations on Article 2(3) and Article 2(4). He said that Article 2 was thereby adopted. Since there were no proposals on Articles 3 and 4, these were also adopted.

The Chairman of the Drafting Committee said that he would explain the changes in Chapter II.

In relation to Article 5, concerning the jurisdiction of the chosen court, he said that the provision was basically unchanged. He said that paragraph 3 had the effect of not preventing a Contracting State from applying rules on jurisdiction related to the subject matter or value of the claim, or rules on the internal allocation of jurisdiction. He explained that paragraph 3 *b*) contained guidelines on the exercise of the discretion of a chosen court to transfer a case. He wished to note that this provision only applies if the chosen court has discretion under national law.

He stated that Article 7 contained the second core provision, which in principle remained unchanged. He noted that paragraph *d)* had been slightly modified, the words "beyond the control of the parties" had been added.

He said that in respect of Article 8 there had been a slight clarification of its scope, reference was now made to the refusal or termination of interim measures.

He stated that Commission II had decided to delete Article 6 as it was considered not necessary to have a provision on the procedure for staying proceedings involving preliminary questions.

The Chair noted that there were no working documents submitted on Chapter II. He stated that Articles 5 and 7 were adopted.

Procès-verbal/Minutes No 24

Mr Tenreiro (European Community – Commission) asked whether the Explanatory Report could clarify that Article 6 was deleted because it was considered not necessary as courts can deal with that issue themselves. He also wished the Explanatory Report to clarify what is meant by "capacity" in Article 7 *b)*.

The Chair confirmed that this was noted in the minutes and by the co-Reporters.

Mr Kosorukov (Russian Federation) stated that the qualifiers "manifest" and "manifestly" in Article 7 *c)* do not entail consequences of legal interpretation when applied in the Russian legal system.

The Chair said that it appeared that in the opinion of the Commission these words did have some meaning. He said that the statement of the delegation of the Russian Federation would be on the record, but that it did not comply with the Commission's understanding of the words. He observed that no proposal on such an interpretation was received and that at this stage it was not possible to change the wording or the meaning of the wording.

Mr Goddard (New Zealand) said he wished to add his understanding of the words "manifest" and "manifestly". He explained that these words replaced the phrase "very serious". The new words were designed to increase the level of seriousness required before the exception to the general rule in Article 7 was applied. The word "manifest" was intended to provide additional clarity and seriousness.

Mrs Sabo (Canada) stated that in respect of Article 7 *c)*, and all other provisions of the Convention, the Canadian courts would be invited to use the minutes of these proceedings and the Explanatory Report to interpret the Convention.

The Chair said that the meaning given by the Commission remained. He explained that this was a key provision which is part of the object and purpose of the Convention. He noted that this discussion had been recorded.

He stated that Article 7 and Article 8 were adopted.

The Chairman of the Drafting Committee then introduced Chapter III on recognition and enforcement. He explained that the Drafting Committee thought that it would be useful to re-order the articles in this Chapter. He said that Article 9 contained the general rule. This would be followed by Article 9 *bis* (covering the general grounds for refusal of recognition and enforcement), followed by Article 10 (covering the grounds for refusal of recognition and enforcement where excluded matters arise as a preliminary question), followed by Article 15 (on damages). He explained that Article 15 had been moved up in the Convention as it also covered grounds for refusal to recognise or enforce in certain circumstances.

Mr Musger said that there was no substantive change to Article 9, although the order of the provisions had changed. It had been felt that the old Article 9(1 *bis*) was too prominently placed and so it had been moved to paragraph 5. In principle, a judgment given by a court pursuant to an internal transfer of the case (as allowed by Article 5(3)) would be required to be recognised and enforced under the Convention. However, where a case had been transferred to a court not chosen by the parties, recognition or enforcement could be refused if it was sought against a party who had objected to the transfer in a timely manner in the State of origin. This would mean that a judgment given *against* a party who had objected to the transfer would have no effects in the requested State, neither for the plaintiff nor for the defendant.

On the other hand, a judgment given *in favour* of the party who had objected to the transfer would be fully enforceable in the requested State. In this case, it would have effects for and against both parties.

Introducing Article 9 *bis*, Mr Musger said that it had been decided to keep the wording of Article 9 *bis c)* as adopted by Commission II. He explained that Article 9 *bis c) i)* provided a factual test as a basis for refusing to recognise or enforce, and Article 9 *bis c) ii)* a public policy test. He stated that the use of the word "notification" was without prejudice to the *Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*. He stated that there was no intention of touching the consistency of that Convention, but that the Drafting Committee had decided to leave the provision as discussed in Commission II.

Mr Musger stated that Article 9 *bis f)* was now much shorter than in the previous draft. He considered this to be a big improvement.

Mr Musger explained that Article 10 concerned cases where the court of origin has to deal with excluded matters as a preliminary question. He stated that it had been decided to split the old paragraph 2 into two new paragraphs in order to make the provision more readable.

He stated that Article 15 had been agreed by the Commission.

He said that in respect of Article 12 the Drafting Committee had tried to comfort the concerns of the common law countries by using the French term in the title and in the text of the English version. He felt that this clearly indicated what is meant by the term "judicial settlement".

Mr Musger explained that only technical amendments had been made to Article 13, and that Articles 14 and 16 were unchanged.

The Chair observed that Working Document No 77 concerned Article 9(1 *bis*).

Mr Inoue (Japan) explained that the proposal in Working Document No 77 was now relevant to Article 9(5) in Working Document No 88. He explained that he could accept the policy of the provision but that he had difficulty in accepting the new paragraph 5 for reasons of technicality and practicability with regard to the procedure applied to a foreign judgment. He said that the second to last line would cause confusion in the provision's application in the Japanese courts because in Japan a judgment was seen as an integral body, binding on both the plaintiff and the defendant at the same time. Nobody could sever it into heads and tails. He said that the words "against a party" could require the court, upon recognition of a foreign judgment, to sever the effect that the judgment had on one party, from the effect it had on the other party, but that the Japanese jurisprudence did not allow that consequence because of the integrity, or unseverability, of a judgment. Mr Inoue, said again that he did not oppose the policy of the provision, but that he proposed the change of words indicated in Working Document No 77 in order to help the Japanese courts to apply the Convention without difficulties.

The Chair stated that he understood that the proposal was to improve the meaning of the paragraph and not the policy. However, he expressed doubt that this was merely a drafting issue.

Mr Herrup (United States of America) said that this entire area had been subject to discussion since 1998 and as such

he opposed the proposal in Working Document No 77. He explained that the provision had been carefully crafted and a delicate balance had been struck, noting that this provision was connected to other articles. He thought that the balance reached should only be disturbed in the most compelling circumstances.

Mr Herrup said that he understood the doctrinal concerns of the delegation of Japan, but that he had not heard of a hypothetical case that would be likely to arise and cause such concerns. He was of the view that if such a circumstance did arise then this could be dealt with by internal law. He asked the delegation of Japan if their concerns could be addressed in a way other than by changing the text.

The Chair commented that the intervention of the delegation of the United States of America was strong. He noted that Japan did not want to change the policy of the provisions, but had procedural concerns. He asked if the delegation of the United States of America was able to offer a bit of flexibility.

Mr Herrup (United States of America) said that he was not convinced that the proposal did not broaden the current effect of the Article. He thought that a broadening of the provision could lead to more strategic litigation and make it difficult to ensure uniform interpretation of the Convention. He expressed a hope that the concerns of the delegation of Japan could be addressed without altering the text of the Convention.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said that he shared the concerns expressed by the delegation of the United States of America. He thought that after these very intensive negotiations it would be dangerous to change the wording. A party that had objected to a transfer should be protected where the court to which the case was sent (but which had not been chosen by the parties) gives a judgment against this party. But if the party, despite the transfer, wins the case, there is no reason to punish him or her twice: first by sending the case to a court not chosen, and then by not recognising the judgment given in favour of that party. As to the doctrinal problems of the Japanese delegation, Mr Tenreiro pointed out that Article 9(5) would not lead to the result that a specific part of a judgment would be binding for one of the parties and not binding for the other. As far as the judgment was given in favour of the party which had objected to the transfer, it would be recognised (and therefore be binding for both parties), and as far as it was given against this party, it would not be recognised (and therefore not be binding for any of the parties).

The Chair asked the delegation of Japan if it greatly resisted these interventions. He proposed that the text remain unchanged, but the Commission understand it to mean that as far as a judgment is recognised, it has the same meaning for both parties to the proceedings. He asked if this was acceptable.

Mr Inoue (Japan) expressed appreciation for the Chair's understanding and the sincere responses of the delegation of the United States of America and the observer for the European Community. He explained that this technicality was a serious concern for his delegation. He said that Article 14 stated that the procedure for recognition and enforcement was governed by the law of the requested State and that the spirit behind the Article should be respected. He stated consequently that if it were understood that a Japanese judge who did not refuse the recognition or enforcement of a foreign judgment in the way as was provided under Article 9(5) in Working Document No 88 would not be acting in contravention of the Convention, then he would be prepared to withdraw his proposal.

The Chair confirmed that the proposal was withdrawn.

He stated that Article 9 was adopted.

The Chair asked if the Commission had any observations to make on Article 9 *bis*.

Mr Matveev (Russian Federation) wished to emphasise what was said by Mr Musger in respect of the term "notification" used in Article 9 *bis*. He wished to state that the statement made by Mr Musger (that no provision of this Convention is intended to change anything in relation to the *Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*) was correct. He wished to stress the importance of this statement.

Mr Sun (China) said that he also took the position that the *Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* is very important and that it would not be affected by this Convention.

The Chair noted that these statements would appear in the minutes of the meeting. No other observations being made, the Chair stated that Article 9 *bis* was adopted.

The Chair stated that no observations were made on Articles 10, 15 and 12, and that they were all subsequently adopted.

He then asked if anyone wished to make any observations on Article 13.

M. Matthys (Belgique) déclare que bien que sa délégation soit entièrement satisfaite de l'article 13(4) elle souhaiterait néanmoins attirer l'attention sur le fait qu'au sein des pays multilingues les régions sont parfois unilingues. Il rappelle que ce paragraphe dispose que « [s]i les documents (...) ne sont pas rédigés dans une langue officielle de l'État requis, ils sont accompagnés d'une traduction » et que cette formulation ne tient pas compte de la langue du juge requis. Il remarque qu'il serait opportun que la traduction soit faite dans la langue qui est usitée dans la région particulière où se trouve le tribunal requis. Il ajoute que cela pourrait être précisé dans le Rapport explicatif.

Mr Matveev (Russian Federation) thought that paragraph 4 was sufficiently clear; the law of the requested State (referred to in paragraph 4) could address this situation. He added that he thought that it might be welcomed if there were such a situation, that it be communicated to other Contracting States in some way.

The Chair stated that this matter could be solved by Article 22(1) *a*). He suggested that the official language be that determined by the Contracting State. He noted that there was no proposal to change the wording of the paragraph and so it would be kept as it is.

Mr Kovar (United States of America) wished to state that there was an error in the form. He said that both clauses 9 *bis* and 10 refer to the judgment being the subject of review. He thought one of the clauses was meant to refer to a default judgment.

M. Hoscheit (Luxembourg) indique que dans la version française du formulaire, les points 9 *bis* et 10 ne sont pas identiques. Il explique que le point 9 *bis* traite de la question de savoir si le jugement est exécutoire, tandis que le point 10 traite de la question de savoir s'il fait l'objet d'un recours.

The Chair confirmed that there was an error in the English version, and that clause 9 *bis* would be changed by the Drafting Committee.

Mr Goddard (New Zealand) said that clause 9 *bis* is supposed to address whether the judgment is enforceable or not. He also added that in clause 10 the word "was" should be deleted.

Mr Brand (United States of America), as the Chair of the Form Working Group, informed the Commission that in Working Document No 33 the reference to default judgments had been removed, as was the reference to whether the judgment was enforceable. He said that the Group had thought that it would be better to only include factual questions. He explained that the Drafting Committee had decided to put a reference regarding whether the judgment is enforceable back into the form.

The Chair confirmed that this was the case, that the paragraph on default judgments had been deleted and that there should be a paragraph on whether the judgment is enforceable or not. He said that these changes (in Nos 9 *bis* and 10 of the form) should be made.

Mr Sun (China) asked if the form also covered cases that had been transferred between courts of a Contracting State.

The Chair replied that there had been no proposal on this point in reference to the form.

The Chairman of the Drafting Committee confirmed that this had been discussed in the Drafting Committee. He stated that the same form could be used in respect of a judgment given by a court to which the case had been transferred. He said that this could be explained under clause 11 (Any other relevant information).

The Chair confirmed that the form, Article 14 and Article 16 were adopted. He said that the whole of Chapter III was adopted.

The Chairman of the Drafting Committee then explained the provisions in Chapter IV.

In respect of Article 16 *bis*, he said that there were no changes.

In respect of Article Z on contracts of insurance and reinsurance, he explained that there had been some discussion as to whether the provision should be divided and appear in Chapters I and III. He said that it had been decided to keep the provision with the general clauses in one horizontal article.

Mr Musger explained that there was a technical amendment to Article 17, concerning a reference to an Apostille.

He explained that Articles 18, 19, 20 and Q concerned declarations. He said that Article 29 addressed the procedure and consequences for such declarations.

He said that Article 21 on uniform interpretation remained unamended.

He noted the addition of Article 21 *bis* on the review of operation of the Convention.

In respect of Article 22 he stated that the Article does not cover Regional Economic Integration Organisations.

Mr Musger indicated that Article 23 should appear in Chapter IV, not Chapter V.

Ms Ferreira Correia (Portugal) expressed concerns in respect of the systematic interpretation of Article 16 *bis* in conjunction with Article Q. She wished to confirm that a declaration made under Article Q would be subject to the transitional provisions in Article 16 *bis*.

The Chair said that when a non-exclusive choice of court agreement is made the Convention only applies to it once an Article Q declaration has been made. He stated that it had been decided to leave the issue that the delegation of Portugal raised open.

Mr Goddard (New Zealand) said that it was important to bear in mind that whether a clause is exclusive or non-exclusive will not always be determined by the deeming provision (Article 3 *b)*); sometimes it would be apparent on its face. He explained that if an agreement is silent as to its exclusivity, where the chosen court is in a Contracting State the deeming provision will apply while in other States the clause may not be interpreted as being exclusive. He said that in respect of Article Q there could not be a parallel to Article 16 *bis* (1) because there is not a single court to look at to make this determination. He explained that the effect of this is that where a declaration is made it does not matter when the choice of court agreement was entered into. He said that the intention was to give the maximum possible effect to the Convention, and so it was decided not to apply a cut off date as a Convention rule. However, Contracting States would be free to address this issue in their declarations.

The Chair asked the delegation of Portugal if it was prepared to proceed without any amendments.

Ms Ferreira Correia (Portugal) asked whether a choice of court agreement concluded today, specifying the courts of Portugal, would be recognised and enforced under the Convention. She asked if this would be the same if the clause specified the courts of Portugal and Spain and a declaration was subsequently made.

The Chair said that the answer would not be simple. He suggested that the declaration could address this.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) said one might have the impression that an Article Q declaration would not have retroactive effect (*i.e.*, would not apply to choice of court agreements concluded before the declaration was made). He suggested that this issue should be left for the State making the declaration. What the Commission appeared to have before it now was the extreme position that any declaration would have an absolute retroactive effect (*i.e.*, it would apply to agreements concluded even before the Convention is adopted). He said that if this were the case then such declarations would never be made. He wished for it to be clarified that the State making the declaration has the freedom to determine this issue.

The Chair stated that if a change was being proposed then it would require a written proposal. But it was the clear understanding of Commission II that the State making the declaration may include a provision in its declaration addressing this matter.

He then confirmed that Articles Z, 17, 18, 19 and Q were adopted.

He said that Article 20 was a key provision in the Convention.

Mr Malynovsky (Ukraine) said that the aim of Article 20(1) is to draw the attention of States to the need for serious grounds to make a declaration. He said that it was also his delegation's understanding that if a declaration is made it shall not be rejected or contested by other Contracting States. He wished to confirm that this understanding was correct.

The Chair confirmed that there is no provision in the Convention allowing for objections to declarations made under Article 20. However, he brought to the attention of the Commission Article 21 *bis* providing for a review of the operation of the Convention. He said that this would include a review of Article 20 declarations. He said that Contracting States would be consulted and would be able to make observations on the declarations, but that it would be for the review committee to make any appropriate decisions.

Mr Beaumont (United Kingdom) wished to reiterate what was said in the Working Group on Article 20. He said that he thought that this point was important in respect of the Explanatory Report. He said that States were strongly encouraged to submit declarations in draft form to the Permanent Bureau so that States can comment on them before they become final. He said that this should be encouraged as good practice. He clarified that these were not reservations and it remained for each State to determine the scope of its declaration.

The Chair confirmed that this would be included in the Explanatory Report.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) asked that the Explanatory Report state clearly what had previously been said about Article Q, namely that States should indicate the time the declaration should take effect.

The Chair confirmed that this would appear in the Explanatory Report.

Mr Matveev (Russian Federation) wished to stress that Article Q and possible declarations will not entail any legal consequences for other Contracting States that have not made similar declarations. He said that there would be no legal consequences arising from a declaration to the rights enjoyed by other Contracting States under this Convention or any other treaty. He said that the declaration would have no legal consequences whatsoever.

The Chair stated that this statement had been made before and was on the record.

He confirmed that Article Q and Article 20 were adopted. There were no observations on Article 21, so this was adopted as well. The Chair then invited any observations on Article 21 *bis*.

Mme Sabo (Canada) constate qu'il existe une légère différence entre la version anglaise et la version française de l'article 21 *bis b)*. Elle remarque que, dans le texte français, il n'est pas parfaitement clair que les mots « celle-ci » visent la Convention dans la mesure où ce terme ne figure que dans la lettre *a)*.

Le Président déclare qu'il existe en effet un risque de malentendu car il semble possible de considérer que les mots « celle-ci » se réfèrent à la « déclaration ».

M. Matveev (Fédération de Russie) remarque que dans la rédaction retenue de l'article 21 *bis* qui est proposée, l'autorité en charge de l'examen périodique du fonctionnement de la Convention n'est pas précisée. Il constate que dans d'autres conventions de La Haye comme la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection des adultes, il est précisé que l'examen de la convention échoit à la Commission spéciale (article 52). Il ajoute qu'il serait opportun qu'une telle précision figure également dans l'article 21 *bis*.

Le Président indique qu'il souhaiterait connaître l'avis du Président du Comité de rédaction sur cette disposition.

The Chairman of the Drafting Committee said that it was clear that the Secretary General would make the arrangements, either for a Special Commission or within General Affairs and Policy, or possibly by a questionnaire to Member States or Contracting States. He said that how to arrange the review had been left to the discretion of the Secretary General.

The Chair noted that the *Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* referred to the Secretary General in its Article 56 in a similar manner. He asked if the delegation of the Russian Federation wished to make a formal proposal for a change to the provision.

Mr Matveev (Russian Federation) said that he would like to see in the text of the Convention that the discretion of the Secretary General is not absolute. He suggested that, in the absence of a clear view of the future, any review should be done within the framework of the Hague Conference.

The Chair stated that the provision makes clear that the review will be done within the framework of the Hague Conference.

Mrs Sabo (Canada) said that she was not in favour of amending Article 21 *bis* in the way suggested. She said that, particularly in view of the budget, it was wiser not to oblige the Secretary General to hold a Special Commission. She said that the need to hold a Special Commission could be done more effectively via input from the the Member States in creating the work programme of the Conference.

The Chair stated that there was no support for this proposal. He explained that the differences between this Article and similar articles in other conventions was small and existed due to the declaration system. He said that the Article should not be disrupted. He concluded that the Article was adopted.

Mr Matveev (Russian Federation) wished for the statement of the Chair to be emphasised and precisely recorded. He said that it would make it possible for the Russian Federation to implement the Convention if it is recorded that a review is to be organised within the framework of the Hague Conference.

The Chair invited comments on Article 22. He noted that there were no observations on Article 22(1).

He indicated that Article 22(2) contained the phrase "including the location of the chosen court". He noted that this expression had been deleted elsewhere in the text.

Mr Sun (China) said that the Drafting Committee could decide if these words should remain or not.

The Chair thought that this was more than a drafting issue.

Mr Goddard (New Zealand) explained that in a number of provisions the location of the chosen court was seen as a relevant connecting factor, but that it had been removed as such from Articles 23(3) and (6), as it is not a relevant factor for the purposes of Article 1. He said that the same change should have been reflected in this Article but had been overlooked. He proposed that the words be deleted.

The Chair confirmed that it was simply a mistake that the words remained and that it had been proposed that they be deleted.

Mr Kovar (United States of America) suggested that this could be left to the Drafting Committee.

Procès-verbal/Minutes No 24

The Chair replied that this was a matter of substance.

Mrs Sabo (Canada) said that it was a matter of substance, but that it was simply an oversight, and the words should be deleted to bring this Article into line with Article 1(2).

Mr Beaumont (United Kingdom) confirmed that it was an oversight.

Ms Davies (Australia) said that she had a preference for a consistent approach.

The Chair stated that there was significant support for this proposal. He noted that no objection had been made and the deletion would be effected.

He stated that Article 23 correctly belonged in Chapter IV.

Mr Malynovsky (Ukraine) noted that Article 23(5) began "This Convention does not affect (...)". He stated that the other paragraphs use the word "shall". He asked if the meaning of all the paragraphs was the same.

The Chairman of the Drafting Committee said that he approved of a change of "does" to "shall".

The Chair noted that the French version was already coherent in this respect.

He stated that Article 23 was adopted.

The Chairman of the Drafting Committee then introduced Chapter V.

In respect of Article 24, he said that there was no change of substance. He said that a decision had been made that two Contracting Parties are sufficient for the Convention entering into force.

In respect of Article 25, he said that there was no change, except that the provision would not apply to a Regional Economic Integration Organisation (Article 25(4)).

In respect of Articles 26 and 26 *bis* he explained that the words "ratify" and "ratification" had been inserted. He commented that these words did no harm.

In respect of Article 27 he said that this was a standard clause in Hague Conventions.

He commented that there is no Article 28.

He said that Article 29 concerned the procedure for declarations. He said that the provision addressed two important questions, firstly, when subsequent declarations take effect, and secondly, whether declarations have retroactive effect. He said that the answers to these questions are in paragraphs 4 and 5. He said that this provision is important for the application of Articles 18, 19, 20, Q and 23. As Article Q was not mentioned in paragraph 5, it was left open by the Convention whether declarations under this Article would also apply to choice of court agreements concluded before the declaration takes effect. Contracting States would have to clarify this issue in their declarations.

He stated that Articles 30 and 31 were standard articles.

He concluded by saying that this was the draft of the Drafting Committee. He thanked all members of the Drafting Committee for their work and support in both this session and the previous two Special Commissions.

The Chair thanked Mr Musger and the Drafting Committee for all their work.

He invited observations on Article 24.

Mr Matveev (Russian Federation) said that there was a slight error in paragraph 3. He thought that the word "other" should be deleted.

The Secretary General stated that this observation was entirely correct.

Mr Pravednyk (Ukraine) suggested using the formula in the *Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*. He said that if there was no support for this proposal then he could accept the current provision as it is.

The Chair confirmed that there was no support for this suggestion.

Mr Matveev (Russian Federation) said that he had an observation on paragraph 4 which would be clear after Article 26 had been discussed.

The Chair confirmed that Article 24 was adopted (with the word "other" deleted). He invited the Commission to comment on Article 26.

Mr Matveev (Russian Federation) said that it had been discussed in the Drafting Committee, but he would like to draw the attention of Commission II to the use of the term "ratification" in relation to international organisations. He said that this point had been analysed by the International Law Commission, and it had been concluded that the term "ratification" can only be used in respect of States. He said that in international practice the term "formal confirmation" was used. He suggested that this change be made here.

Mme Sørensen (Communauté européenne – Conseil) déclare que pour ce qui concerne la Communauté européenne, le terme «ratifier» est inutile car les termes «accepter» ou «approuver» sont entièrement suffisants.

Le Président note que tout le monde semble d'accord pour constater l'inutilité du terme «ratifier». Il propose que, par conséquent, celui-ci soit biffé dans les articles 26 et 26 *bis*. Il observe ensuite que les articles 26 et 26 *bis* sont adoptés. Il donne ensuite la parole à délégation de Fédération de Russie pour exposer la réserve qu'elle a exprimée à propos de l'article 24(4).

Mr Matveev (Russian Federation) said that he did not think that a new term should be introduced; he said that there was no need to change Article 24(4). He said that everyone understood that it refers not only to situations in Article 24, but also to Articles 26 and 26 *bis*.

The Chair confirmed that Article 24 was acceptable for the European Community. He stated that Articles 24, 27, 29 and 30 were adopted. He invited the delegates to comment on Article 31.

Mme Sabo (Canada) constate que, dans la version française de la lettre *c)*, le terme «modifications», qui figure dans la version anglaise, manque.

Le Président propose d'ajouter le terme manquant dans la version française et de ne pas modifier la version anglaise.

M. Struycken (Pays-Bas) suggère de supprimer le terme «et» («and» dans la version anglaise) entre les mots «signatures» et «ratifications» pour le remplacer par une virgule.

Le Président déclare que cette question peut être confiée au Comité de rédaction. Il ajoute qu'il serait souhaitable que ce dernier vérifie si la rédaction proposée par la délégation des Pays-Bas est celle généralement retenue dans d'autres conventions internationales.

The Chairman of the Drafting Committee confirmed that he would do this.

The Chair said that the Secretary General was not happy with the Preamble. The Secretary General had observed that other Hague Conventions simply state at the end of the Preamble that the States Parties resolved to conclude the following Convention, without repeating the title of the Convention. He suggested that this should be the case for this Convention also.

Mr Matveev (Russian Federation) said that he supported this proposal. He added that he would also suggest that the word "following" be replaced by the word "present".

The Chair acknowledged that there was an element of logic in this proposal. He confirmed that the word "following" be replaced by "present" and that the title not be repeated in the Preamble.

The Secretary General said that he and Ms Schulz had been thinking about the title of the Convention. He asked if it would be wise to delete the word "exclusive" from the title as it made the Convention appear narrower than it is. He said that the Convention may even be extended in the future and then the title would have to be changed. He added that he thought that it would be easier to "sell" the Convention if the title was changed to "Convention on Choice of Court Agreements".

Mr Sun (China) said that the phrase "civil and / or commercial" should be consistent. At present the preamble uses the word "and" and Article 1 "or".

The Chair said that this was a drafting point, he proposed that the Preamble be changed to be consistent with Article 1. He stated that this proposal was adopted.

Mr Matveev (Russian Federation) said that he supported the proposal of the Secretary General. He said it would be an improvement and would also avoid the difficulties of translating the word "exclusive" in Russian. He said that the scope of the Convention is well-defined and would not be affected by this change of title. He added that the third word of the Preamble ("signatory") discriminated between those States that sign and ratify the Convention and those that accede. He thought that all States should be treated equally and so proposed the term "States Parties".

The Chair confirmed this change in the English and French texts.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) also expressed agreement with the proposal of the Secretary General.

The Chair noted that there was no opposition to the change of title proposed and that this would be done.

The Chair confirmed that the Commission adopted the Convention on its second reading.

He said that he assumed that the Commission did not want to have a third reading. He proposed that the Commission mandate the Permanent Bureau to have a careful look at the text and that the delegations would have the opportunity to make comments on language, coherence and cross references. He stated that a period of two weeks would be allocated for this process. He said that the Permanent Bureau would be mandated to correct obvious mistakes, verify the drafting techniques and align the English and French versions. He confirmed that no substantive changes would be allowed. He said that this would be done in conjunction with the Drafting Committee, the co-Reporters, the Chair, the delegates and any necessary specialists. After this process, the final text would be sent to all delegates, Member States and Observers. He explained that the following day a provisional version of the Final Act would be signed. He said that the Final Act reflecting any changes made would be later distributed. He noted the agreement of the Commission to this proposal.

He said that the work of Commission II was complete.

Mr Kovar (United States of America) expressed his sincere thanks to Mr Bucher. He said that he had never seen a Chairman better prepared, more knowledgeable, more considerate, or more even-handed. He acknowledged that it had been a difficult task, following the passing away of some key players in the project and dealing with delegations that did not always see eye to eye. He said that it was hard to imagine reaching this stage, but that it had been done and this was in large part due to the excellent job Mr Bucher had done.

The Chair said that he was very happy with the result of the Commission and that he had taken great pleasure in working with everyone involved. He thanked the Permanent Bureau, especially Ms Schulz who so effectively supported this project, Messrs Hartley and Dogauchi, the co-Reporters, the members of the Drafting Committee and in particular its Chairman, Mr Musger, all members of the Working Groups, the Recording Secretaries, the staff in charge of documentation, all members of the Secretariat and the interpreters.

M. Tenreiro (Communauté européenne – Commission) indique qu'il souhaiterait ajouter quelques mots, mais en français de façon à prendre en compte les critiques formulées à l'endroit de l'Assemblée plénière et de l'usage quasi-exclusif de la langue anglaise qui y a été fait. Il ajoute que, de surcroît, l'heure tardive et l'émotion qu'il ressent lui rendent très difficile l'emploi de l'anglais en ce moment. Il rappelle qu'il a participé depuis cinq ans au projet de Convention et qu'il se souvient encore qu'à son arrivée celui-ci était moribond. Il explique qu'il ressent une très vive émotion lorsqu'il réalise qu'aujourd'hui, au terme d'un long et difficile labeur, la Convention a finalement été adoptée. Il remarque ensuite que, de plus, cette Session a été pour lui l'occasion de travailler pour la première fois de concert avec d'autres délégations de la Communauté européenne et qu'il en est résulté une entente fructueuse. Il déclare pour conclure qu'il souhaite que cette collaboration puisse se poursuivre dans un nouveau contexte car il espère que l'admission de la Communauté européenne en qualité de membre de la Conférence de La Haye sera achevée très prochainement.

Le Président se déclare lui aussi très touché par ce moment. Il indique ensuite qu'il souhaite remercier la délégation de la Communauté européenne pour avoir participé aussi activement aux travaux de la Commission. Il souhaite de très bonnes vacances aux délégations de l'hémisphère nord et un bon retour au travail aux délégations de l'hémisphère sud qui abordent la période hivernale.

The Secretary General said that this was the last chance to make any comments on the Convention, and that Commission I would now follow.

The meeting closed at 11.15 p.m.

Procès-verbal/Minutes No 24

Séances plénières
Plenary Sessions

Distribué le jeudi 30 juin 2005

No 1 – Proposition de la Commission II

PROJET DE CONVENTION SUR LES ACCORDS D'ÉLECTION DE FOR

Les États Parties à la présente Convention,

Désireux de promouvoir le commerce et les investissements internationaux en renforçant la coopération judiciaire,

Convaincus que cette coopération peut être renforcée par des règles uniformes sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale,

Convaincus que cette coopération renforcée nécessite en particulier un régime juridique international apportant la sécurité et assurant l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for entre les parties à des opérations commerciales et régissant la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans le cadre de procédures fondées sur de tels accords,

Ont résolu de conclure la présente Convention et sont convenus des dispositions suivantes:

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Article premier – Champ d'application

1 La présente Convention s'applique, dans des situations internationales, aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale.

2 Aux fins du chapitre II, une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État.

3 Aux fins du chapitre III, une situation est internationale lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est requise.

Article 2 – Exclusions du champ d'application

1 La présente Convention ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for:

a) auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) est partie;

b) relatifs aux contrats de travail, y compris les conventions collectives.

Distributed on Thursday 30 June 2005

No 1 – Proposal of Commission II

DRAFT CONVENTION ON CHOICE OF COURT AGREEMENTS

The States Parties to the present Convention,

Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial co-operation,

Believing that such co-operation can be enhanced by uniform rules on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters,

Believing that such enhanced co-operation requires in particular a secure international legal regime that ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements by parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

Have resolved to conclude this Convention and have agreed upon the following provisions –

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1 – Scope

1 This Convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.

2 For the purposes of Chapter II, a case is international unless the parties are resident in the same Contracting State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State.

3 For the purposes of Chapter III, a case is international where recognition or enforcement of a foreign judgment is sought.

Article 2 – Exclusions from scope

1 This Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements –

a) to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party;

b) relating to contracts of employment, including collective agreements.

2 La présente Convention ne s'applique pas aux matières suivantes :

a) l'état et la capacité des personnes physiques ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les autres matières du droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires ;

d) les testaments et les successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues ;

f) le transport de passagers et de marchandises ;

g) 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 ;

h) les entraves à la concurrence ;

i) la responsabilité pour les dommages nucléaires ;

j) les demandes pour dommages corporels et moraux y afférents introduites par des personnes physiques ou en leur nom ;

k) les demandes qui ne naissent pas d'une relation contractuelle et qui sont fondées sur la responsabilité délictuelle pour des dommages aux biens tangibles ;

l) les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles ;

m) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, et la validité des décisions de ses organes ;

n) la validité des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et les droits voisins ;

o) la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et les droits voisins, à l'exception des litiges portant sur une contrefaçon fondés sur une violation du contrat entre les parties relatif à de tels droits, ou qui auraient pu être fondés sur une violation de ce contrat ;

p) la validité des inscriptions sur les registres publics.

3 Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la présente Convention lorsqu'une matière exclue en vertu de ce paragraphe est soulevée seulement à titre préalable et non comme un objet du litige. En particulier, le seul fait qu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée à titre de défense n'exclut pas le litige du champ d'application de la Convention, si cette matière n'est pas un objet du litige.

4 La présente Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes.

5 Un litige n'est pas exclu du champ d'application de la présente Convention au seul motif qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, y est partie.

6 La présente Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États ou les organisations internationales, pour eux-mêmes et pour leurs biens.

2 This Convention shall not apply to the following matters –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition and analogous matters;

f) the carriage of passengers and goods;

g) marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, and emergency towage and salvage;

h) anti-trust (competition) matters;

i) liability for nuclear damage;

j) claims for personal injury brought by or on behalf of natural persons;

k) tort or delict claims for damage to tangible property that do not arise from a contractual relationship;

l) rights *in rem* in immovable property, and tenancies of immovable property;

m) the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs;

n) the validity of intellectual property rights other than copyright or related rights;

o) infringement of intellectual property rights other than copyright or related rights, except where infringement proceedings are brought for breach of a contract between the parties relating to such rights, or could have been brought for breach of that contract;

p) the validity of entries in public registers.

3 Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of this Convention where a matter excluded under that paragraph arises merely as a preliminary question and not as an object of the proceedings. In particular, the mere fact that a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence does not exclude proceedings from this Convention, if that matter is not an object of the proceedings.

4 This Convention shall not apply to arbitration and related proceedings.

5 Proceedings are not excluded from the scope of this Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party thereto.

6 Nothing in this Convention shall affect privileges and immunities of States, or of international organisations, in respect of themselves and of their property.

Article 3 – Accords exclusifs d'élection de for

Aux fins de la présente Convention :

a) un « accord exclusif d'élection de for » signifie un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, qui est conforme aux exigences prévues au paragraphe c), et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers dans un État contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal ;

b) un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers dans un État contractant est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire ;

c) un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté :

i) par écrit ; ou

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

d) un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable.

Article 4 – Autres définitions

1 Au sens de la présente Convention, le terme « jugement » signifie toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance, de même que 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. Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des jugements.

2 Aux fins de la présente Convention, une entité ou personne autre qu'une personne physique est réputée avoir sa résidence dans l'État :

a) de son siège statutaire ;

b) selon le droit duquel elle a été constituée ;

c) de son administration centrale ; ou

d) de son principal établissement.

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 5 – Compétence du tribunal élu

1 Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État.

2 Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe premier ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige.

3 Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives :

Article 3 – Exclusive choice of court agreements

For the purposes of this Convention –

a) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph *c)* and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts;

b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise;

c) an exclusive choice of court agreement must be concluded or documented –

i) in writing; or

ii) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

d) an exclusive choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.

Article 4 – Other definitions

1 In this Convention, "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that the determination relates to a decision on the merits which may be recognised or enforced under this Convention. An interim measure of protection is not a judgment.

2 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 5 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 The preceding paragraphs shall not affect rules –

a) à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande ;

b) à la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant. Toutefois, lorsque le tribunal élu dispose d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire, le choix des parties est dûment pris en considération.

Article 6 – Obligations du tribunal non élu

Tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu surseoit à statuer ou se dessaisit lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique, sauf si :

a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ;

d) pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en oeuvre ; ou

e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige.

Article 7 – Mesures provisoires et conservatoires

Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas régies par la présente Convention. Celle-ci n'exige ni n'empêche l'octroi, le rejet ou la levée des mesures provisoires et conservatoires par un tribunal d'un État contractant. Elle n'affecte pas la possibilité pour une partie de demander de telles mesures, ni la faculté du tribunal d'accorder, de rejeter ou de lever de telles mesures.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 8 – Reconnaissance et exécution

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

2 Sans préjudice de ce qui est nécessaire à l'application des dispositions du présent chapitre, il n'est procédé à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'État d'origine. Le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut.

3 Un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine.

4 La reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée 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. Un tel refus n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement.

5 Cet article s'applique également à un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant suite à un renvoi de l'affaire du tribunal élu dans cet État contractant comme prévu par l'article 5, paragraphe 3. Toutefois, lorsque le tribunal élu disposait d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire vers un autre tribunal, la reconnaissance ou l'exécution du

a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim;

b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State. However, where the chosen court has discretion as to whether to transfer a case, due consideration should be given to the choice of the parties.

Article 6 – Obligations of a court not chosen

A court in a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;

b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice or would be manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised;

d) for exceptional reasons beyond the control of the parties, the agreement cannot reasonably be performed; or

e) the chosen court has decided not to hear the case.

Article 7 Interim measures of protection

Interim measures of protection are not governed by this Convention. This Convention neither requires nor precludes the grant, refusal or termination of interim measures of protection by a court of a Contracting State and does not affect whether or not a party may request or a court should grant, refuse or terminate such measures.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 8 – Recognition and enforcement

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention.

2 Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment given by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4 Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

5 This Article shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3. However, where the chosen court had discretion as to whether to transfer the case to another court, recognition or enforcement of the judgment may be

jugement peut être refusée à l'égard d'une partie qui s'était opposée au renvoi en temps opportun dans l'État d'origine.

Article 9 – Refus de reconnaissance ou d'exécution

La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée si :

a) l'accord était nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu, à moins que celui-ci n'ait constaté que l'accord est valable ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État requis ;

c) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande

i) n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense, à moins que le défendeur n'ait comparu et présenté sa défense sans contester la notification devant le tribunal d'origine, à condition que le droit de l'État d'origine permette de contester la notification ; ou

ii) a été notifié au défendeur dans l'État requis de manière incompatible avec les principes fondamentaux de l'État requis relatifs à la notification de documents ;

d) le jugement résulte d'une fraude relative à la procédure ;

e) la reconnaissance ou l'exécution est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, notamment dans les cas où la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État ;

f) le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans l'État requis dans un litige entre les mêmes parties ; ou

g) le jugement est incompatible avec un jugement rendu antérieurement dans un autre État entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque le jugement rendu antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis.

Article 10 – Questions préalables

1 Lorsqu'une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2, ou en vertu de l'article 21 a été soulevée à titre préalable, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

2 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où ce jugement est fondé sur une décision relative à une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2.

3 Toutefois, dans le cas d'une décision sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle, autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut être refusée ou différée en vertu du paragraphe précédent que si :

a) cette décision est incompatible avec un jugement ou une décision d'une autorité compétente relatif à cette matière, rendu dans l'État du droit duquel découle ce droit de propriété intellectuelle ; ou

b) une procédure sur la validité de ce droit de propriété intellectuelle est pendante dans cet État.

refused against a party who objected to the transfer in a timely manner in the State of origin.

Article 9 – Refusal of recognition or enforcement

Recognition or enforcement may be refused if –

a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court, unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the requested State;

c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim,

i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested, or

ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents;

d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State;

f) the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested State in a dispute between the same parties; or

g) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties and involving the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State.

Article 10 – Preliminary questions

1 Where a matter excluded under Article 2, paragraph 2, or under Article 21, arose as a preliminary question, the ruling on that question shall not be recognised and enforced under this Convention.

2 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded under Article 2, paragraph 2.

3 However, in the case of a ruling on the validity of an intellectual property right, other than copyright or related rights, recognition or enforcement of a judgment may be refused or postponed under the preceding paragraph only where –

a) that ruling is inconsistent with a judgment or a decision of a competent authority on that matter given in the State under the law of which the intellectual property right arose, or

b) proceedings concerning the validity of the intellectual property right are pending in that State.

4 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où ce jugement est fondé sur une décision relative à une matière exclue en vertu d'une déclaration faite par l'État requis au titre de l'article 21.

Article 11 – Dommages et intérêts

1 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, le jugement accorde des dommages et intérêts, y compris des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, qui ne compensent pas une partie pour la perte ou le préjudice réels subis.

2 Le tribunal requis prend en considération si, et dans quelle mesure, le montant accordé à titre de dommages et intérêts par le tribunal d'origine est destiné à couvrir les frais et dépens du procès.

Article 12 – Transactions judiciaires

Les transactions homologuées par un tribunal d'un État contractant désigné par un accord exclusif d'élection de for ou passées devant ce tribunal au cours d'une instance, et qui sont exécutoires au même titre qu'un jugement dans l'État d'origine, sont exécutées en vertu de la présente Convention aux mêmes conditions qu'un jugement.

Article 13 – Pièces à produire

1 La partie qui requiert la reconnaissance ou qui demande l'exécution produit :

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

b) l'accord exclusif d'élection de for, une copie certifiée de celui-ci ou une autre preuve de son existence ;

c) s'il s'agit d'un jugement rendu par défaut, l'original ou une copie certifiée du document attestant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;

d) 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 ;

e) dans le cas prévu à l'article 12, un certificat d'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.

2 Si le contenu du jugement ne permet pas au tribunal requis de vérifier que les conditions du présent chapitre sont remplies, ce tribunal peut exiger tout document nécessaire.

3 Une demande de reconnaissance ou d'exécution peut être accompagnée d'un document, délivré par un tribunal (y compris par une personne autorisée du tribunal) de l'État d'origine, sous la forme recommandée et publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

4 Si les documents mentionnés dans le présent article 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 la loi de l'État requis en dispose autrement.

Article 14 – Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, et l'exécution du

4 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded pursuant to a declaration made by the requested State under Article 21.

Article 11 – Damages

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.

2 The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Article 12 – Judicial Settlements (transactions judiciaires)

Judicial settlements (*transactions judiciaires)* which a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement has approved, or which have been concluded before that court in the course of proceedings, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced under this Convention in the same manner as a judgment.

Article 13 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence;

c) if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

d) any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

e) in the case referred to in Article 12, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

2 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a document, issued by a court (including an officer of the court) in the State of origin, in the form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law.

4 If the documents referred to in this Article are not in an official language of the requested State, they shall be accompanied by a certified translation into an official language, unless the law of the requested State provides otherwise.

Article 14 – Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the

jugement sont régies par le droit de l'État requis sauf si la présente Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité.

Article 15 – Divisibilité

La reconnaissance ou l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement est accordée, si la reconnaissance ou l'exécution de cette partie est demandée ou si seule une partie du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

CHAPITRE IV – CLAUSES GÉNÉRALES

Article 16 – Dispositions transitoires

1 La présente Convention s'applique aux accords exclusifs d'élection de for conclus après son entrée en vigueur pour l'État du tribunal élu.

2 La présente Convention ne s'applique pas aux litiges engagés avant son entrée en vigueur pour l'État du tribunal saisi.

Article 17 – Contrats d'assurance et de réassurance

1 Un litige en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance n'est pas exclu du champ d'application de la présente Convention au motif que le contrat d'assurance ou de réassurance porte sur une matière à laquelle la Convention ne s'applique pas.

2 La reconnaissance et l'exécution d'un jugement relatif à la responsabilité en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance ne peuvent pas être limitées ou refusées au motif que la responsabilité en vertu de ce contrat comprend celle d'indemniser l'assuré ou le réassuré à l'égard :

a) d'une matière à laquelle la présente Convention ne s'applique pas ; ou

b) d'une décision accordant des dommages et intérêts auxquels l'article 11 pourrait s'appliquer.

Article 18 – Dispense de légalisation

Les documents transmis ou délivrés en vertu de la présente Convention sont dispensés de toute légalisation ou de toute formalité analogue, y compris une apostille.

Article 19 – Déclarations limitant la compétence

Un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige.

Article 20 – Déclarations limitant la reconnaissance et l'exécution

Un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque les parties ont leur résidence dans l'État requis et que les relations entre les parties, ainsi que tous les autres éléments pertinents du litige, autres que le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à l'État requis.

Article 21 – Déclarations relatives à des matières particulières

1 Lorsqu'un État a un intérêt important à ne pas appliquer la présente Convention à une matière particulière, cet État

judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

Article 15 – Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 16 – Transitional provisions

1 This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded after its entry into force in the State of the chosen court.

2 This Convention shall not apply to proceedings instituted before its entry into force in the State of the court seised.

Article 17 – Contracts of insurance and reinsurance

1 Proceedings under a contract of insurance or reinsurance are not excluded from the scope of this Convention on the ground that the contract of insurance or reinsurance relates to a matter to which this Convention does not apply.

2 Recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under the terms of a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability under that contract includes liability to indemnify the insured or reinsured in respect of –

a) a matter to which this Convention does not apply; or

b) an award of damages to which Article 11 might apply.

Article 18 – No legalisation

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation or any analogous formality, including an Apostille.

Article 19 – Declarations limiting jurisdiction

A State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.

Article 20 – Declarations limiting recognition and enforcement

A State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by a court in another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, were connected only with the requested State.

Article 21 – Declarations with respect to specific matters

1 Where a State has a strong interest in not applying this Convention to a specific matter, that State may declare that it

peut déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention à cette matière. L'État qui fait une telle déclaration s'assure que la portée de celle-ci n'est pas plus étendue que nécessaire et que la matière particulière exclue est définie de façon claire et précise.

2 À l'égard d'une telle matière, la Convention ne s'applique pas :

a) dans l'État contractant ayant fait la déclaration ;

b) dans les autres États contractants lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne les tribunaux, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers, de l'État ayant fait la déclaration.

Article 22 – Déclarations réciproques sur les accords non exclusifs d'élection de for

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

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

a) le tribunal d'origine était désigné dans un accord non exclusif d'élection de for ;

b) il n'existe ni un jugement d'un autre tribunal devant lequel des procédures pourraient être engagées conformément à l'accord non exclusif d'élection de for, ni une procédure pendante entre les mêmes parties devant un tel autre tribunal ayant le même objet et la même cause ; et

c) le tribunal d'origine était le premier tribunal saisi.

Article 23 – Interprétation uniforme

Aux fins de l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

Article 24 – Examen du fonctionnement de la Convention

Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé prend périodiquement des dispositions en vue de :

a) l'examen du fonctionnement pratique de la présente Convention, y compris de toute déclaration ; et

b) l'examen de l'opportunité d'apporter des modifications à la présente Convention.

Article 25 – Système juridique non unifié

1 Au regard d'un État contractant dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ayant trait aux questions régies par la présente Convention s'appliquent dans des unités territoriales différentes :

will not apply the Convention to that matter. The State making such a declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.

2 With regard to that matter, the Convention shall not apply –

a) in the Contracting State that made the declaration;

b) in other Contracting States, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the State that made the declaration.

Article 22 – Reciprocal declarations on non-exclusive choice of court agreements

1 A Contracting State may declare that its courts will recognise and enforce judgments given by courts of other Contracting States designated in a choice of court agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of Article 3, paragraph *c)*, and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, a court or courts in one or more Contracting States (a non-exclusive choice of court agreement).

2 Where recognition or enforcement of a judgment given in a Contracting State that has made such a declaration is sought in another Contracting State that has made such a declaration, the judgment shall be recognised and enforced under this Convention, if –

a) the court of origin was designated in a non-exclusive choice of court agreement;

b) there exists neither a judgment given by any other court before which proceedings could be brought in accordance with the non-exclusive choice of court agreement, nor a proceeding pending between the same parties in any other such court on the same cause of action; and

c) the court of origin was the court first seised.

Article 23 – Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 24 – Review of operation of the Convention

The Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall at regular intervals make arrangements for –

a) review of the operation of this Convention, including any declarations; and

b) consideration of whether any amendments to this Convention are desirable.

Article 25 – Non-unified legal system

1 In relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to any matter dealt with in this Convention –

a) toute référence à la loi ou à la procédure d'un État vise, le cas échéant, la loi ou la procédure en vigueur dans l'unité territoriale considérée ;

b) toute référence à la résidence dans cet État vise, le cas échéant, la résidence dans l'unité territoriale considérée ;

c) toute référence au tribunal ou aux tribunaux dans cet État vise, le cas échéant, le tribunal ou les tribunaux dans l'unité territoriale considérée ; et

d) toute référence au lien avec un État vise, le cas échéant, le lien avec l'unité territoriale concernée.

2 Nonobstant le paragraphe précédent, un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention aux situations qui impliquent uniquement ces différentes unités territoriales.

3 Un tribunal dans une unité territoriale d'un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter un jugement d'un autre État contractant pour le seul motif que le jugement a été reconnu ou exécuté dans une autre unité territoriale du même État contractant selon la présente Convention.

4 Cet article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique.

Article 26 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

1 La présente Convention doit être interprétée de façon à ce qu'elle soit, autant que possible, compatible avec d'autres traités en vigueur pour les États contractants, conclus avant ou après cette Convention.

2 La présente Convention n'affecte pas l'application d'un traité en vigueur pour un État contractant, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas Partie au traité.

3 La présente Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité conclu avant l'entrée en vigueur de cette Convention pour cet État contractant, si l'application de cette Convention est incompatible avec les obligations de cet État contractant vis-à-vis de tout autre État non contractant. Ce paragraphe s'applique aussi aux traités qui révisent ou se substituent à un traité conclu avant l'entrée en vigueur de cette Convention pour cet État contractant, sauf dans la mesure où la révision ou la substitution crée de nouvelles incompatibilités avec cette Convention.

4 La présente Convention n'affecte pas l'application d'un traité en vigueur dans un État contractant, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, afin d'obtenir la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant qui est également Partie à ce traité. Toutefois, ce jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de cette Convention.

5 La présente Convention n'affecte pas l'application dans un État contractant d'un traité qui, à l'égard d'une matière particulière, prévoit des règles relatives à la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si ce traité a été conclu après cette Convention et que tous les États

a) any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law or procedure in force in the relevant territorial unit;

b) any reference to residence in a State shall be construed as referring, where appropriate, to residence in the relevant territorial unit;

c) any reference to the court or courts of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the court or courts in the relevant territorial unit;

d) any reference to a connection with a State shall be construed as referring, where appropriate, to a connection with the relevant territorial unit.

2 Notwithstanding the preceding paragraph, a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to apply this Convention to situations which involve solely such different territorial units.

3 A court in a territorial unit of a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention.

4 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 26 – Relationship with other international instruments

1 This Convention shall be interpreted so far as possible to be compatible with other treaties in force in Contracting States, whether concluded before or after this Convention.

2 This Convention shall not affect the application of a treaty in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, in cases where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Party to the treaty.

3 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of any treaty that was concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, if *applying* this Convention would be inconsistent with the obligations of that Contracting State to any non-Contracting State. This paragraph also applies to treaties that revise or replace a treaty concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, except to the extent that the revision or replacement creates new inconsistencies with this Convention.

4 This Convention shall not affect the application of a treaty in force in a Contracting State, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State that is also a Party to that treaty. However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.

5 This Convention shall not affect the application in a Contracting State of a treaty which, in relation to a specific matter, governs jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if concluded after this Convention and even if all States concerned are Parties to this Convention.

concernés sont Partie à cette Convention. Ce paragraphe s'applique uniquement si l'État contractant a fait une déclaration à l'égard de ce traité en vertu du présent paragraphe. Dans le cas d'une telle déclaration, les autres États contractants ne sont pas tenus d'appliquer cette Convention à cette matière particulière dans la mesure de l'incompatibilité, lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne les tribunaux, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers, de l'État contractant qui a fait cette déclaration.

6 La présente Convention n'affecte pas l'application des règles d'une Organisation régionale d'intégration économique Partie à cette Convention, que ces règles aient été adoptées avant ou après cette Convention :

a) lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de l'Organisation régionale d'intégration économique ;

b) en ce qui a trait à la reconnaissance ou l'exécution de jugements entre les États membres de l'Organisation régionale d'intégration économique.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 27 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

1 La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États.

2 La présente Convention est sujette à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des États signataires.

3 Tout État pourra adhérer à la présente Convention.

4 Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

Article 28 – Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés

1 Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Toute déclaration est notifiée au dépositaire et indique expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État.

4 Le présent article ne s'applique pas à une organisation régionale d'intégration économique.

Article 29 – Organisations régionales d'intégration économique

1 Une organisation régionale d'intégration économique constituée seulement par des États souverains et ayant compétence sur certaines ou toutes les matières régies par la présente Convention peut également signer, accepter ou approuver la présente Convention ou y adhérer. Elle aura dans ce cas les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où elle a compétence sur des matières régies par la présente Convention. Lorsque le nombre des États contractants est pertinent dans la présente Convention, l'organisation régionale d'intégration économique ne compte pas au-delà des États membres qui sont eux-mêmes Parties à la présente Convention.

2 L'organisation régionale d'intégration économique déclare, au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, les matières régies par la présente Convention pour lesquelles le transfert de compétence a été effectué par ses États membres. L'organisation régionale d'intégration économique informe sans délai le dépositaire de toute modification intervenue dans la répartition de compétence indiquée dans la déclaration la plus récente faite en vertu du présent paragraphe.

3 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'organisation régionale d'intégration économique peut déclarer que, pour atteindre ses objectifs, elle est habilitée à exercer certaines fonctions qui peuvent être exercées par ses États membres sans qu'il soit nécessaire de procéder à une déclaration formelle.

4 Toute référence à un « État contractant » ou à « l'État contractant » dans la présente Convention s'applique également à une organisation régionale d'intégration économique lorsque le contexte l'exige.

This paragraph shall apply only if the Contracting State has made a declaration in respect of the treaty under this paragraph. In the case of such a declaration, other Contracting States shall not be obliged to apply this Convention to that specific matter to the extent of any inconsistency, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the Contracting State that made the declaration.

6 This Convention shall not affect the application of the rules of a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to this Convention, whether adopted before or after this Convention –

a) where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the Regional Economic Integration Organisation;

b) as concerns the recognition or enforcement of judgments as between Member States of the Regional Economic Integration Organisation.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 27 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession

1 This Convention is open for signature by all States.

2 This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

3 This Convention is open for accession by all States.

4 Instruments of ratification, acceptance, approval and accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, Depositary of the Convention.

Article 28 – Declarations with respect to non-unified legal systems

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

2 A declaration shall be notified to the Depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

4 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 29 – Regional Economic Integration Organisations

1 A Regional Economic Integration Organisation which is constituted solely by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Conven-

prouver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, l'organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette organisation a compétence sur des matières régies par la présente Convention.

2 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'organisation régionale d'intégration économique notifie au dépositaire, par écrit, les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres ont délégué leur compétence à cette Organisation. L'organisation notifie aussitôt au dépositaire, par écrit, toute modification intervenue dans la délégation de compétence précisée dans la notification la plus récente faite en vertu du présent paragraphe.

3 Pour les fins de l'entrée en vigueur de la présente Convention, tout instrument déposé par une organisation régionale d'intégration économique n'est pas compté, à moins que l'organisation régionale d'intégration économique déclare, en vertu de l'article 30, que ses États membres ne seront pas Partie à cette Convention.

4 Toute référence à « État contractant » ou « État » dans la présente Convention s'applique également, le cas échéant, à une Organisation régionale d'intégration économique qui y est Partie.

Article 30 – Adhésion par une organisation régionale d'intégration économique sans ses États membres

1 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, une organisation régionale d'intégration économique peut déclarer qu'elle a compétence pour toutes les matières régies par la présente Convention et que ses États membres ne seront pas Partie à cette Convention mais y seront liés en raison du fait de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion de l'organisation.

2 Lorsqu'une déclaration est faite par une organisation régionale d'intégration économique en conformité avec le paragraphe premier, toute référence à « État contractant » ou « État » dans la présente Convention s'applique également, le cas échéant, aux États membres de l'organisation.

Article 31 – Entrée en vigueur

1 La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion visé par l'article 27.

2 Par la suite, la présente Convention entrera en vigueur :

a) pour chaque État ou organisation régionale d'intégration économique ratifiant, acceptant, approuvant ou y adhérant postérieurement, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ;

b) pour les unités territoriales auxquelles la présente Convention a été étendue conformément à l'article 28, paragraphe premier, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification de la déclaration visée par ledit article.

tion. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.

2 The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the Depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.

3 For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted unless the Regional Economic Integration Organisation declares in accordance with Article 30 that its Member States will not be Parties to this Convention.

4 Any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention applies equally to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it, where appropriate.

Article 30 – Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States

1 At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that it exercises competence over all the matters governed by this Convention and that its Member States will not be Parties to this Convention but shall be bound by virtue of the signature, acceptance, approval or accession of the Organisation.

2 In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation in accordance with paragraph 1, any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention applies equally to the Member States of the Organisation, where appropriate.

Article 31 – Entry into force

1 This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 27.

2 Thereafter this Convention shall enter into force –

a) for each State or Regional Economic Integration Organisation subsequently ratifying, accepting, approving or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b) for a territorial unit to which this Convention has been extended in accordance with Article 28, paragraph 1, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification of the declaration referred to in that Article.

Article 32 – Déclarations

1 Les déclarations visées aux articles 19, 20, 21, 22 et 26 peuvent être faites lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ou à tout moment ultérieur et pourront être modifiées ou retirées à tout moment.

2 Les déclarations, modifications et retraits sont notifiés au dépositaire.

3 Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion prendra effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné.

4 Une déclaration faite ultérieurement, ainsi qu'une modification ou le retrait d'une déclaration, prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

5 Une déclaration faite en vertu des articles 19, 20, 21 et 26 ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for conclus avant qu'elle ne prenne effet.

Article 33 – Dénonciation

1 La présente Convention pourra être dénoncée par une notification écrite au dépositaire. La dénonciation pourra se limiter à certaines unités territoriales d'un système juridique non unifié auxquelles s'applique la présente Convention.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 34 – Notifications par le dépositaire

Le dépositaire notifiera aux Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux autres États et aux organisations régionales d'intégration économique qui ont signé, ratifié, accepté, approuvé ou adhéré conformément aux articles 27, 29 et 30 les renseignements suivants :

a) les signatures, ratifications, acceptations, approbations et adhésions prévues aux articles 27, 29 et 30 ;

b) la date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à l'article 31 ;

c) les notifications, les déclarations, et les modifications et retraits des déclarations prévues aux articles 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29 et 30 ;

d) les dénonciations prévues à l'article 33.

Article 32 – Declarations

1 Declarations referred to in Articles 19, 20, 21, 22 and 26 may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

2 Declarations, modifications and withdrawals shall be notified to the Depositary.

3 A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.

4 A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the Depositary.

5 A declaration under Articles 19, 20, 21 and 26 shall not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect.

Article 33 – Denunciation

1 This Convention may be denounced by notification in writing to the Depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which this Convention applies.

2 The denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the Depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the Depositary.

Article 34 – Notifications by the Depositary

The Depositary shall notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Articles 27, 29 and 30 of the following –

a) the signatures, ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 27, 29 and 30;

b) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 31;

c) the notifications, declarations, and modifications and withdrawals of declarations referred to in Articles 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29 and 30;

d) the denunciations referred to in Article 33.

FORMULAIRE RECOMMANDÉ
CONFORMÉMENT À LA CONVENTION SUR
LES ACCORDS D'ÉLECTION DE FOR
(« LA CONVENTION »)

(Exemple de formulaire confirmant la délivrance et le contenu d'un jugement rendu par le tribunal d'origine dans le but de sa reconnaissance et de son exécution en vertu de la Convention)

1 (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

ADRESSE .....

TÉL. .....

TÉLÉCOPIE .....

COURRIEL .....

2 AFFAIRE / NUMÉRO DE DOSSIER .....

3 ..... (DEMANDEUR)

c.

..... (DÉFENDEUR)

4 (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) a rendu un jugement dans l'affaire susvisée, le (DATE), à (LOCALITÉ, ÉTAT).

5 Ce tribunal a été désigné dans un accord exclusif d'élection de for visé à l'article 3 de la Convention :

OUI ☐ NON ☐

IMPOSSIBLE À CONFIRMER ☐

6 Dans l'affirmative, l'accord exclusif d'élection de for a été conclu ou documenté de la manière suivante :

7 Ce tribunal a accordé le paiement du montant suivant *(le cas échéant, veuillez indiquer toute catégorie de dommages et intérêts compris)* :

8 Ce tribunal a accordé les intérêts comme suit *(veuillez indiquer le (ou les) taux d'intérêt, la (ou les) partie(s) des indemnités auxquelles s'appliquent les intérêts, la date à partir de laquelle les intérêts sont comptés, ainsi que toute information supplémentaire relative aux intérêts qui pourrait aider le tribunal requis)* :

9 Ce tribunal a inclus dans le jugement les frais et dépens du procès comme suit *(veuillez préciser le montant de ces indemnités, y compris, le cas échéant, la part de ces indemnités pécuniaires destinées à couvrir les frais et dépens du procès)* :

RECOMMENDED FORM
UNDER THE CONVENTION ON
CHOICE OF COURT AGREEMENTS
("THE CONVENTION")

(Sample form confirming the issuance and content of a judgment given by the court of origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention)

1 (THE COURT OF ORIGIN) .....

ADDRESS .....

TEL. .....

FAX .....

E-MAIL .....

2 CASE / DOCKET NUMBER .....

3 ..... (PLAINTIFF)

v.

..... (DEFENDANT)

4 (THE COURT OF ORIGIN) gave a judgment in the above-captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE).

5 This court was designated in an exclusive choice of court agreement within the meaning of Article 3 of the Convention:

YES ☐ NO ☐

UNABLE TO CONFIRM ☐

6 If yes, the exclusive choice of court agreement was concluded or documented in the following manner:

7 This court awarded the following payment of money *(please indicate, where applicable, any relevant categories of damages included)*:

8 This court awarded interest as follows *(please specify the rate(s) of interest, the portion(s) of the award to which interest applies, the date from which interest is computed, and any further information regarding interest that would assist the court addressed)*:

9 This court included within the judgment the following costs and expenses relating to the proceedings *(please specify the amounts of any such awards, including, where applicable, any amount(s) within a monetary award intended to cover costs and expenses relating to the proceedings)*:

10 Ce tribunal a accordé le dédommagement non pécuniaire comme suit *(veuillez décrire la nature du dédommagement)* :

11 Ce jugement est exécutoire dans l'État d'origine :

OUI ☐ NON ☐

IMPOSSIBLE À CONFIRMER ☐

12 Ce jugement, en tout ou en partie, fait actuellement l'objet d'un recours dans l'État d'origine :

OUI ☐ NON ☐

IMPOSSIBLE À CONFIRMER ☐

Dans l'affirmative, veuillez préciser la nature et l'état de la procédure de recours :

13 Toute autre information pertinente :

14 Sont annexés au présent formulaire les documents énoncés dans la liste suivante *(si disponible)* :

☐ une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

☐ l'accord exclusif d'élection de for, une copie certifiée de celui-ci, ou une autre preuve de son existence ;

☐ s'il s'agit d'un jugement 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 ;

☐ 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 ;

(le cas échéant, veuillez fournir une liste de ces documents) :

☐ dans le cas prévu à l'article 12 de la Convention, un certificat d'un tribunal de l'État d'origine attestant que la transaction judiciaire est exécutoire dans l'État d'origine, en tout ou en partie, aux mêmes conditions qu'un jugement ;

☐ autres documents : .....

15 Fait à ....., le ..... 20 ..

16 Signature et cachet (le cas échéant) du tribunal ou d'une personne autorisée du tribunal :

PERSONNE DE CONTACT : .....

TÉL. : .....

TÉLÉCOPIE : .....

COURRIEL : .....

10 This court awarded the following non-monetary relief *(please describe the nature of such relief)*:

11 This judgment is enforceable in the State of origin:

YES ☐ NO ☐

UNABLE TO CONFIRM ☐

12 This judgment (or a part thereof) is currently the subject of review in the State of origin:

YES ☐ NO ☐

UNABLE TO CONFIRM ☐

If "yes" please specify the nature and status of such review:

13 Any other relevant information:

14 Attached to this form are the documents marked in the following list *(if available)*:

☐ a complete and certified copy of the judgment;

☐ the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence;

☐ if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

☐ any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

(list if applicable):

☐ in the case referred to in Article 12 of the Convention, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin;

☐ other documents: .....

15 Dated this ..... day of ....., 20.. at .....

16 Signature and / or stamp by the court or officer of the court:

CONTACT PERSON: .....

TEL.: .....

FAX: .....

E-MAIL: .....

Procès-verbal No 2*

Minutes No 2*

Séance du mercredi 29 juin 2005 – nuit

Meeting of Wednesday 29 June 2005 – night

La séance est ouverte à 1 h 40 sous la présidence de M. Struycken (Pays-Bas), Président de la Vingtième session.

The President stated that under the rules of the Hague Conference the Plenary Session should involve a close examination of the Convention text in English and in French as well as the new Statute of the Organisation in both languages. However, he informed the Session that final texts were still not yet available. He stated that delegates would have to decide how to proceed, either to stop at this late hour and sign the Final Act knowing that minor amendments could be made subsequently, or to review the most recently amended versions of the Convention and the Statute which were available. He stated that if delegates had any concerns there should be a discussion on the matter.

Mrs Jametti Greiner (Switzerland) stated that specific situations required specific remedies. She recommended that the proposal Mr Bucher had made at the end of the second reading be accepted.

The President, noting that there had been a similar result at the conclusion of the Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary, proposed that the rules of procedure be changed to obviate the need for a reading of the Convention in the Plenary Session. He cautioned, however, that the text might not be perfect at the time of its formal adoption.

Mr Bucher (Switzerland) indicated that Commission II had considered the matter carefully and had proposed that there be a screening procedure of between one and two months during which all delegates could identify with regard to "*toilettage*". This procedure would be led by the Permanent Bureau in collaboration with the Drafting Committee and the Chairman of Commission II. If this were adopted it would be the functional equivalent of the third reading and would indeed be more rigorous. He recommended that the Plenary accept this proposal.

Mr Tenreiro (European Community – Commission) stated that this was a wise proposal and would ensure a better text.

The President recorded that there was agreement on this issue and closed the meeting.

La séance est levée à 1 h 55.

* Le Procès-verbal No 1 figure dans le tome I, *Matières diverses*. Ne sont reproduits dans ce tome que les procès-verbaux ayant trait au projet de Convention sur les accords d'élection de for.
* Minutes No 1 appears in Tome I, *Miscellaneous matters*. Only the minutes dealing with the draft Convention on Choice of Court Agreements are reproduced in this volume.

Extrait du Procès-verbal de la Séance de clôture*

Extract from the Minutes of the Closing Session*

Séance du jeudi 30 juin 2005 (matin)

Meeting of Thursday 30 June 2005 (morning)

The Secretary General proposed to proceed to the reading of the Final Act, which comprised 43 pages. The text was ready at 5.00 a.m. this morning. He mentioned that it was wise to use provisional provisions which made a general agreement possible. He pointed out that some mistakes still remained in the text but that the final version of the Final Act will be perfect.

The Secretary General suggested not reading the full 43 pages, but a selection. A few Articles in Part A and a few key provisions from the amended Statute were read.

M. Bernasconi (Premier secrétaire) commence avec la lecture du préambule de l'Acte final et introduit la Partie A de la Convention.

The Deputy Secretary General read the Preamble of the Convention.

Mme Schulz (Premier secrétaire) continue avec l'article premier.

Mr Lortie (First Secretary) followed with Article 5.

M. Bernasconi (Premier secrétaire) lit l'article 6.

The Deputy Secretary General carried on by reading Article 8.

Mme Schulz (Premier secrétaire) termine la lecture de la Convention avec l'article 31.

The Deputy Secretary General started the reading of the amended Statute with the Preamble.

M. Lortie (Premier Secrétaire) lit le nouvel article 2A, paragraphes 1, 2 et 3, en attirant l'attention sur une erreur dans la version anglaise dans le second paragraphe: à la quatrième ligne, il faut biffer les termes «all of which are Members of the Conference and».

Ms Schulz (First Secretary) followed by reading Article 2A, paragraphs 6 to 9.

M. Bernasconi (Premier secrétaire) termine la lecture avec l'article 12 et la nouvelle clause finale.

The Secretary General invited the Member States to sign the Final Act. At the same time, he emphasised that today's signature did not correspond to the signature of the Convention itself, therefore signing the Final Act today did not engage the States. However, the Convention was open for signature as of this day.

Ensuite, tous les délégués présents, les observateurs des États invités et le Secrétaire général signent l'Acte final.

* L'intégralité du Procès-verbal de clôture figure dans le tome I, *Matières diverses*.
* The Minutes of the Closing Session appear in Tome I, *Miscellaneous matters*.

Convention

Extrait de l'Acte final de la Vingtième session Signé le 30 juin 2005*

CONVENTION SUR LES ACCORDS D'ÉLECTION DE FOR

Les États parties à la présente Convention,

Désireux de promouvoir le commerce et les investissements internationaux en renforçant la coopération judiciaire,

Convaincus que cette coopération peut être renforcée par des règles uniformes sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale,

Convaincus que cette coopération renforcée nécessite en particulier un régime juridique international apportant la sécurité et assurant l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for entre les parties à des opérations commerciales et régissant la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans le cadre de procédures fondées sur de tels accords,

Ont résolu de conclure la présente Convention et sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Article premier – Champ d'application

1 La présente Convention s'applique, dans des situations internationales, aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale.

2 Aux fins du chapitre II, une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État.

3 Aux fins du chapitre III, une situation est internationale lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est requise.

Article 2 Exclusions du champ d'application

1 La présente Convention ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for :

a) auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) est partie ;

b) relatifs aux contrats de travail, y compris les conventions collectives.

2 La présente Convention ne s'applique pas aux matières suivantes :

a) l'état et la capacité des personnes physiques ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les autres matières du droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires ;

d) les testaments et les successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues ;

f) le transport de passagers et de marchandises ;

g) 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 ;

h) les entraves à la concurrence ;

i) la responsabilité pour les dommages nucléaires ;

j) les demandes pour dommages corporels et moraux y afférents introduites par des personnes physiques ou en leur nom ;

k) les demandes qui ne naissent pas d'une relation contractuelle et qui sont fondées sur la responsabilité délictuelle pour des dommages aux biens tangibles ;

l) les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles ;

m) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, et la validité des décisions de ses organes ;

n) la validité des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et les droits voisins ;

o) la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et les droits voisins, à l'exception des litiges portant sur une contrefaçon fondés sur une violation du contrat entre les parties relatif à de tels droits, ou qui auraient pu être fondés sur une violation de ce contrat ;

p) la validité des inscriptions sur les registres publics.

3 Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la présente Convention lorsqu'une matière exclue en vertu de ce paragraphe est soulevée seulement à titre préalable et non comme un objet du litige. En particulier, le seul fait qu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée à titre de défense n'exclut pas le litige du champ d'application de la Convention, si cette matière n'est pas un objet du litige.

4 La présente Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes.

5 Le seul fait qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, est partie à un litige n'exclut pas celui-ci du champ d'application de la présente Convention.

* Pour le texte intégral de l'Acte final, voir *Actes et documents de la Vingtième session*, tome I, *Matières diverses*.

Extract from the Final Act of the Twentieth Session Signed on 30 June 2005*

CONVENTION ON CHOICE OF COURT AGREEMENTS

The States Parties to the present Convention,

Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial co-operation,

Believing that such co-operation can be enhanced by uniform rules on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters,

Believing that such enhanced co-operation requires in particular an international legal regime that provides certainty and ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements between parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

Have resolved to conclude this Convention and have agreed upon the following provisions –

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1 – Scope

1 This Convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.

2 For the purposes of Chapter II, a case is international unless the parties are resident in the same Contracting State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State.

3 For the purposes of Chapter III, a case is international where recognition or enforcement of a foreign judgment is sought.

Article 2 – Exclusions from scope

1 This Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements –

a) to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party;

b) relating to contracts of employment, including collective agreements.

2 This Convention shall not apply to the following matters –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition and analogous matters;

f) the carriage of passengers and goods;

g) marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, and emergency towage and salvage;

h) anti-trust (competition) matters;

i) liability for nuclear damage;

j) claims for personal injury brought by or on behalf of natural persons;

k) tort or delict claims for damage to tangible property that do not arise from a contractual relationship;

l) rights *in rem* in immovable property, and tenancies of immovable property;

m) the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs;

n) the validity of intellectual property rights other than copyright and related rights;

o) infringement of intellectual property rights other than copyright and related rights, except where infringement proceedings are brought for breach of a contract between the parties relating to such rights, or could have been brought for breach of that contract;

p) the validity of entries in public registers.

3 Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of this Convention where a matter excluded under that paragraph arises merely as a preliminary question and not as an object of the proceedings. In particular, the mere fact that a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence does not exclude proceedings from the Convention, if that matter is not an object of the proceedings.

4 This Convention shall not apply to arbitration and related proceedings.

5 Proceedings are not excluded from the scope of this Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party thereto.

* For the complete text of the Final Act, see *Proceedings of the Twentieth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*.

6 La présente Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États ou les organisations internationales, pour eux-mêmes et pour leurs biens.

Article 3 – Accords exclusifs d'élection de for

Aux fins de la présente Convention :

a) un « accord exclusif d'élection de for » signifie un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, qui est conforme aux exigences prévues au paragraphe *c)*, et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal ;

b) un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État contractant, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant, est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire ;

c) un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté :

i) par écrit ; ou

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

d) un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable.

Article 4 – Autres définitions

1 Au sens de la présente Convention, le terme « jugement » signifie toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance, de même que 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. Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des jugements.

2 Aux fins de la présente Convention, une entité ou personne autre qu'une personne physique est réputée avoir sa résidence dans l'État :

a) de son siège statutaire ;

b) selon le droit duquel elle a été constituée ;

c) de son administration centrale ; ou

d) de son principal établissement.

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 5 – Compétence du tribunal élu

1 Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État.

2 Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe premier ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige.

3 Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives :

a) à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande ;

b) à la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant. Toutefois, lorsque le tribunal élu dispose d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire, le choix des parties est dûment pris en considération.

Article 6 – Obligations du tribunal non élu

Tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu surseoit à statuer ou se dessaisit lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique, sauf si :

a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ;

d) pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre ; ou

e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige.

Article 7 – Mesures provisoires et conservatoires

Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas régies par la présente Convention. Celle-ci n'exige ni n'empêche l'octroi, le rejet ou la levée des mesures provisoires et conservatoires par un tribunal d'un État contractant. Elle n'affecte pas la possibilité pour une partie de demander de telles mesures, ni la faculté du tribunal d'accorder, de rejeter ou de lever de telles mesures.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 8 – Reconnaissance et exécution

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

2 Sans préjudice de ce qui est nécessaire à l'application des dispositions du présent chapitre, il n'est procédé à aucune révision au fond du jugement rendu par le tribunal d'origine. Le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut.

3 Un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine.

6 Nothing in this Convention shall affect privileges and immunities of States or of international organisations, in respect of themselves and of their property.

Article 3 – Exclusive choice of court agreements

For the purposes of this Convention –

a) "exclusive choice of court agreement" means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph *c)* and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts;

b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise;

c) an exclusive choice of court agreement must be concluded or documented –

i) in writing; or

ii) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

d) an exclusive choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.

Article 4 – Other definitions

1 In this Convention, "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that the determination relates to a decision on the merits which may be recognised or enforced under this Convention. An interim measure of protection is not a judgment.

2 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 5 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 The preceding paragraphs shall not affect rules –

a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim;

b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State. However, where the chosen court has discretion as to whether to transfer a case, due consideration should be given to the choice of the parties.

Article 6 – Obligations of a court not chosen

A court of a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;

b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice or would be manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised;

d) for exceptional reasons beyond the control of the parties, the agreement cannot reasonably be performed; or

e) the chosen court has decided not to hear the case.

Article 7 – Interim measures of protection

Interim measures of protection are not governed by this Convention. This Convention neither requires nor precludes the grant, refusal or termination of interim measures of protection by a court of a Contracting State and does not affect whether or not a party may request or a court should grant, refuse or terminate such measures.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 8 – Recognition and enforcement

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention.

2 Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment given by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4 La reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée 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. Un tel refus n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement.

5 Cet article s'applique également à un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant suite à un renvoi de l'affaire du tribunal élu dans cet État contractant comme prévu par l'article 5, paragraphe 3. Toutefois, lorsque le tribunal élu disposait d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire devant un autre tribunal, la reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée à l'égard d'une partie qui s'était opposée au renvoi en temps opportun dans l'État d'origine.

Article 9 – Refus de reconnaissance ou d'exécution

La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée si :

a) l'accord était nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu, à moins que celui-ci n'ait constaté que l'accord est valable ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État requis ;

c) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande :

i) n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense, à moins que le défendeur n'ait comparu et présenté sa défense sans contester la notification devant le tribunal d'origine, à condition que le droit de l'État d'origine permette de contester la notification ; ou

ii) a été notifié au défendeur dans l'État requis de manière incompatible avec les principes fondamentaux de l'État requis relatifs à la notification de documents ;

d) le jugement résulte d'une fraude relative à la procédure ;

e) la reconnaissance ou l'exécution est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, notamment dans les cas où la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État ;

f) le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans l'État requis dans un litige entre les mêmes parties ; ou

g) le jugement est incompatible avec un jugement rendu antérieurement dans un autre État entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque le jugement rendu antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis.

Article 10 – Questions préalables

1 Lorsqu'une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2, ou en vertu de l'article 21 a été soulevée à titre préalable, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

2 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, ce jugement est fondé sur une décision relative à une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2.

3 Toutefois, dans le cas d'une décision sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut être refusée ou différée en vertu du paragraphe précédent que si :

a) cette décision est incompatible avec un jugement ou une décision d'une autorité compétente relatif à cette matière, rendu dans l'État du droit duquel découle ce droit de propriété intellectuelle ; ou

b) une procédure sur la validité de ce droit de propriété intellectuelle est pendante dans cet État.

4 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, ce jugement est fondé sur une décision relative à une matière exclue en vertu d'une déclaration faite par l'État requis au titre de l'article 21.

Article 11 – Dommages et intérêts

1 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, le jugement accorde des dommages et intérêts, y compris des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, qui ne compensent pas une partie pour la perte ou le préjudice réels subis.

2 Le tribunal requis prend en considération si, et dans quelle mesure, le montant accordé à titre de dommages et intérêts par le tribunal d'origine est destiné à couvrir les frais et dépens du procès.

Article 12 – Transactions judiciaires

Les transactions homologuées par un tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for ou passées devant ce tribunal au cours d'une instance, et qui sont exécutoires au même titre qu'un jugement dans l'État d'origine, sont exécutées en vertu de la présente Convention aux mêmes conditions qu'un jugement.

Article 13 – Pièces à produire

1 La partie qui requiert la reconnaissance ou qui demande l'exécution produit :

a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

b) l'accord exclusif d'élection de for, une copie certifiée de celui-ci ou une autre preuve de son existence ;

c) s'il s'agit d'un jugement 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 ;

d) 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 ;

e) dans le cas prévu à l'article 12, un certificat d'un tribunal de l'État d'origine attestant que la transaction judiciaire

4 Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

5 This Article shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3. However, where the chosen court had discretion as to whether to transfer the case to another court, recognition or enforcement of the judgment may be refused against a party who objected to the transfer in a timely manner in the State of origin.

Article 9 – Refusal of recognition or enforcement

Recognition or enforcement may be refused if –

a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court, unless the chosen court has determined that the agreement is valid;

b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the requested State;

c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim,

i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested; or

ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents;

d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;

e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State;

f) the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested State in a dispute between the same parties; or

g) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties on the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State.

Article 10 – Preliminary questions

1 Where a matter excluded under Article 2, paragraph 2, or under Article 21, arose as a preliminary question, the ruling on that question shall not be recognised or enforced under this Convention.

2 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded under Article 2, paragraph 2.

3 However, in the case of a ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or a related right, recognition or enforcement of a judgment may be refused or postponed under the preceding paragraph only where –

a) that ruling is inconsistent with a judgment or a decision of a competent authority on that matter given in the State under the law of which the intellectual property right arose; or

b) proceedings concerning the validity of the intellectual property right are pending in that State.

4 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded pursuant to a declaration made by the requested State under Article 21.

Article 11 – Damages

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.

2 The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Article 12 – Judicial settlements (transactions judiciaires)

Judicial settlements (*transactions judiciaires*) which a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement has approved, or which have been concluded before that court in the course of proceedings, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced under this Convention in the same manner as a judgment.

Article 13 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

a) a complete and certified copy of the judgment;

b) the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence;

c) if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

d) any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

e) in the case referred to in Article 12, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a

est exécutoire, en tout ou en partie, aux mêmes conditions qu'un jugement dans l'État d'origine.

2 Si le contenu du jugement ne permet pas au tribunal requis de vérifier que les conditions du présent chapitre sont remplies, ce tribunal peut exiger tout document nécessaire.

3 Une demande de reconnaissance ou d'exécution peut être accompagnée d'un document, délivré par un tribunal (y compris par une personne autorisée du tribunal) de l'État d'origine, sous la forme recommandée et publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

4 Si les documents mentionnés dans le présent article 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 la loi de l'État requis en dispose autrement.

Article 14 – Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, et l'exécution du jugement, sont régies par le droit de l'État requis sauf si la présente Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité.

Article 15 – Divisibilité

La reconnaissance ou l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement est accordée, si la reconnaissance ou l'exécution de cette partie est demandée ou si seule une partie du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

CHAPITRE IV – CLAUSES GÉNÉRALES

Article 16 – Dispositions transitoires

1 La présente Convention s'applique aux accords exclusifs d'élection de for conclus après son entrée en vigueur pour l'État du tribunal élu.

2 La présente Convention ne s'applique pas aux litiges engagés avant son entrée en vigueur pour l'État du tribunal saisi.

Article 17 – Contrats d'assurance et de réassurance

1 Un litige en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance n'est pas exclu du champ d'application de la présente Convention au motif que le contrat d'assurance ou de réassurance porte sur une matière à laquelle la Convention ne s'applique pas.

2 La reconnaissance et l'exécution d'un jugement relatif à la responsabilité en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance ne peuvent pas être limitées ou refusées au motif que la responsabilité en vertu de ce contrat comprend celle d'indemniser l'assuré ou le réassuré à l'égard :

a) d'une matière à laquelle la présente Convention ne s'applique pas ; ou

b) d'une décision accordant des dommages et intérêts auxquels l'article 11 pourrait s'appliquer.

Article 18 – Dispense de légalisation

Les documents transmis ou délivrés en vertu de la présente Convention sont dispensés de toute légalisation ou de toute formalité analogue, y compris une Apostille.

Article 19 – Déclarations limitant la compétence

Un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige.

Article 20 – Déclarations limitant la reconnaissance et l'exécution

Un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque les parties avaient leur résidence dans l'État requis et que les relations entre les parties, ainsi que tous les autres éléments pertinents du litige, autres que le lieu du tribunal élu, étaient liés uniquement à l'État requis.

Article 21 – Déclarations relatives à des matières particulières

1 Lorsqu'un État a un intérêt important à ne pas appliquer la présente Convention à une matière particulière, cet État peut déclarer qu'il n'appliquera pas la présente Convention à cette matière. L'État qui fait une telle déclaration s'assure que la portée de celle-ci n'est pas plus étendue que nécessaire et que la matière particulière exclue est définie de façon claire et précise.

2 À l'égard d'une telle matière, la Convention ne s'applique pas :

a) dans l'État contractant ayant fait la déclaration ;

b) dans les autres États contractants lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne les tribunaux, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers, de l'État ayant fait la déclaration.

Article 22 – Déclarations réciproques sur les accords non exclusifs d'élection de for

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

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

a) le tribunal d'origine était désigné dans un accord non exclusif d'élection de for ;

part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

2 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a document, issued by a court (including an officer of the court) of the State of origin, in the form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law.

4 If the documents referred to in this Article are not in an official language of the requested State, they shall be accompanied by a certified translation into an official language, unless the law of the requested State provides otherwise.

Article 14 – Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

Article 15 – Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 16 – Transitional provisions

1 This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded after its entry into force for the State of the chosen court.

2 This Convention shall not apply to proceedings instituted before its entry into force for the State of the court seised.

Article 17 – Contracts of insurance and reinsurance

1 Proceedings under a contract of insurance or reinsurance are not excluded from the scope of this Convention on the ground that the contract of insurance or reinsurance relates to a matter to which this Convention does not apply.

2 Recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under the terms of a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability under that contract includes liability to indemnify the insured or reinsured in respect of –

a) a matter to which this Convention does not apply; or

b) an award of damages to which Article 11 might apply.

Article 18 – No legalisation

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation or any analogous formality, including an Apostille.

Article 19 – Declarations limiting jurisdiction

A State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.

Article 20 – Declarations limiting recognition and enforcement

A State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by a court of another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, were connected only with the requested State.

Article 21 – Declarations with respect to specific matters

1 Where a State has a strong interest in not applying this Convention to a specific matter, that State may declare that it will not apply the Convention to that matter. The State making such a declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.

2 With regard to that matter, the Convention shall not apply –

a) in the Contracting State that made the declaration;

b) in other Contracting States, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the State that made the declaration.

Article 22 – Reciprocal declarations on non-exclusive choice of court agreements

1 A Contracting State may declare that its courts will recognise and enforce judgments given by courts of other Contracting States designated in a choice of court agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of Article 3, paragraph *c)*, and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, a court or courts of one or more Contracting States (a non-exclusive choice of court agreement).

2 Where recognition or enforcement of a judgment given in a Contracting State that has made such a declaration is sought in another Contracting State that has made such a declaration, the judgment shall be recognised and enforced under this Convention, if –

a) the court of origin was designated in a non-exclusive choice of court agreement;

b) il n'existe ni un jugement d'un autre tribunal devant lequel des procédures pourraient être engagées conformément à l'accord non exclusif d'élection de for, ni une procédure pendante entre les mêmes parties devant un tel autre tribunal ayant le même objet et la même cause ; et

c) le tribunal d'origine était le premier tribunal saisi.

Article 23 – Interprétation uniforme

Aux fins de l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

Article 24 – Examen du fonctionnement de la Convention

Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé prend périodiquement des dispositions en vue de :

a) l'examen du fonctionnement pratique de la présente Convention, y compris de toute déclaration ; et

b) l'examen de l'opportunité d'apporter des modifications à la présente Convention.

Article 25 – Systèmes juridiques non unifiés

1 Au regard d'un État contractant dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ayant trait aux questions régies par la présente Convention s'appliquent dans des unités territoriales différentes :

a) toute référence à la loi ou à la procédure d'un État vise, le cas échéant, la loi ou la procédure en vigueur dans l'unité territoriale considérée ;

b) toute référence à la résidence dans un État vise, le cas échéant, la résidence dans l'unité territoriale considérée ;

c) toute référence au tribunal ou aux tribunaux d'un État vise, le cas échéant, le tribunal ou les tribunaux dans l'unité territoriale considérée ;

d) toute référence au lien avec un État vise, le cas échéant, le lien avec l'unité territoriale considérée.

2 Nonobstant le paragraphe précédent, un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention aux situations qui impliquent uniquement ces différentes unités territoriales.

3 Un tribunal dans une unité territoriale d'un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter un jugement d'un autre État contractant pour le seul motif que le jugement a été reconnu ou exécuté dans une autre unité territoriale du même État contractant selon la présente Convention.

4 Cet article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique.

Article 26 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

1 La présente Convention doit être interprétée de façon à ce qu'elle soit, autant que possible, compatible avec d'autres traités en vigueur pour les États contractants, conclus avant ou après cette Convention.

2 La présente Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas Partie au traité.

3 La présente Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité conclu avant l'entrée en vigueur de cette Convention pour cet État contractant, si l'application de cette Convention est incompatible avec les obligations de cet État contractant vis-à-vis de tout autre État non contractant. Le présent paragraphe s'applique aussi aux traités qui révisent ou se substituent à un traité conclu avant l'entrée en vigueur de cette Convention pour cet État contractant, sauf dans la mesure où la révision ou la substitution crée de nouvelles incompatibilités avec cette Convention.

4 La présente Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, afin d'obtenir la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant qui est également Partie à ce traité. Toutefois, ce jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de cette Convention.

5 La présente Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité qui, à l'égard d'une matière particulière, prévoit des règles relatives à la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si ce traité a été conclu après cette Convention et que tous les États concernés sont Parties à cette Convention. Ce paragraphe s'applique uniquement si l'État contractant a fait une déclaration à l'égard de ce traité en vertu du présent paragraphe. Dans le cas d'une telle déclaration, les autres États contractants ne sont pas tenus d'appliquer cette Convention à cette matière particulière dans la mesure de l'incompatibilité, lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne les tribunaux, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers, de l'État contractant ayant fait cette déclaration.

6 La présente Convention n'affecte pas l'application des règles d'une Organisation régionale d'intégration économique partie à cette Convention, que ces règles aient été adoptées avant ou après cette Convention :

a) lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de l'Organisation régionale d'intégration économique ;

b) en ce qui a trait à la reconnaissance ou l'exécution de jugements entre les États membres de l'Organisation régionale d'intégration économique.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 27 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

1 La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États.

b) there exists neither a judgment given by any other court before which proceedings could be brought in accordance with the non-exclusive choice of court agreement, nor a proceeding pending between the same parties in any other such court on the same cause of action; and

c) the court of origin was the court first seised.

Article 23 – Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 24 – Review of operation of the Convention

The Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall at regular intervals make arrangements for –

a) review of the operation of this Convention, including any declarations; and

b) consideration of whether any amendments to this Convention are desirable.

Article 25 – Non-unified legal systems

1 In relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to any matter dealt with in this Convention –

a) any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law or procedure in force in the relevant territorial unit;

b) any reference to residence in a State shall be construed as referring, where appropriate, to residence in the relevant territorial unit;

c) any reference to the court or courts of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the court or courts in the relevant territorial unit;

d) any reference to a connection with a State shall be construed as referring, where appropriate, to a connection with the relevant territorial unit.

2 Notwithstanding the preceding paragraph, a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to apply this Convention to situations which involve solely such different territorial units.

3 A court in a territorial unit of a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention.

4 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 26 – Relationship with other international instruments

1 This Convention shall be interpreted so far as possible to be compatible with other treaties in force for Contracting States, whether concluded before or after this Convention.

2 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty, whether concluded before or after this Convention, in cases where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Party to the treaty.

3 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty that was concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, if applying this Convention would be inconsistent with the obligations of that Contracting State to any non-Contracting State. This paragraph shall also apply to treaties that revise or replace a treaty concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, except to the extent that the revision or replacement creates new inconsistencies with this Convention.

4 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State that is also a Party to that treaty. However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.

5 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty which, in relation to a specific matter, governs jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if concluded after this Convention and even if all States concerned are Parties to this Convention. This paragraph shall apply only if the Contracting State has made a declaration in respect of the treaty under this paragraph. In the case of such a declaration, other Contracting States shall not be obliged to apply this Convention to that specific matter to the extent of any inconsistency, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the Contracting State that made the declaration.

6 This Convention shall not affect the application of the rules of a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to this Convention, whether adopted before or after this Convention –

a) where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the Regional Economic Integration Organisation;

b) as concerns the recognition or enforcement of judgments as between Member States of the Regional Economic Integration Organisation.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 27 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession

1 This Convention is open for signature by all States.

2 La présente Convention est sujette à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des États signataires.

3 Tout État pourra adhérer à la présente Convention.

4 Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

Article 28 – Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés

1 Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Toute déclaration est notifiée au dépositaire et indique expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'applique à l'ensemble du territoire de cet État.

4 Le présent article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique.

Article 29 – Organisations régionales d'intégration économique

1 Une Organisation régionale d'intégration économique constituée seulement par des États souverains et ayant compétence sur certaines ou toutes les matières régies par la présente Convention peut également signer, accepter ou approuver cette Convention ou y adhérer. En pareil cas, l'Organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette Organisation a compétence sur des matières régies par cette Convention.

2 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'Organisation régionale d'intégration économique notifie au dépositaire, par écrit, les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres ont transféré leur compétence à cette Organisation. L'Organisation notifie aussitôt au dépositaire, par écrit, toute modification intervenue dans la délégation de compétence précisée dans la notification la plus récente faite en vertu du présent paragraphe.

3 Pour les fins de l'entrée en vigueur de la présente Convention, tout instrument déposé par une Organisation régionale d'intégration économique n'est pas compté, à moins que l'Organisation régionale d'intégration économique déclare, en vertu de l'article 30, que ses États membres ne seront pas Parties à cette Convention.

4 Toute référence à « État contractant » ou « État » dans la présente Convention s'applique également, le cas échéant, à une Organisation régionale d'intégration économique qui y est Partie.

Article 30 – Adhésion par une Organisation régionale d'intégration économique sans ses États membres

1 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, une Organisation régionale d'intégration économique peut déclarer qu'elle a compétence pour toutes les matières régies par la présente Convention et que ses États membres ne seront pas Parties à cette Convention mais y seront liés en raison du fait de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion de l'Organisation.

2 Lorsqu'une déclaration est faite par une Organisation régionale d'intégration économique en conformité avec le paragraphe premier, toute référence à « État contractant » ou « État » dans la présente Convention s'applique également, le cas échéant, aux États membres de l'Organisation.

Article 31 – Entrée en vigueur

1 La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion visé par l'article 27.

2 Par la suite, la présente Convention entrera en vigueur :

a) pour chaque État ou Organisation régionale d'intégration économique ratifiant, acceptant, approuvant ou y adhérant postérieurement, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ;

b) pour les unités territoriales auxquelles la présente Convention a été étendue conformément à l'article 28, paragraphe premier, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification de la déclaration visée par ledit article.

Article 32 – Déclarations

1 Les déclarations visées aux articles 19, 20, 21, 22 et 26 peuvent être faites lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ou à tout moment ultérieur et pourront être modifiées ou retirées à tout moment.

2 Les déclarations, modifications et retraits sont notifiés au dépositaire.

3 Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion prendra effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné.

4 Une déclaration faite ultérieurement, ainsi qu'une modification ou le retrait d'une déclaration, prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

5 Une déclaration faite en vertu des articles 19, 20, 21 et 26 ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for conclus avant qu'elle ne prenne effet.

2 This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

3 This Convention is open for accession by all States.

4 Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

Article 28 – Declarations with respect to non-unified legal systems

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

2 A declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Convention shall extend to all territorial units of that State.

4 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 29 – Regional Economic Integration Organisations

1 A Regional Economic Integration Organisation which is constituted solely by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.

2 The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.

3 For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted unless the Regional Economic Integration Organisation declares in accordance with Article 30 that its Member States will not be Parties to this Convention.

4 Any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention shall apply equally, where appropriate, to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it.

Article 30 – Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States

1 At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that it exercises competence over all the matters governed by this Convention and that its Member States will not be Parties to this Convention but shall be bound by virtue of the signature, acceptance, approval or accession of the Organisation.

2 In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation in accordance with paragraph 1, any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention shall apply equally, where appropriate, to the Member States of the Organisation.

Article 31 – Entry into force

1 This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 27.

2 Thereafter this Convention shall enter into force –

a) for each State or Regional Economic Integration Organisation subsequently ratifying, accepting, approving or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b) for a territorial unit to which this Convention has been extended in accordance with Article 28, paragraph 1, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification of the declaration referred to in that Article.

Article 32 – Declarations

1 Declarations referred to in Articles 19, 20, 21, 22 and 26 may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

2 Declarations, modifications and withdrawals shall be notified to the depositary.

3 A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.

4 A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the depositary.

5 A declaration under Articles 19, 20, 21 and 26 shall not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect.

Article 33 – Dénonciation

1 La présente Convention pourra être dénoncée par une notification écrite au dépositaire. La dénonciation pourra se limiter à certaines unités territoriales d'un système juridique non unifié auxquelles s'applique la présente Convention.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est précisée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 34 – Notifications par le dépositaire

Le dépositaire notifiera aux Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux autres États et aux Organisations régionales d'intégration économique qui ont signé, ratifié, accepté, approuvé ou adhéré conformément aux articles 27, 29 et 30 les renseignements suivants :

a) les signatures, ratifications, acceptations, approbations et adhésions prévues aux articles 27, 29 et 30 ;

b) la date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à l'article 31 ;

c) les notifications, les déclarations, et les modifications et retraits des déclarations prévues aux articles 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29 et 30 ;

d) les dénonciations prévues à l'article 33.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 30 juin 2005, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des États membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Vingtième session, ainsi qu'à tout État ayant participé à cette Session.

Article 33 – Denunciation

1 This Convention may be denounced by notification in writing to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which this Convention applies.

2 The denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the depositary.

Article 34 – Notifications by the depositary

The depositary shall notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Articles 27, 29 and 30 of the following –

a) the signatures, ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 27, 29 and 30;

b) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 31;

c) the notifications, declarations, modifications and withdrawals of declarations referred to in Articles 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29 and 30;

d) the denunciations referred to in Article 33.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on 30 June 2005, in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the Member States of the Hague Conference on Private International Law as of the date of its Twentieth Session and to each State which participated in that Session.

B La Recommandation suivante relative à la Convention sur les accords d'élection de for:

La Vingtième session

Recommande aux États parties à la *Convention sur les accords d'élection de for* d'utiliser le formulaire suivant pour confirmer la délivrance et le contenu d'un jugement rendu par le tribunal d'origine dans le but de sa reconnaissance et de son exécution en vertu de la Convention :

FORMULAIRE RECOMMANDÉ
CONFORMÉMENT À LA CONVENTION SUR
LES ACCORDS D'ÉLECTION DE FOR
(« LA CONVENTION »)

(Exemple de formulaire confirmant la délivrance et le contenu d'un jugement rendu par le tribunal d'origine dans le but de sa reconnaissance et de son exécution en vertu de la Convention)

1 (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) .....

ADRESSE .....

TÉL. .....

TÉLÉCOPIE .....

COURRIEL .....

2 AFFAIRE / NUMÉRO DE DOSSIER .....

3 .....(DEMANDEUR)

c.

.....(DÉFENDEUR)

4 (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) a rendu un jugement dans l'affaire susvisée, le (DATE), à (LOCALITÉ, ÉTAT).

5 Ce tribunal a été désigné dans un accord exclusif d'élection de for visé à l'article 3 de la Convention :

OUI ☐ NON ☐

IMPOSSIBLE À CONFIRMER ☐

6 Dans l'affirmative, l'accord exclusif d'élection de for a été conclu ou documenté de la manière suivante :

7 Ce tribunal a accordé le paiement du montant suivant *(le cas échéant, veuillez indiquer toute catégorie de dommages et intérêts compris) :*

B The following Recommendation relating to the Convention on Choice of Court Agreements –

The Twentieth Session

Recommends to the States Parties to the *Convention on Choice of Court Agreements* to use the following form confirming the issuance and content of a judgment given by the court of origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention –

RECOMMENDED FORM

UNDER THE CONVENTION ON

CHOICE OF COURT AGREEMENTS

("THE CONVENTION")

(Sample form confirming the issuance and content of a judgment given by the court of origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention)

1 (THE COURT OF ORIGIN) .....

ADDRESS .....

TEL. .....

FAX .....

E-MAIL .....

2 CASE / DOCKET NUMBER .....

3 .....(PLAINTIFF)

v.

.....(DEFENDANT)

4 (THE COURT OF ORIGIN) gave a judgment in the above-captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE).

5 This court was designated in an exclusive choice of court agreement within the meaning of Article 3 of the Convention:

YES ☐ NO ☐

UNABLE TO CONFIRM ☐

6 If yes, the exclusive choice of court agreement was concluded or documented in the following manner:

7 This court awarded the following payment of money *(please indicate, where applicable, any relevant categories of damages included)*:

8 Ce tribunal a accordé les intérêts comme suit *(veuillez indiquer le (ou les) taux d'intérêt, la (ou les) partie(s) des indemnités auxquelles s'appliquent les intérêts, la date à partir de laquelle les intérêts sont comptés, ainsi que toute information supplémentaire relative aux intérêts qui pourrait aider le tribunal requis)* :

9 Ce tribunal a inclus dans le jugement les frais et dépens du procès comme suit *(veuillez préciser le montant de ces indemnités, y compris, le cas échéant, la part de ces indemnités pécuniaires destinées à couvrir les frais et dépens du procès)* :

10 Ce tribunal a accordé le dédommagement non pécuniaire comme suit *(veuillez décrire la nature du dédommagement)* :

11 Ce jugement est exécutoire dans l'État d'origine :

OUI ☐ NON ☐

IMPOSSIBLE À CONFIRMER ☐

12 Ce jugement, en tout ou en partie, fait actuellement l'objet d'un recours dans l'État d'origine :

OUI ☐ NON ☐

IMPOSSIBLE À CONFIRMER ☐

Dans l'affirmative, veuillez préciser la nature et l'état de la procédure de recours :

13 Toute autre information pertinente :

14 Sont annexés au présent formulaire les documents énoncés dans la liste suivante *(si disponibles)* :

☐ une copie complète et certifiée conforme du jugement ;

☐ l'accord exclusif d'élection de for, une copie certifiée de celui-ci, ou une autre preuve de son existence ;

☐ s'il s'agit d'un jugement 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 ;

☐ 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 ;

(le cas échéant, veuillez fournir une liste de ces documents) :

☐ dans le cas prévu à l'article 12 de la Convention, un certificat d'un tribunal de l'État d'origine attestant que la transaction judiciaire est exécutoire dans l'État d'origine, en tout ou en partie, aux mêmes conditions qu'un jugement ;

☐ autres documents : .....

8 This court awarded interest as follows *(please specify the rate(s) of interest, the portion(s) of the award to which interest applies, the date from which interest is computed, and any further information regarding interest that would assist the court addressed)*:

9 This court included within the judgment the following costs and expenses relating to the proceedings *(please specify the amounts of any such awards, including, where applicable, any amount(s) within a monetary award intended to cover costs and expenses relating to the proceedings)*:

10 This court awarded the following non-monetary relief *(please describe the nature of such relief)*:

11 This judgment is enforceable in the State of origin:

YES ☐ NO ☐

UNABLE TO CONFIRM ☐

12 This judgment (or a part thereof) is currently the subject of review in the State of origin:

YES ☐ NO ☐

UNABLE TO CONFIRM ☐

If "yes" please specify the nature and status of such review:

13 Any other relevant information:

14 Attached to this form are the documents marked in the following list *(if available)*:

☐ a complete and certified copy of the judgment;

☐ the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence;

☐ if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;

☐ any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

(list if applicable):

☐ in the case referred to in Article 12 of the Convention, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin;

☐ other documents: . . . . . .

15 Fait à ....., le ..... 20 . .

16 Signature et cachet (le cas échéant) du tribunal ou d'une personne autorisée du tribunal :

PERSONNE DE CONTACT : .....

TÉL. : .....

TÉLÉCOPIE : .....

COURRIEL : .....

15 Dated this ..... day of ....., 20.. at .....

16 Signature and / or stamp by the court or officer of the court:

CONTACT PERSON:.....

TEL.: .....

FAX:.....

E-MAIL:.....

Rapport
Report

Rapport explicatif de Trevor Hartley et Masato Dogauchi

Table des matières Page

PREMIÈRE PARTIE – AVANT-PROPOS 784
Documents 786
Remerciements 788
Terminologie 788

DEUXIÈME PARTIE – APERÇU 790

TROISIÈME PARTIE – COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE 798
***Article premier** – Champ d'application* 798
***Article 2** – Exclusions du champ d'application* 800
***Article 3** – Accords exclusifs d'élection de for* 808
***Article 4** – Autres définitions* 812
***Article 5** – Compétence du tribunal élu* 814
***Article 6** – Obligations du tribunal non élu* 818
***Article 7** – Mesures provisoires et conservatoires* 822
***Article 8** – Reconnaissance et exécution* 824
***Article 9** – Refus de reconnaissance ou d'exécution* 828
***Article 10** – Questions préalables* 830
***Article 11** – Dommages et intérêts* 832
***Article 12** – Transactions judiciaires* 834

***Article 13** – Pièces à produire* 836
***Article 14** – Procédure* 836
***Article 15** – Divisibilité* 838
***Article 16** – Dispositions transitoires* 838
***Article 17** – Contrats d'assurance et de réassurance* 838
***Article 18** – Dispense de légalisation* 840
***Article 19** – Déclarations limitant la compétence* 840
***Article 20** – Déclarations limitant la reconnaissance et l'exécution* 840
***Article 21** – Déclarations relatives à des matières particulières* 842
***Article 22** – Déclarations réciproques sur les accords non exclusifs d'élection de for* 842
***Article 23** – Interprétation uniforme* 846
***Article 24** – Examen du fonctionnement de la Convention* 846
***Article 25** – Systèmes juridiques non unifiés* 846
***Article 26** – Rapport avec d'autres instruments internationaux* 848
***Article 27** – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion* 858
***Article 28** – Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés* 858
***Article 29** – Organisations régionales d'intégration économique* 858
***Article 30** – Adhésion par une Organisation régionale d'intégration économique sans ses États membres* 860
***Article 31** – Entrée en vigueur* 860
Réserves 860
***Article 32** – Déclarations* 860
***Article 33** – Dénonciation* 860
***Article 34** – Notifications par le dépositaire* 860

PREMIÈRE PARTIE – AVANT-PROPOS

Adoption de la Convention

Le texte définitif de la Convention a été préparé lors de la Vingtième session de la Conférence de La Haye de droit international privé par sa Commission II du 14 au 30 juin 2005. L'Acte final a été adopté par la Session plénière le 30 juin 2005 et la Convention a été ouverte à la signature à cette date.

Origines de la Convention

La paternité du projet qui a mené en définitive à la Convention remonte à des propositions avancées par feu Arthur T. von Mehren de la *Harvard Law School*[1]. C'est lui qui a suggéré que les États-Unis d'Amérique devraient conclure des conventions en matière de reconnaissance des jugements avec d'autres États, notamment européens. Après des discussions initiales, il a été décidé qu'une convention mondiale sur la compétence et les jugements, négociée dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, était le meilleur moyen d'avancer. Après des études préliminaires engagées en 1994, la décision de lancer le projet a été prise en 1996[2].

Le projet initial : une convention « mixte ». Le Professeur Arthur von Mehren a initialement proposé que le projet revête la forme d'une convention « mixte »[3]. Il s'agit d'une convention dans laquelle les chefs de compétence sont répartis en trois catégories. Il y a des listes de chefs de compétence acceptés et de chefs de compétence interdits. Tous les autres chefs de compétence relèvent de la zone dite « grise ». Le principe est que si le tribunal est compétent sur la base d'un chef de compétence accepté, il peut connaître de l'affaire, et le jugement qui en résulte bénéficiera de la reconnaissance et de l'exécution dans les autres États contractants en vertu de la Convention (sous réserve de l'observation de certaines autres conditions). Un tribunal d'un État contractant n'est pas autorisé à se déclarer compétent en vertu d'un chef de compétence interdit. Les tribunaux sont autorisés à se déclarer compétents pour les motifs de la « zone grise », mais les dispositions de la Convention relatives à la reconnaissance et à l'exécution ne s'appliqueront pas au jugement qui en résulte[4].

Bien que cette démarche ait reçu l'appui du Groupe de travail initial sur ce projet[5], il est apparu au fur et à mesure que les travaux avançaient qu'il ne serait pas possible de rédiger un texte satisfaisant de convention « mixte » dans un délai raisonnable. Ce constat résultait des larges divergences entre les règles de compétence existantes des différents États et les effets imprévisibles des évolutions techniques, dont Internet, sur les règles de compétence susceptibles d'être adoptées dans la Convention. À la fin de la Première partie de la Dix-neuvième

[1] Arthur van Mehren est décédé en janvier 2006, mais a néanmoins pu voir aboutir le projet auquel il avait consacré tant d'énergie.

[2] Sur les origines historiques de la Convention, voir le Rapport Nygh / Pocar (*infra*, note 11), p. 25 et s. Pour plus de détails, voir F. Pocar et C. Honorati (éd.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, CEDAM, Milan, Italie, 2005. Ce dernier ouvrage inclut également le Rapport Nygh / Pocar.

[3] Voir A.T. von Mehren, « Recognition and Enforcement of Foreign Judgments : A New Approach for the Hague Conference ? », *Law & Contemporary Problems*, Vol. 57, p. 271 (1994) ; *id.*, « The Case for a Convention-mixte Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 61, 1997, No 1, p. 86.

[4] Les instruments européens dans ce domaine (Règlement de Bruxelles, Convention de Bruxelles et Convention de Lugano) sont fondés sur un principe légèrement différent. Lorsque le défendeur est domicilié dans un autre État auquel l'instrument s'applique, il n'y a pas de zone grise : la compétence ne peut être exercée que pour les motifs indiqués dans l'instrument. Toutefois, lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans un tel État, la compétence, sous certaines réserves, peut être exercée pour tout motif autorisé par le droit national ; le jugement qui en résulte doit néanmoins bénéficier de la reconnaissance et de l'exécution dans les autres États.

[5] Voir les « Conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements », Doc. prél. No 19 de novembre 1992, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, *Matières diverses – Centenaire*, p. 256 et s., para. 5 et 6.

Explanatory Report by Trevor Hartley and Masato Dogauchi

Contents of the Report Page

PART I – PREFACE 785
Documents 787
Acknowledgements 789
Terminology 789

PART II – OVERVIEW 791

PART III – ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY 799
***Article 1** – Scope* 799
***Article 2** – Exclusions from scope* 801
***Article 3** – Exclusive choice of court agreements* 809
***Article 4** – Other definitions* 813
***Article 5** – Jurisdiction of the chosen court* 815
***Article 6** – Obligations of a court not chosen* 819
***Article 7** – Interim measures of protection* 823
***Article 8** – Recognition and enforcement* 825
***Article 9** – Refusal of recognition or enforcement* 829
***Article 10** – Preliminary questions* 831
***Article 11** – Damages* 833
***Article 12** – Judicial settlements* (transactions judiciaires) 835
***Article 13** – Documents to be produced* 837
***Article 14** – Procedure* 837
***Article 15** – Severability* 839
***Article 16** – Transitional provisions* 839
***Article 17** – Contracts of insurance and reinsurance* 839
***Article 18** – No legalisation* 841
***Article 19** – Declarations limiting jurisdiction* 841
***Article 20** – Declarations limiting recognition and enforcement* 841
***Article 21** – Declarations with respect to specific matters* 843
***Article 22** – Reciprocal declarations on non-exclusive choice of court agreements* 843
***Article 23** – Uniform interpretation* 847
***Article 24** – Review of the operation of the Convention* 847
***Article 25** – Non-unified legal systems* 847
***Article 26** – Relationship with other international instruments* 849
***Article 27** – Signature, ratification, acceptance, approval or accession* 859
***Article 28** – Declarations with respect to non-unified legal systems* 859
***Article 29** – Regional Economic Integration Organisations* 859
***Article 30** – Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States* 861
***Article 31** – Entry into force* 861
Reservations 861
***Article 32** – Declarations* 861
***Article 33** – Denunciation* 861
***Article 34** – Notifications by the depositary* 861

PART I – PREFACE

Adoption of the Convention

The definitive text of the Convention was drawn up at the Twentieth Session of the Hague Conference on Private International Law by its Commission II on 14–30 June 2005. The Final Act was adopted by the Plenary Session on 30 June 2005 and the Convention was opened for signature on that date.

Origins of the Convention

The intellectual origins of the project that led eventually to the Convention may be traced to proposals put forward by the late Arthur T. von Mehren of Harvard Law School.[1] It was he who suggested that the United States of America should conclude judgment-recognition conventions with States, in particular, in Europe. After initial discussions, it was decided that a worldwide convention on jurisdiction and judgments, negotiated within the framework of the Hague Conference on Private International Law, was the best way forward. After preliminary studies beginning in 1994, the decision was taken in 1996 to start the project.[2]

The original project: a "mixed" convention. Professor von Mehren originally suggested that the project should take the form of a "mixed" convention.[3] This is a convention in which jurisdictional grounds are divided into three categories. There are lists of approved grounds of jurisdiction and of prohibited grounds of jurisdiction. All other grounds of jurisdiction fall into the so-called "grey area". The idea is that where the court has jurisdiction on an approved ground, it can hear the case, and the resulting judgment will be recognised and enforced in other Contracting States under the Convention (provided certain other requirements are satisfied). A court of a Contracting State is not permitted to take jurisdiction on prohibited grounds. Courts are permitted to take jurisdiction on the "grey area" grounds, but the provisions of the Convention relating to recognition and enforcement will not apply to the resulting judgment.[4]

Although this approach was supported by the initial Working Group on the project,[5] it became apparent as work proceeded that it would not be possible to draw up a satisfactory text for a "mixed" convention within a reasonable period of time. The reasons for this included the wide differences in the existing rules of jurisdiction in different States and the unforeseeable effects of technological developments, including the Internet, on the jurisdictional rules that might be laid down in the Convention. At the end of the First Part of the Nineteenth

[1] Arthur von Mehren lived to see the completion of the project to which he had devoted so much energy, but died in January 2006.

[2] On the historical origins of the Convention, see the Nygh / Pocar Report (*infra*, note 11), pp. 25 *et seq.* For further details, see F. Pocar and C. Honorati (eds), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, CEDAM, Milan, Italy, 2005. This latter work also contains the Nygh / Pocar Report.

[3] See A.T. von Mehren, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference?", *Law & Contemporary Problems*, Vol. 57 at p. 271 (1994); *id.*, "The Case for a Convention-mixte Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 61, No 1, at p. 86 (1997).

[4] The European instruments in this area (the Brussels Regulation, the Brussels Convention and the Lugano Convention) are based on a slightly different idea. Where the defendant is domiciled in another State to which the instrument applies, there is no grey area: jurisdiction may be exercised only on the grounds laid down in the instrument. Where the defendant is not domiciled in such a State, however, jurisdiction may, subject to certain exceptions, be exercised on any ground permitted by national law; the resulting judgment must nevertheless be recognised and enforced in the other States.

[5] See the "Conclusions of the Working Group meeting on enforcement of judgments", Prel. Doc. No 19 of November 1992, *Proceedings of the Seventeenth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters – Centenary*, pp. 257 *et seq.*, paras 5 and 6.

session, tenue en juin 2001, il a été décidé de reporter la décision sur l'opportunité de poursuivre les travaux sur l'avant-projet de Convention. Afin de trouver un moyen d'avancer, la Commission sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye, réunie en avril 2002, a décidé que le Bureau Permanent, assisté d'un Groupe de travail informel, préparerait un texte destiné à être soumis à une Commission spéciale. Il a été décidé que le point de départ de ce processus serait des domaines essentiels de la compétence tels que la compétence fondée sur les accords d'élection de for dans les affaires entre professionnels, l'acceptation tacite, le for du défendeur, les demandes reconventionnelles, les *trusts*, les dommages physiques et certains autres chefs possibles.

Après trois réunions, le Groupe de travail informel a proposé que l'objectif soit ramené aux dimensions d'une convention sur les accords d'élection de for dans les affaires commerciales. D'une manière générale, les États membres ont considéré que ce projet de Convention réalisait pour ces accords et les jugements qui en résultent ce que la *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* de 1958 avait fait pour les compromis d'arbitrage et les sentences qui en résultent. Après des réactions favorables reçues de la part des États membres de la Conférence de La Haye, une réunion de la Commission spéciale s'est tenue en décembre 2003 pour discuter du projet préparé par le Groupe de travail informel. Cette réunion de la Commission spéciale a produit un projet (projet de Convention 2003) publié comme Document de travail No 49 révisé. Une nouvelle réunion s'est tenue en avril 2004, qui a réexaminé ce document et traité des questions restantes. La réunion d'avril 2004 a permis d'aboutir à la rédaction d'un projet révisé (projet de Convention 2004), publié comme Document de travail No 110 révisé. Il a servi de base au texte examiné lors de la Session diplomatique de juin 2005, qui a produit le texte définitif de la Convention. Les documents suivants représentent les étapes principales de l'avancement de la Convention :

1. Une proposition d'un groupe de travail spécial, sous la forme d'un projet de Convention (« projet du Groupe de travail informel »), publiée comme Document préliminaire No 8 (mars 2003)[6];

2. Un projet de Convention préparé en 2003 (« projet de Convention 2003 »), fondé sur le projet du Groupe de travail informel, publié comme Document de travail No 49 révisé de décembre 2003 ;

3. Une version révisée et complétée du projet de Convention 2003, préparée en 2004 (« projet de Convention 2004 »), publiée comme Document de travail No 110 révisé d'avril 2004 ; et

4. Le texte définitif, élaboré en 2005.

Il existe deux rapports portant sur les projets antérieurs de la Convention, l'un sur le projet de Convention 2003 et l'autre sur le projet de Convention 2004.

Bureau

Lors de la première phase (1997-2001), les nominations suivantes ont été réalisées :

Président : M. T. Bradbrooke Smith (Canada) ;
Vice-Présidents : M. Andreas Bucher (Suisse) ;
M. Masato Dogauchi (Japon) ;
M. Jeffrey D. Kovar (États-Unis d'Amérique) ;
M. José Luis Siqueiros (Mexique) ;
Co-Rapporteurs : M. Peter Nygh (Australie)[7] ;
M. Fausto Pocar (Italie) ;
Président du Comité de rédaction :
M. Gustaf Möller (Finlande).

Mme Catherine Kessedjian, alors Secrétaire général adjoint, a préparé plusieurs documents préliminaires.

Lors de la seconde phase (2002-2005), les nominations suivantes ont été réalisées :

Président : M. Allan Philip (Danemark) (2003-2004)[8] ;
M. Andreas Bucher (Suisse) (2005) ;
Vice-Présidents : M. David Goddard (Nouvelle-Zélande) ;
M. Jeffrey D. Kovar (États-Unis d'Amérique) ;
M. Alexander Matveev (Fédération de Russie) ;
Mme Kathryn Sabo (Canada) ;
M. Jin Sun (Chine) ;
Co-Rapporteurs : M. Trevor C. Hartley (Royaume-Uni) ;
M. Masato Dogauchi (Japon) ;
Président du Comité de rédaction :
M. Gottfried Musger (Autriche).

Mme Andrea Schulz, Premier secrétaire, a préparé plusieurs documents préliminaires et réalisé d'autres travaux.

Documents

La liste ci-dessous énumère les principaux documents cités au cours des négociations et auxquels le Rapport se réfère. Ils sont répartis en deux catégories : les documents portant sur la première phase du projet et les documents portant sur la seconde phase. Ils sont visés sous la forme abrégée indiquée ci-dessous.

Les documents portant sur la seconde phase sont ceux qui concernent la Convention le plus étroitement : ils constituent des éléments de contexte essentiels. Les documents portant sur la première phase ne sont pertinents que dans la mesure où des dispositions de versions antérieures de la Convention ont été conservées dans la version finale.

(a) La première phase

« avant-projet de Convention 1999 » : avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale de 1999. Il a été préparé au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé en 1999. Il couvrait pour l'essentiel les mêmes matières que les Conventions de Bruxelles[9] et de Lugano[10]. Les travaux sur cet avant-projet ont été suspendus lorsqu'il est apparu qu'il serait difficile de parvenir à un accord mondial à cette épo-

[6] « Résultat préliminaire des travaux du Groupe de travail informel sur le projet des jugements », Doc. prél. No 8 de mars 2003 à l'intention de la Commission spéciale d'avril 2003 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (reproduit aussi en tant qu'annexe au Doc. prél. No 22 de juin 2003, *supra*, p. 76).

[7] Peter Nygh est malheureusement décédé en juin 2002. Sa disparition a laissé un vide bien difficile à combler.

[8] Le décès d'Allan Philip en septembre 2004 a profondément affecté toutes les personnes impliquées dans la Convention.

[9] « Convention de Bruxelles » : *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* du 27 septembre 1968. Un texte consolidé est disponible au *Journal officiel des Communautés européennes* (« JO ») 1998, vol. 27, série C, p. 1. En 1999, elle a été largement remplacée par le Règlement de Bruxelles (voir *infra*, note 50). Jusqu'alors, elle s'appliquait aux États membres de l'Union européenne. Le rapport de Paul Jenard sur la Convention de Bruxelles initiale a été publié au JO 1979 C 59, p. 1.

[10] « Convention de Lugano » : *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* du 16 septembre 1988, JO 1988 L 319, p. 9. Elle comporte des dispositions semblables à celles de la Convention de Bruxelles, mais les deux Conventions ne sont pas identiques. Les États contractants de la Convention de Lugano sont les 15 « anciens » États membres de l'Union européenne et certains autres États d'Europe. À l'heure où nous écrivons, il s'agit de l'Islande, de la Norvège, de la Pologne et de la Suisse. La démarcation entre les Conventions de Bruxelles et de Lugano est matérialisée à l'art. 54*ter* de la Convention de Lugano. Elle est fondée sur le principe que la Convention de Lugano ne s'appliquera pas aux relations entre les 15 « anciens » États membres de l'Union européenne, mais s'appliquera lorsque l'un des autres pays susvisés (à l'exception de la Pologne) est impliqué. Le rapport officiel a été rédigé par Paul Jenard et Gustaf Möller ; il a été publié au JO 1990 C 189, p. 57.

Session, held in June 2001, it was decided to postpone a decision on whether further work should be undertaken on the preliminary draft Convention. In order to find a way forward, the Commission on General Affairs and Policy of the Hague Conference, meeting in April 2002, decided that the Permanent Bureau, assisted by an Informal Working Group, should prepare a text to be submitted to a Special Commission. It was decided that the starting point for this process would be such core areas as jurisdiction based on choice of court agreements in business-to-business cases, submission, defendant's forum, counterclaims, trusts, physical torts and certain other possible grounds.

After three meetings, the Informal Working Group proposed that the objective should be scaled down to a convention on choice of court agreements in commercial cases. In general, the Member States viewed this proposed Convention as achieving for such agreements and the resulting judgments what the 1958 New York *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* accomplishes for agreements to arbitrate and the resulting awards. After positive reactions from the Member States of the Hague Conference were received, a meeting of the Special Commission was held in December 2003 to discuss the draft that had been prepared by the Informal Working Group. This meeting of the Special Commission produced a draft text (2003 draft Convention) that was published as Working Document No 49 Revised. A further meeting was held in April 2004, which reconsidered this document and dealt with the remaining issues. The April 2004 meeting produced a revised draft (2004 draft Convention), published as Working Document No 110 Revised. This formed the basis of the text considered at the Diplomatic Conference in June 2005, which produced the final text of the Convention. The following documents constituted the most important milestones in the progress of the Convention:

1. A proposal by a special working group, in the form of a draft Convention ("Informal Working Group Draft"), published as Preliminary Document No 8 (March 2003);[6]

2. A draft Convention drawn up in 2003 ("2003 draft Convention"), which was based on the Informal Working Group Draft, published as Working Document No 49 Revised of December 2003;

3. A revised and completed version of the 2003 draft Convention, drawn up in 2004 ("2004 draft Convention"), published as Working Document No 110 Revised of April 2004; and

4. The final text, drawn up in 2005.

There are two Reports on earlier drafts of the Convention: one on the 2003 draft Convention and one on the 2004 draft Convention.

Officers

In the first phase (1997–2001), the following appointments were made:

Chairman: Mr T. Bradbrooke Smith (Canada);
Vice-Chairmen: Mr Andreas Bucher (Switzerland);
Mr Masato Dogauchi (Japan);
Mr Jeffrey D. Kovar (United States of America);
Mr José Luis Siqueiros (Mexico);
Co-Reporters: Mr Peter Nygh (Australia);[7]
Mr Fausto Pocar (Italy);
Chairman of the Drafting Committee:
Mr Gustaf Möller (Finland).

Ms Catherine Kessedjian, then Deputy Secretary General, prepared several preliminary documents.

In the second phase (2002–2005), the following appointments were made:

Chairman: Mr Allan Philip (Denmark) (2003–2004);[8]
Mr Andreas Bucher (Switzerland) (2005);
Vice-Chairmen: Mr David Goddard (New Zealand);
Mr Jeffrey D. Kovar (United States of America);
Mr Alexander Matveev (Russian Federation);
Mrs Kathryn Sabo (Canada);
Mr Jin Sun (China);
Co-Reporters: Mr Trevor C. Hartley (United Kingdom);
Mr Masato Dogauchi (Japan);
Chairman of the Drafting Committee:
Mr Gottfried Musger (Austria).

Ms Andrea Schulz, First Secretary, prepared several preliminary documents and undertook other work.

Documents

The following is a list of the most important documents mentioned during the negotiations and cited in this Report. They are set out in two categories: documents related to the first phase of the project and documents related to the second phase. They are referred to in the abbreviated form set out below.

The documents related to the second phase are the ones that concern the Convention most closely: they constitute essential background material. The documents related to the first phase are relevant only to the extent that provisions in the earlier versions of the Convention were carried forward into the final version.

(a) The first phase

"preliminary draft Convention 1999": Preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of 1999. This was drawn up within the Hague Conference on Private International Law in 1999. It covered much the same ground as the Brussels[9] and Lugano Conventions.[10] Work on it was put on hold when it became apparent that it would be difficult to obtain global agreement at that time. Its text, together with a Report by the late

[6] "Preliminary result of the work of the Informal Working Group on the Judgments Project", Prel. Doc. No 8 of March 2003 for the attention of the Special Commission of April 2003 on General Affairs and Policy of the Conference (also reproduced as an annex to Prel. Doc. No 22 of June 2003, *supra*, p. 77).

[7] Sadly, Peter Nygh died in June 2002. His death was a tragic loss.

[8] Allan Philip died in September 2004, an occasion of great regret for all concerned with the Convention.

[9] The "Brussels Convention": *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 27 September 1968. A consolidated text may be found in the *Official Journal of the European Communities* ("OJ"), 1998, Volume 27 of the "C" series, p. 1. In 1999, it was largely superseded by the Brussels Regulation (see *infra*, note 50). Until then, it applied to the European Union Member States. The Report by Paul Jenard on the original Brussels Convention is published in OJ 1979 C 59, p. 1.

[10] The "Lugano Convention": *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 16 September 1988, OJ 1988 L 319, p. 9. It contains similar provisions to the Brussels Convention, but the two Conventions are not identical. The Contracting States to the Lugano Convention are the 15 "old" EU Member States and certain other States in Europe. At the time of writing, these are Iceland, Norway, Poland and Switzerland. The demarcation between the Brussels and Lugano Conventions is laid down in Art. 54B of the Lugano Convention. It is based on the principle that the Lugano Convention will not apply to relations among the 15 "old" EU Member States, but will apply where one of the other countries mentioned above (except Poland) is involved. The official Report is by Paul Jenard and Gustaf Möller; it is published in OJ 1990 C 189, p. 57.

que. Son texte, ainsi qu'un rapport de feu M. Peter Nygh et de M. Fausto Pocar, a été publié par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye en août 2000[11].

« Rapport Nygh / Pocar »: rapport sur l'avant-projet de Convention 1999 (voir note 11).

« Texte provisoire 2001 »: « Résumé des résultats des discussions de la Commission II de la Première Partie de la Conférence Diplomatique, 6-20 juin 2001 »[12]. Le grand nombre de crochets dans le texte indique que les délégués n'ont pu parvenir à un accord sur de nombreux points.

(b) La seconde phase

« projet du Groupe de travail informel »: projet de Convention préparé par le Groupe de travail informel, publié comme Document préliminaire No 8 à l'intention de la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence (mars 2003)[13].

« Premier rapport Schulz »: rapport de Mme Andrea Schulz sur le projet du Groupe de travail informel, publié en juin 2003 comme Document préliminaire No 22[14].

« projet de Convention 2003 »: projet de texte de la Convention, préparé par la Commission spéciale sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale en décembre 2003 (Doc. trav. No 49 révisé). Il était fondé sur le projet du Groupe de travail informel[15].

« Premier rapport »: rapport sur l'avant-projet de Convention 2003, préparé sous la forme d'un commentaire en mars 2004 et publié comme Document préliminaire No 25[16].

« projet de Convention 2004 »: avant-projet de Convention, désigné officiellement projet relatif aux accords exclusifs d'élection de for. Il s'agit d'une version révisée du projet de Convention 2003, élaborée en avril 2004. Il a été publié comme Document de travail No 110 révisé[17].

« Second rapport »: rapport sur l'avant-projet de Convention 2004, préparé sous la forme d'un commentaire en décembre 2004. Il a été publié comme Document préliminaire No 26[18].

« projet d'avril 2005 »: modifications possibles du projet de Convention 2004 préparées par le Comité de rédaction lors de sa réunion du 18 au 20 avril 2005. Un texte du projet de Convention 2004, intégrant le projet d'avril 2005, a été publié en qualité de Document de travail No 1 de la Vingtième session de la Conférence.

« Second rapport Schulz »: « Rapport sur la réunion du Comité de rédaction du 18 au 20 avril 2005 en préparation de la Vingtième session de juin 2005 ». Il commente le projet d'avril 2005 et a été publié en mai 2005 comme Document préliminaire No 28[19].

[11] « 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. prél. No 11 d'août 2000 établi à l'intention de la Dix-neuvième session diplomatique de juin 2001. Voir les *Actes et documents de la Vingtième session*, tome II, *Jugements*. Sauf mention contraire, les documents préliminaires auxquels le présent Rapport fait référence sont disponibles à l'adresse <www.hcch.net> sous les rubriques « Conventions », « No 37 » et « Documents préliminaires ».

[12] Disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

[13] Disponible à l'adresse <www.hcch.net>, voir aussi *supra*, note 6.

[14] A. Schulz, « Rapport sur le travail du Groupe de travail informel sur le projet des jugements, notamment sur le texte préliminaire issu de sa troisième réunion – 25 au 28 mars 2003 », Doc. prél. No 22 de juin 2003, *supra* p. 76, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

[15] Disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

[16] Disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

[17] *Supra*, p. 421, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

[18] *Supra*, p. 166, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

[19] *Supra*, p. 272, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

Remerciements

Les auteurs du présent Rapport souhaitent exprimer leur reconnaissance envers les auteurs de ces rapports antérieurs, et notamment aux auteurs du Rapport Nygh / Pocar, Peter Nygh et Fausto Pocar.

Ils souhaitent remercier les délégations nationales qui ont présenté des observations sur les précédents projets de Rapport. Ces observations ont été d'une grande utilité et ont apporté une contribution significative à la version définitive.

Ils souhaitent également remercier de leur assistance Andrea Schulz du Bureau Permanent et Gottfried Musger, Président du Comité de rédaction. Ces deux personnes ont consacré beaucoup de temps au Rapport. Elles ont corrigé de nombreuses erreurs, et proposé de nombreuses améliorations. Le Rapport aurait été affecté de nombreuses insuffisances sans leur aide. Nous leur devons tous une extrême reconnaissance.

Terminologie

La terminologie suivante est utilisée dans la Convention :

« tribunal d'origine » : le tribunal ayant rendu le jugement ;

« État d'origine » : l'État dans lequel est situé le tribunal d'origine ;

« tribunal requis » : le tribunal auquel est adressée la demande de reconnaissance ou d'exécution du jugement ;

« État requis » : l'État dans lequel est situé le tribunal requis[20].

Dans le présent Rapport :

« Partie » (P majuscule) désigne une Partie à la Convention ou, le cas échéant, un État lié par la Convention en vertu de l'article 30 ;

« partie » (p minuscule) désigne une partie à un contrat ou à un contentieux ;

« État » (E majuscule) désigne un État au sens international ;

« état » (e minuscule) désigne une unité territoriale d'un État fédéral (par exemple, un état des États-Unis d'Amérique).

Structure du présent Rapport

La présente partie de ce Rapport (Première partie) est suivie de deux autres parties. La deuxième (« Aperçu ») a pour objet d'expliquer la structure de la Convention. L'accent est mis sur la fonction des diverses dispositions et leurs rapports entre elles. La troisième partie (« Commentaire article par article ») analyse individuellement chaque article afin de clarifier sa signification.

Exemples

Dans les exemples proposés ci-dessous on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties[21].

[20] La version anglaise de l'avant-projet de Convention 1999 utilise « *State addressed* » au lieu de « *requested State* », terme retenu dans la version anglaise du présent Rapport.

[21] Pour la définition du terme « Partie », voir ci-dessus.

Mr Peter Nygh and Mr Fausto Pocar, was published by the Permanent Bureau of the Hague Conference in August 2000.[11]

"Nygh / Pocar Report": Report on the preliminary draft Convention 1999 (see note 11).

"Interim Text 2001": Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6–20 June 2001.[12] The large number of square brackets in the text indicates that the delegates were unable to agree on many points.

(b) The second phase

"Informal Working Group Draft": Draft Convention drawn up by the Informal Working Group, published as Preliminary Document No 8 for the attention of the Special Commission on General Affairs and Policy of the Conference (March 2003).[13]

"First Schulz Report": Report by Ms Andrea Schulz on the Informal Working Group Draft, published in June 2003 as Preliminary Document No 22.[14]

"2003 draft Convention": Draft text of the Convention, drawn up by the Special Commission on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters in December 2003 (Work. Doc. No 49 Revised). It was based on the Informal Working Group Draft.[15]

"First Report": The Report on the 2003 preliminary draft Convention, drawn up in the form of a commentary in March 2004, and published as Preliminary Document No 25.[16]

"2004 draft Convention": Preliminary draft Convention officially known as the Draft on Exclusive Choice of Court Agreements. It was a revised version of the 2003 draft Convention and was drawn up in April 2004. It was published as Working Document No 110 Revised.[17]

"Second Report": The Report on the 2004 preliminary draft Convention, drawn up in the form of a commentary in December 2004. It was published as Preliminary Document No 26.[18]

"April 2005 draft": Possible modifications to the 2004 draft Convention prepared by the Drafting Committee at its meeting on 18–20 April 2005. A text of the 2004 draft Convention, which incorporates the April 2005 draft, was published as Working Document No 1 of the Twentieth Session of the Conference.

"Second Schulz Report": "Report on the Meeting of the Drafting Committee of 18-20 April 2005 in Preparation for the Twentieth Session of June 2005". This comments on the April 2005 draft and was published in May 2005 as Preliminary Document No 28.[19]

[11] "Preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters, adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh & Fausto Pocar", Prel. Doc. No 11 of August 2000 drawn up for the attention of the Nineteenth Session of June 2001. See the *Proceedings of the Twentieth Session*, Tome II, *Judgments*. Unless explicitly stated otherwise, all preliminary documents referred to in this Report are available at <www.hcch.net> under "Conventions", "No 37" and "Preliminary Documents".
[12] Available at <www.hcch.net>.
[13] Available at <www.hcch.net>, see also *supra*, note 6.
[14] A. Schulz, "Report on the work of the Informal Working Group on the Judgments Project, in particular on the preliminary text achieved at its third meeting – 25–28 March 2003", Prel. Doc. No 22 of June 2003, *supra*, p. 77, also available at <www.hcch.net>.
[15] Available at <www.hcch.net>.
[16] Available at <www.hcch.net>.
[17] *Supra*, p. 421, also available at <www.hcch.net>.
[18] *Supra*, p. 167, also available at <www.hcch.net>.
[19] *Supra*, p. 273, also available at <www.hcch.net>.

Acknowledgements

The authors of the present Report would like to acknowledge their debt to the authors of these earlier reports, especially to the authors of the Nygh / Pocar Report, the late Mr Peter Nygh, and Mr Fausto Pocar.

They would like to thank the national delegations who commented on earlier drafts of the Report. These comments were of great assistance and have contributed significantly to the final version.

They would also like to acknowledge the assistance given by Ms Andrea Schulz of the Permanent Bureau and Mr Gottfried Musger, Chairman of the Drafting Committee. These two people have devoted a great deal of time to the Report. They have corrected many errors and suggested many improvements. Without their help, the Report would have suffered from serious shortcomings. We all owe them a considerable debt of gratitude.

Terminology

The following terminology is used in the Convention:

"court of origin": the court which granted the judgment;

"State of origin": the State in which the court of origin is situated;

"court addressed": the court which is asked to recognise or enforce the judgment;

"requested State": the State in which the court addressed is situated.[20]

In this Report:

"Party" (upper-case "P") means a Party to the Convention or, where appropriate, a State bound by the Convention under Article 30;

"party" (lower-case "p") means a party to a contract or a lawsuit;

"State" (upper-case "S") means a State in the international sense;

"state" (lower-case "s") means a territorial unit of a federal State (for example, a state in the United States of America).

Structure of this Report

The present Part of this Report (Part I) is followed by two other Parts. Part II ("Overview") is intended to explain the structure of the Convention. The emphasis is on the function of the different provisions and how they relate to each other. Part III ("Article-by-Article Commentary") analyses each individual Article in order to clarify its meaning.

Examples

In the examples given below, it is assumed (unless the contrary is stated) that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties[21] to it.

[20] The preliminary draft Convention 1999 uses "State addressed" in the English version instead of "requested State" as used in this Report.
[21] For the meaning of "Party", see above.

1 **L'objectif.** Pour que la Convention atteigne son objectif de rendre les accords d'élection de for aussi efficaces que possible, elle doit garantir trois éléments. D'abord, le tribunal élu doit connaître de l'instance lorsque la procédure est engagée devant lui. Ensuite, tout autre tribunal devant lequel une procédure est engagée doit refuser d'en connaître. Enfin, le jugement du tribunal élu doit bénéficier d'une reconnaissance et d'une exécution. Ces trois obligations ont été intégrées à la Convention, dont elles constituent les dispositions clés. On espère que la Convention fera pour les accords d'élection de for ce que la *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* du 10 juin 1958 a fait pour les conventions d'arbitrage[23].

2 **Exceptions.** Cependant, si ces obligations sont essentielles, elles ne peuvent être imposées d'une manière absolue. Il est généralement admis qu'il peut exister des situations, normalement de nature exceptionnelle, dans lesquelles l'opportunité de donner effet à un accord d'élection de for peut céder le pas à d'autres considérations. Pour ce motif, la Convention prévoit des exceptions à chacune des trois obligations clés. Toutefois, si ces exceptions étaient trop larges et trop vagues, la Convention serait peu utile. La recherche du bon équilibre entre la souplesse et la certitude a donc représenté l'une des tâches les plus importantes de la Session diplomatique qui a élaboré la Convention.

3 **Le tribunal élu doit connaître du litige.** L'article 5 impose à un tribunal désigné par un accord exclusif d'élection de for de connaître d'un litige dont il est saisi[24]. Il ne peut refuser d'en connaître au motif qu'un tribunal d'un autre État est plus approprié (*forum non conveniens*) ou que ce tribunal a été saisi en premier (litispendance). La principale exception à l'article 5[25] veut que le tribunal élu n'est pas tenu de connaître du litige si l'accord d'élection de for est nul selon son droit, y compris ses règles de conflit de lois[26].

4 **Les autres tribunaux ne sont pas autorisés à connaître du litige.** L'article 6 dispose qu'un tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique[27]. Il y a toutefois cinq exceptions expresses figurant aux alinéas *a)* à *e)* de l'article 6. La première, figurant à l'alinéa *a)*, est parallèle à celle figurant à l'article 5, à savoir que l'accord d'élection de for est nul en vertu du droit du tribunal élu, y compris ses règles de conflit de lois. Des quatre autres exceptions à l'article 6, la plus importante est probablement celle de l'alinéa *c)* qui s'applique lorsque donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi[28]. Il importe d'apprécier la différence d'approche entre ces deux exceptions aux alinéas *a)* et *c)*. En vertu de l'alinéa *a)*, le tribunal (non élu) devant lequel l'instance est engagée doit appliquer le droit de l'État du tribunal élu (y compris ses règles de conflit de lois). En vertu de l'alinéa *c)*, par contre, il applique ses propres concepts « d'injustice manifeste » et « d'ordre public ». La Convention diverge à cet égard de la *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* de 1958, qui ne précise pas quel droit est applicable en pareil cas.

5 **Reconnaissance et exécution.** La valeur d'un accord d'élection de for sera accrue si le jugement qui en résulte est reconnu et exécuté[29] dans le plus grand nombre possible d'autres États. L'article 8(1) vise à accomplir cet objectif[30]. Là encore, il y a des exceptions, dont la plupart figurent à l'article 9[31]. Certaines sont les mêmes que celles de l'article 6 – par exemple, l'exception applicable lorsque l'accord d'élection de for est nul selon le droit de l'État du tribunal élu, y compris ses règles de conflit de lois[32]. La reconnaissance ou l'exécution peut également être refusée lorsqu'elle serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis[33]. D'autres exceptions concernent la notification de l'acte introductif d'instance ou d'un acte équivalent[34], et la fraude relative à la procédure[35].

6 **Jugements incompatibles.** L'article 9 traite également de la situation où un jugement a été rendu entre les mêmes parties par un autre tribunal (ci-après un « jugement incompatible »), qui est incompatible avec le jugement du tribunal élu. L'article traite séparément des situations dans lesquelles le jugement incompatible provient du *même État* que celui dans lequel une procédure est engagée pour obtenir l'exécution du jugement du tribunal élu, et celles dans lesquelles le jugement incompatible provient d'un *autre État*. Dans le premier cas, l'existence en tant que telle d'un jugement incompatible constituera toujours un motif permettant le refus de la reconnaissance du jugement du tribunal élu. Dans le second cas, le jugement incompatible doit avoir été rendu avant le jugement du tribunal élu ; ce dernier doit également concerner le même objet et la même cause, et remplir les conditions nécessaires pour sa reconnaissance dans l'État requis. Dans aucun de ces deux cas, toutefois, le tribunal n'est *tenu* de reconnaître le jugement incompatible ou de refuser de reconnaître le jugement du tribunal élu.

7 **Dommages et intérêts.** Une autre exception figure à l'article 11. Celui-ci dispose que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement peuvent être refusées si, et dans la mesure où, ce jugement accorde des dommages et intérêts, y compris des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, qui ne compensent pas une partie pour la perte ou le préjudice réels subis[36].

8 **Autres dispositions.** Les dispositions clés ci-dessus constituent le cœur de la Convention. Elles ne représentent toutefois qu'une faible partie du nombre total d'articles. Les dispositions restantes sont en un certain sens secondaires : certaines traitent du champ d'application de la Convention, certaines prévoient d'autres exceptions et réserves aux dispositions clés ; et d'autres comportent des règles de droit international public concernant le fonctionnement de la Convention. Seules les plus importantes seront abordées dans cet aperçu.

9 **Quels sont les accords d'élection de for relevant de la Convention ?** Les articles 1 et 3 définissent l'accord exclusif

[22] L'aperçu dans cette partie du Rapport a pour objet de donner une vision d'ensemble de la Convention aux personnes peu familières avec la Convention. Il ne s'agit pas d'un examen exhaustif des termes de la Convention. De nombreux articles ne sont pas mentionnés du tout, d'autres ne sont examinés qu'en partie, et les conditions et exceptions ne sont pas toujours mentionnées. Un commentaire complet figure dans la troisième partie du Rapport.

[23] Bien entendu, la Convention va au-delà de la Convention de New York à divers égards, qui seront examinés de manière détaillée en relation avec les articles concernés.

[24] Pour une discussion approfondie, voir para. 124 et s., *infra*.

[25] Pour une autre exception possible, voir l'art. 19.

[26] Le para. 3 de l'art. 5 comporte des dispositions particulières permettant au tribunal élu d'appliquer ses règles de compétence d'attribution et de répartition de compétence entre les tribunaux d'un État contractant.

[27] Pour une discussion approfondie, voir para. 141 et s., *infra*.

[28] Les autres exceptions sont *b)* défaut de capacité de l'une des parties pour conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ; *d)* pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre ; et *e)* le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige.

[29] La « reconnaissance » au sens de la Convention désigne l'acceptation de la détermination des droits et obligations effectuée par le tribunal d'origine. « Exécution » signifie d'assurer que le débiteur du jugement obéit à la décision du tribunal d'origine.

[30] Pour une discussion approfondie, voir para. 164 et s., *infra*.

[31] Pour d'autres exceptions possibles, voir les art. 10 et 20.

[32] L'art. 6 *a)* se reflète dans l'art. 9 *a)*, l'art. 6 *b)* dans l'art. 9 *b)* et l'art. 6 *c)* dans l'art. 9 *e)*.

[33] Art. 9 *e)*.

[34] Art. 9 *c)*.

[35] Art. 9 *d)*. La fraude relative au fond de la demande peut relever d'autres dispositions, telles que – dans un cas extrême – celle relative à l'ordre public.

[36] Cependant, le tribunal requis doit prendre en considération si, et dans quelle mesure, les dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine ont pour objet de couvrir les frais et dépens du procès.

Rapport Hartley/Dogauchi

1 **The aim.** If the Convention is to attain its aim of making choice of court agreements as effective as possible, it has to ensure three things. Firstly, the chosen court must hear the case when proceedings are brought before it; secondly, any other court before which proceedings are brought must refuse to hear them; and thirdly, the judgment of the chosen court must be recognised and enforced. These three obligations have been incorporated into the Convention, where they constitute its key provisions. The hope is that the Convention will do for choice of court agreements what the New York *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* of 10 June 1958 has done for arbitration agreements.[23]

2 **Exceptions.** However, though these obligations are essential, they cannot be imposed in an absolute way. It is generally agreed that there could be situations, usually of an exceptional nature, in which the desirability of giving effect to a choice of court agreement might be overridden by other considerations. For this reason, the Convention provides exceptions to each of the three key obligations. If such exceptions were too wide and vague, however, the Convention would be of little value. Finding the right balance between flexibility and certainty was, therefore, one of the most important tasks of the Diplomatic Session that drew up the Convention.

3 **The chosen court must hear the case.** Article 5 requires a court designated in an exclusive choice of court agreement to hear the case when seised of a dispute.[24] It cannot refuse to hear it on the ground that a court of another State is more appropriate (*forum non conveniens*) or that such a court was seised first (*lis pendens*). The main exception in Article 5[25] is that the chosen court need not hear the case where the choice of court agreement is null and void under its law, including its choice-of-law rules.[26]

4 **Other courts are not permitted to hear the case.** Article 6 provides that a court in a Contracting State other than that of the chosen court must suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies.[27] There are, however, five specific exceptions, set out in paragraphs *a)* to *e)* of Article 6. The first, set out in paragraph *a)*, is parallel to the exception to Article 5, namely that the choice of court agreement is null and void under the law of the chosen court, including its choice-of-law rules. Of the other four exceptions to Article 6, the most important is probably that in paragraph *c)*, which applies where giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice or would be manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised.[28] It is important to appreciate the difference in approach between these two exceptions in paragraphs *a)* and *c)*. Under paragraph *a)*, the (non-chosen) court before which proceedings are brought must apply the law of the State of the chosen court (including its choice-of-law rules); under paragraph *c)*, on the other hand, it applies its own concepts of "manifest injustice" and "public policy". In this respect, the Convention differs from the 1958 New York *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, which does not specify the law applicable in these circumstances.

5 **Recognition and enforcement.** The value of a choice of court agreement will be greater if the resulting judgment is recognised and enforced[29] in as many other States as possible. Article 8(1) seeks to accomplish this objective.[30] Again, there are exceptions, most of which are set out in Article 9.[31] Some mirror those in Article 6 – for example, the exception applicable where the choice of court agreement is null and void under the law of the State of the chosen court, including its choice-of-law rules.[32] Recognition or enforcement may also be refused where they would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State.[33] Further exceptions concern the service of the document which instituted the proceedings or an equivalent document,[34] and fraud in connection with a matter of procedure.[35]

6 **Conflicting judgments.** Article 9 also deals with the situation where there is a judgment between the same parties from another court (referred to below as a "conflicting judgment") that is inconsistent with the judgment of the chosen court. The Article gives separate treatment to the case where the conflicting judgment is from the *same State* as that in which proceedings are brought to enforce the judgment of the chosen court, and where the conflicting judgment is from *another State*. In the former case, the existence of a conflicting judgment as such constitutes a ground on which recognition of the judgment of the chosen court may be refused. In the latter case, the conflicting judgment must have been given before the judgment of the chosen court; it must also involve the same cause of action and fulfil the conditions required for its recognition in the requested State. In neither case, however, is the court *obliged* to recognise the conflicting judgment or to refuse recognition to the judgment of the chosen court.

7 **Damages.** A further exception is contained in Article 11. This provides that recognition and enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.[36]

8 **Other provisions.** The above key provisions are the core of the Convention. However, they constitute only a relatively small part of the total number of Articles. The remaining provisions are in some sense ancillary: some are concerned with the scope of the Convention; some lay down further exceptions and qualifications to the key provisions; and some contain rules of public international law concerning the operation of the Convention. We shall consider only the most important in this overview.

9 **What choice of court agreements are covered by the Convention?** Articles 1 and 3 explain what is meant by an exclusive choice of court agreement for the purposes of the

[22] The overview in this Part of the Report is intended to give a general picture of the Convention for the benefit of those who are not familiar with it. It is not a full statement of the terms of the Convention. Many Articles are not mentioned at all; others are discussed in part only; and qualifications and exceptions are not always mentioned. A full commentary is to be found in Part III of the Report.

[23] Of course, the Convention goes further than the New York Convention in various ways which will be discussed in more detail below in connection with the Articles concerned.

[24] For a detailed discussion, see paras 124 *et seq., infra.*

[25] For another possible exception, see Art. 19.

[26] Para. 3 of Art. 5 contains special provisions that permit the chosen court to apply its rules on subject-matter jurisdiction and on the allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State.

[27] For a detailed discussion, see paras 141 *et seq., infra.*

[28] The other exceptions are: *b)* a party lacked capacity to conclude the agreement under the law of the State of the court seised; *d)* for exceptional reasons beyond the control of the parties, the agreement cannot reasonably be performed; and *e)* the chosen court has decided not to hear the case.

[29] "Recognition", as understood by the Convention, means accepting the determination of the rights and obligations made by the court of origin. "Enforcement" means ensuring that the judgment-debtor obeys the order of the court of origin.

[30] For a detailed discussion, see paras 164 *et seq., infra.*

[31] For other possible exceptions, see Art. 10 and 20.

[32] Art. 6 *a)* is reflected in Art. 9 *a)*; Art. 6 *b)* is reflected in Art. 9 *b)*; and Art. 6 *c)* is reflected in Art. 9 *e)*.

[33] Art. 9 *e)*.

[34] Art. 9 *c)*.

[35] Art. 9 *d)*. Fraud as to the substance of the claim may be covered by other provisions, such as – in extreme circumstances – that concerning public policy.

[36] However, the court addressed must take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

d'élection de for au sens de la Convention. Seuls les accords d'élection de for relevant de ces dispositions sont couverts par le chapitre II de la Convention[37].

10 **Article premier.** L'article premier limite le champ d'application de trois manières élémentaires. Il dispose tout d'abord que la Convention ne s'applique qu'aux situations internationales. Il dispose ensuite qu'elle ne s'applique qu'aux accords *exclusifs* d'élection de for. Cependant, cette restriction est soumise à deux réserves : d'abord, il existe une règle, figurant à l'article 3 *b)*, selon laquelle les accords d'élection de for désignant les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant sont réputés exclusifs sauf stipulation contraire expresse des parties. Ensuite, l'article 22 comporte une disposition d'adhésion facultative (*opt-in*) étendant les dispositions de la Convention relatives à la reconnaissance et l'exécution aux jugements rendus par un tribunal désigné par un accord non exclusif d'élection de for. La troisième restriction à l'article premier est que l'accord d'élection de for doit avoir été conclu en matière civile ou commerciale. Toutefois, l'article 2(5) dispose que le seul fait qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, est partie à un litige n'exclut pas celui-ci du champ d'application de la Convention.

11 **Définition du terme « international ».** La Convention ne s'appliquant qu'aux situations internationales, une définition du terme « international » est nécessaire. Elle figure aux paragraphes 2 et 3 de l'article premier[38]. Le paragraphe 2 dispose qu'aux fins de détermination de la compétence, une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si tous les éléments pertinents autres que la situation du tribunal élu sont liés uniquement à cet État. En d'autres termes, si une situation est par ailleurs strictement interne, le choix d'un tribunal étranger ne la rend pas internationale. Une définition différente s'applique aux fins de la reconnaissance et de l'exécution (para. 3). Ici, il suffit que le jugement ait été rendu par un tribunal étranger. Cela signifie qu'une affaire qui n'était pas internationale lorsque le jugement initial a été rendu peut devenir internationale si la question de la reconnaissance ou de l'exécution du jugement dans un autre État se pose (sous réserve de la possibilité d'une déclaration en vertu de l'art. 20, qui autorise un État à déclarer que ses tribunaux pourront refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal élu si le litige est – à l'exception du lieu du tribunal élu – entièrement interne à l'État où la reconnaissance et l'exécution sont recherchées)[39].

12 **Définition d'un « accord exclusif d'élection de for ».** L'article 3 définit l'accord exclusif d'élection de for. Il dispose que la Convention ne s'applique qu'aux accords d'élection de for en faveur d'États contractants. L'accord d'élection de for peut s'appliquer aux litiges aussi bien passés que futurs. Il peut désigner d'une manière générale les tribunaux d'un État contractant (« les tribunaux français »), il peut désigner un tribunal particulier d'un État contractant (« le Tribunal fédéral de district pour le district sud de New York ») ou il peut viser deux ou plusieurs tribunaux particuliers d'un même État contractant (« le Tribunal de district de Tokyo ou le Tribunal de district de Kobe »). La compétence de tous les autres tribunaux doit être exclue. Toutefois, elle est réputée être exclue sauf stipulation expresse contraire des parties.

13 **Exigences de forme.** L'article 3 *c)* prévoit les exigences de forme qu'un accord d'élection de for doit respecter afin de relever de la Convention. Il doit être conclu ou documenté soit *i)* par écrit soit *ii)* par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement[40]. S'il ne remplit pas ces conditions, il ne relèvera pas de la Convention. La Convention n'interdit toutefois pas aux États contractants de donner exécution à un tel accord ou au jugement qui en résulte en vertu de leur propre droit.

14 **Le sens du terme « État ».** De nombreuses dispositions de la Convention font mention d'un « État » ou d'un « État contractant ». Le sens de ces termes n'est toutefois pas une question simple, comme le montrent les articles 25, 28, 29 et 30.

15 **Systèmes juridiques non unifiés.** Certains États sont composés de deux ou plusieurs unités, dont chacune a son propre système juridique. C'est fréquent dans le cas de fédérations. Par exemple, les États-Unis sont composés d'états, et le Canada est composé de provinces et de territoires. Cela peut également se produire dans le cas de certains États non fédéraux, tels que la Chine ou le Royaume-Uni. Ce dernier est composé de trois unités : Angleterre et Pays de Galles (une unité), Écosse et Irlande du Nord. L'article 25(1) dispose que dans le cas de tels États, le terme « État » dans la Convention peut s'appliquer, le cas échéant, soit à l'ensemble le plus grand – par exemple le Royaume-Uni –, soit à un sous-ensemble de cet ensemble – par exemple, l'Écosse[41]. Ce qui est approprié dépendra d'un certain nombre de facteurs, dont les rapports entre l'entité la plus grande et les sous-ensembles dans le cadre du système juridique de l'État en cause, ainsi que des stipulations de l'accord d'élection de for. Afin d'illustrer la manière dont fonctionne l'article 25(1), nous pouvons prendre l'exemple de l'article 3 qui vise, entre autres, un accord désignant « les tribunaux d'un État contractant ». Si les parties choisissent les tribunaux de l'Alberta, « État contractant » dans l'article 3 signifiera l'Alberta, de sorte que l'accord d'élection de for relèverait des termes de la Convention. Si, par contre, elles choisissent les tribunaux du Canada, « État contractant » à l'article 3 visera le Canada, de sorte que là encore, l'accord d'élection de for serait couvert.

16 **Ratification ou adhésion limitées à certaines unités.** L'article 28 traite également des États du type indiqué au paragraphe précédent. Toutefois, son but est différent. Il permet à un tel État de déclarer que la Convention ne s'appliquera qu'à certaines de ses unités. Cela permettrait, par exemple, au Canada de déclarer que la Convention ne s'appliquera qu'à la province d'Alberta. En pareil cas, un accord d'élection de for désignant les tribunaux d'une autre province du Canada ne relèverait pas de la Convention.

17 **Organisations régionales d'intégration économique.** Les Organisations régionales d'intégration économique, telles que la Communauté européenne, sont traitées aux articles 29 et 30[42]. Outre qu'ils permettent à de telles organisations de devenir Parties à la Convention dans certains cas, les articles 29 et 30 disposent également que toute référence à un « État » ou « État contractant » dans la Convention s'applique également à une Organisation régionale d'intégration économique qui, le cas échéant, y est Partie[43]. Cela signifie que, selon ce qui est approprié, « État » dans le contexte européen pourrait viser

[37] L'art. 22 rend possible dans certaines circonstances l'application du chapitre III de la Convention aux accords non exclusifs d'élection de for également.
[38] Voir également l'art. 25(2).
[39] Voir para. 231 à 233, *infra*.

[40] La formulation de cette disposition est inspirée de l'art. 6(1) de la *Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique* de 1996.
[41] Mais l'art. 25(2) dispose qu'un tel État n'est pas tenu d'appliquer la Convention entre ces sous-ensembles.
[42] La différence entre les art. 29 et 30 est que le premier traite de la situation dans laquelle l'Organisation régionale d'intégration économique devient Partie à la Convention *conjointement* avec ses États membres, alors que le second traite de la situation où l'organisation devient Partie *sans que* ses États membres ne le soient. Dans le cas de la Communauté européenne, cela dépendrait de la question de savoir si la Communauté a une compétence partagée ou une compétence exclusive. À cet égard, voir l'Avis de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 février 2006 sur la compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle *Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (Avis 01/03), disponible à l'adresse <http://curia.europa.eu/>.
[43] Cependant, certains articles – par ex., l'art. 28 – indiquent expressément qu'ils ne s'appliquent pas aux Organisations régionales d'intégration économique.

Convention. It is only choice of court agreements that fall within these provisions that are covered by Chapter II of the Convention.[37]

10 **Article 1.** Article 1 limits the scope of the Convention in three basic ways. It first states that the Convention applies only in international cases. It then provides that it applies only to *exclusive* choice of court agreements. However, this limitation is subject to two qualifications: first, there is a rule, laid down in Article 3 *b)*, that choice of court agreements designating the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State are deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise; secondly, Article 22 contains an opt-in provision extending the recognition and enforcement provisions of the Convention to judgments given by a court that was designated in a non-exclusive choice of court agreement. The third limitation in Article 1 is that the choice of court agreement must be concluded in a civil or commercial matter. However, Article 2(5) provides that proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party to them.

11 **Meaning of "international".** Since the Convention applies only in international cases, a definition of "international" is necessary. This is given in paragraphs 2 and 3 of Article 1.[38] Paragraph 2 states that for jurisdictional purposes a case is international unless the parties are resident in the same Contracting State and all relevant elements other than the location of the chosen court are connected only with that State. In other words, if a case is otherwise wholly domestic, the choice of a foreign court does not make it international. A different definition applies for the purpose of recognition and enforcement (para. 3). Here, it is enough that the judgment was given by a foreign court. This means that a case that was non-international when the original judgment was given may become international if the question arises of recognising or enforcing the judgment in another State. (This is subject to the possibility of a declaration under Art. 20, which allows a State to declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by the chosen court if the case is – except for the location of the chosen court – wholly domestic to the State where recognition and enforcement is sought.)[39]

12 **Definition of "exclusive choice of court agreement".** Article 3 lays down a definition of an exclusive choice of court agreement. This provides that the Convention applies only to choice of court agreements in favour of Contracting States. The choice of court agreement can apply to both past and future disputes. It can refer in general to the courts of a Contracting State ("the courts of France"); it can refer to a specific court in a Contracting State ("the Federal District Court for the Southern District of New York"); or it can refer to two or more specific courts in the same Contracting State ("either the District Court of Tokyo or the District Court of Kobe"). The jurisdiction of all other courts must be excluded; however, it is deemed to be excluded, unless the parties have expressly provided otherwise.

13 **Requirements as to form.** Article 3 *c)* lays down the formal requirements that a choice of court agreement must comply with in order to fall under the Convention. It must be concluded or documented either *i)* in writing or *ii)* by some other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference.[40] If it does not meet these requirements, it will not be covered by the Convention. However, the Convention does not preclude Contracting States from enforcing such an agreement or the resulting judgment under their own law.

14 **The meaning of "State".** Many provisions of the Convention refer to a "State" or to a "Contracting State". The meaning of these terms is not, however, a simple matter, as is shown by Articles 25, 28, 29 and 30.

15 **Non-unified legal systems.** Some States are made up of two or more units, each with its own legal system. This often occurs in the case of federations. For example, the United States is made up of states, and Canada is made up of provinces and territories. It can also occur in the case of certain non-federal States, such as China or the United Kingdom. The latter is made up of three units: England and Wales (one unit), Scotland and Northern Ireland. What Article 25(1) does is to provide that, in the case of such States, the word "State" in the Convention can apply, where appropriate, to either the larger entity – the United Kingdom, for example – or to a sub-unit of that entity – Scotland, for example.41 What is appropriate will depend on a number of factors, including the relationship between the larger entity and the sub-units under the legal system of the State in question, as well as on the terms of the choice of court agreement. To show how Article 25(1) operates, we can take the example of Article 3, which refers, *inter alia*, to an agreement designating "the courts of one Contracting State". If the parties choose the courts of Alberta, "Contracting State" in Article 3 would mean Alberta; so the choice of court agreement would fall within the terms of the Convention. If, on the other hand, they designated the courts of Canada, "Contracting State" in Article 3 would refer to Canada; so again the choice of court agreement would be covered.

16 **Ratification or accession limited to certain units.** Article 28 also deals with States of the kind referred to in the previous paragraph. However, it has a different purpose. It permits such a State to declare that the Convention will apply to only some of its units. This would, for example, permit Canada to declare that the Convention will extend only to the province of Alberta. In such a case, a choice of court agreement designating the courts of another Canadian province would not be covered by the Convention.

17 **Regional Economic Integration Organisations.** Regional Economic Integration Organisations, such as the European Community, are dealt with in Articles 29 and 30.[42] Besides allowing such organisations to become Parties to the Convention in certain circumstances, Articles 29 and 30 also provide that any reference to "State" or "Contracting State" in the Convention applies equally to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it, where appropriate.[43] This means that, depending on what is appropriate, "State" in the European context could mean either the European Com-

[37] Art. 22 makes it possible for Chapter III of the Convention to also apply to non-exclusive choice of court agreements in certain circumstances.
[38] See also Art. 25(2).
[39] See paras 231 to 233, *infra*.
[40] The wording of this provision was inspired by Art. 6(1) of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996.
[41] But Art. 25(2) provides that such a State is not required to apply the Convention between such sub-units.
[42] The difference between Art. 29 and 30 is that the former is concerned with the situation where the Regional Economic Integration Organisation becomes a Party to the Convention *together* with its Member States, while the latter is concerned with the situation where it becomes a Party *without* its Member States. In the case of the European Community, this would depend on whether the Community had shared competence or exclusive competence. In this respect, see the Opinion of the Court of Justice of the European Communities of 7 February 2006 on the competence of the Community to conclude the new Lugano *Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* (Opinion 01/03), available at <http://curia.europa.eu/>.
[43] However, certain Articles – for example, Art. 28 – expressly state that they do not apply to Regional Economic Integration Organisations.

soit la Communauté européenne, soit l'un de ses États membres (par exemple, le Royaume-Uni), soit une unité territoriale d'un tel État membre (par exemple, l'Écosse). Il s'ensuit qu'un accord d'élection de for désignant « les tribunaux de la Communauté européenne » ou visant particulièrement « la Cour de justice des Communautés européennes (Tribunal de première instance) »[44] relèverait de la Convention.

18 **Exclusions du champ d'application.** L'article 2 traite des exclusions du champ d'application de la Convention. La Convention est destinée à s'appliquer dans le domaine commercial, et de nombreuses exclusions mettent cette politique en application, bien que quelques matières commerciales soient également exclues pour des motifs particuliers. Le paragraphe premier de l'article 2 dispose que la Convention ne s'applique pas aux contrats de consommation ou contrats de travail. Le paragraphe 2 dispose qu'il ne s'applique pas à un certain nombre de matières particulières énumérées dans ses seize alinéas. Ceux-ci couvrent diverses questions de droit de la famille, telles que les obligations alimentaires et les régimes matrimoniaux, et un groupe de matières diverses allant de la responsabilité pour les dommages nucléaires à la validité des inscriptions dans les registres publics. Certains seront examinés ci-dessous, lorsque des domaines particuliers du droit seront en cause.

19 **Décisions préalables.** L'article 2(3) établit le principe important selon lequel les litiges concernant une matière relevant du champ d'application de la Convention ne cessent pas d'en relever du seul fait que le tribunal a dû rendre une décision préalable sur l'une des matières exclues. Cependant, l'article 10(1) explicite que la décision sur la matière exclue n'a pas droit à une reconnaissance et une exécution indépendantes en vertu de la Convention. En outre, l'article 10(2) autorise (mais ne contraint pas) le tribunal requis à refuser de reconnaître ou d'exécuter le jugement lui-même, dans la mesure où il est fondé sur la décision. Cependant, ce pouvoir ne devrait pas être exercé dans un cas où la décision préalable aurait été identique si elle avait été rendue par un tribunal de l'État requis.

20 **Décisions préalables en matière de propriété intellectuelle.** L'application de l'article 10(2) est soumise à d'importantes restrictions lorsque la décision préalable concerne la validité d'un droit de propriété intellectuelle (art. 10(3)). Cela est expliqué ci-dessous, dans la discussion de la propriété intellectuelle.

21 **Déclarations à l'égard de matières particulières.** L'article 21 permet à un État contractant d'étendre la liste des matières exclues au moyen d'une déclaration précisant la matière qu'il souhaite exclure, à condition qu'il la définisse clairement et précisément. En ce cas, la Convention ne s'appliquera pas à cette matière dans l'État faisant la déclaration[45].

22 **Transparence et non-rétroactivité.** L'article 21 autorise à titre exceptionnel un État contractant à indiquer certaines matières auxquelles il n'appliquera pas la Convention. Toutefois, en vertu de l'article 32, toute déclaration de ce type doit être notifiée au dépositaire (le Ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas), qui en avisera les autres États (principe de transparence). Il est également envisagé que les déclarations soient affichées sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé[46]. Si la déclaration est faite après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État auteur de la déclaration, elle ne produira pas d'effet avant trois mois au moins[47]. Comme elle ne s'appliquera pas aux accords d'élection de for conclus avant qu'elle ne produise ses effets (principe de non-rétroactivité)[48], les parties pourront savoir à l'avance si leurs relations juridiques en seront affectées.

23 **Réciprocité.** L'article 21(2) prévoit que, lorsqu'un État fait une telle déclaration, les autres États ne seront pas tenus d'appliquer la Convention à l'égard de la matière en question lorsque le tribunal élu est situé dans l'État faisant la déclaration (principe de réciprocité).

24 **Transactions judiciaires.** L'exécution forcée des transactions judiciaires relève de la Convention, à condition qu'il existe un accord d'élection de for approprié et que la transaction soit accompagnée d'une attestation d'un tribunal situé dans l'État d'origine[49]. Cette notion particulière de transaction judiciaire est inconnue de la *common law*. Elle n'est pas identique aux transactions simples (conclues hors du tribunal), ni aux *consent judgments*, bien qu'elle remplisse la même fonction. Les *consent judgments* relèvent de la Convention au même titre que les autres jugements.

25 **Conflits avec d'autres conventions.** Il s'agit là de l'une des questions les plus délicates traitées par la Convention. Il faut prendre comme point de départ les règles normales de droit international public, que l'on considère généralement comme transcrites dans l'article 30 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969*. L'article 30(2) de la Convention de Vienne dispose que lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un autre traité (antérieur ou postérieur), les dispositions de ce dernier l'emportent. L'article 26 de la Convention de La Haye précise quatre situations (aux para. 2 à 5 de l'art. 26) dans lesquelles une autre convention prévaudra sur celle-ci. Le paragraphe 6 de l'article 26 traite d'une question légèrement différente : les conflits entre la Convention et les règles d'une Organisation régionale d'intégration économique qui est Partie à la Convention.

26 **Le Règlement de Bruxelles[50].** Les règles figurant à l'article 26 sont trop complexes pour être examinées dans leur intégralité dans ce bref résumé. Cependant, il pourrait être utile de résumer leur application à l'égard du Règlement de Bruxelles. En cas de conflit de règles en matière de compétence, le Règlement de Bruxelles prévaudra sur la Convention lorsqu'aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de la Communauté européenne. Lorsqu'une ou plusieurs des parties sont résidentes d'un État contractant qui n'est pas membre de la Communauté européenne, la Convention prévaudra[51]. Ainsi par exemple[52], si une société américaine et une société allemande choisissent le

[44] En vertu de l'art. 238 du *Traité instituant la Communauté européenne* (Traité CE), la Cour de justice des Communautés européennes est compétente en vertu d'une « clause compromissoire » (en réalité, un accord d'élection de for) dans un contrat conclu par ou pour le compte de la Communauté. Cette compétence est exercée par le Tribunal de première instance : art. 225(1) Traité CE. Si la Commission européenne concluait un contrat commercial avec une société résidant hors de la Communauté européenne, une clause d'élection de for dans un tel contrat en faveur de la Cour de justice des Communautés européennes (Tribunal de première instance) relèverait de la Convention.

[45] Pour la situation dans laquelle une matière ayant fait l'objet d'une déclaration en vertu de l'art. 21 donne lieu à une question préalable, voir l'art. 10(4).

[46] À l'adresse <www.hcch.net>.

[47] Art. 32(4).

[48] Art. 32(5).

[49] Art. 12 et 13(1) *e)*.

[50] 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, JO 2001 L 12, p. 1. Il s'applique entre tous les États membres de l'Union européenne hormis le Danemark et remplace la Convention de Bruxelles dans les rapports mutuels entre les États auxquels il s'applique. Les mêmes dispositions s'appliquent au Danemark en vertu de l'*Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JO 2005 L 299, p. 61 et 62. L'Accord a été signé à Bruxelles en 2005 et entrera en vigueur le premier juillet 2007.

[51] L'art. 4(2) de la Convention dispose qu'une personne morale est résidente de chacun des États suivants : l'État de son siège statutaire, l'État selon le droit duquel elle a été constituée, l'État de son administration centrale et l'État de son principal établissement. Il s'ensuit qu'en théorie, une société pourrait être résidente de quatre États. Si l'un d'entre eux est Partie à la Convention de La Haye mais n'est pas un État membre de la Communauté européenne, la Convention de La Haye prévaudra sur le Règlement de Bruxelles en ce qui concerne la compétence.

[52] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

Rapport Hartley/Dogauchi

munity, or one of its Member States (for example, the United Kingdom) or a territorial unit of such a Member State (for example, Scotland). It follows from this that a choice of court agreement designating "the courts of the European Community" or referring specifically to "the Court of Justice of the European Communities (Court of First Instance)"[44] would be covered by the Convention.

18 **Exclusions from scope.** Article 2 deals with exclusions from the scope of the Convention. The Convention was designed to apply in the commercial area, and many exclusions give effect to this policy, though a few commercial matters are also excluded where special considerations apply. Paragraph 1 of Article 2 states that the Convention does not apply to consumer contracts or contracts of employment. Paragraph 2 provides that it does not apply to a number of specific matters listed in its sixteen sub-paragraphs. These cover various family-law matters, such as maintenance and matrimonial property, and a miscellaneous group of matters ranging from liability for nuclear damage to the validity of entries in public registers. Some of them will be discussed below, when particular branches of the law are considered.

19 **Preliminary rulings.** Article 2(3) lays down the important principle that proceedings on a matter within the scope of the Convention do not cease to be covered by it just because the court has to give a preliminary ruling on one of the excluded matters. However, Article 10(1) makes clear that the ruling on the excluded matter is not entitled to independent recognition and enforcement under the Convention. Moreover, Article 10(2) permits (but does not require) the court addressed to refuse to recognise or enforce the judgment itself, to the extent that it was based on the ruling. However, this power should not be exercised if the preliminary ruling would have been the same if it had been given by a court in the requested State.

20 **Preliminary rulings on intellectual property.** The application of Article 10(2) is subject to important restrictions when the preliminary ruling is on the validity of an intellectual property right (Art. 10(3)). This is explained below, when intellectual property is discussed.

21 **Declarations with respect to specific matters.** Article 21 makes it possible for a Contracting State to extend the list of excluded matters by means of a declaration specifying the matter that it wants to exclude, provided it defines it clearly and precisely. Where this is done, the Convention will not apply with regard to that matter in the State making the declaration.[45]

22 **Transparency and non-retroactivity.** Article 21 exceptionally allows a Contracting State to specify certain matters to which it will not apply the Convention. However, under Article 32, any such declaration must be notified to the depositary (the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands), which will inform the other States (principle of transparency). It is also envisaged that declarations will be posted on the website of the Hague Conference on Private International Law.[46] If the declaration is made after the Convention comes into force for the State making it, it will not take effect for at least three months.[47] Since it will not apply to choice of court agreements concluded before it takes effect (principle of non-retroactivity),[48] it will be possible for the parties to know in advance whether their legal relationship will be affected.

23 **Reciprocity.** It is provided by Article 21(2) that, where a State makes such a declaration, other States will not be required to apply the Convention with regard to the matter in question where the chosen court is in the State making the declaration (principle of reciprocity).

24 **Judicial settlements (*transactions judiciaires*).** The enforcement of judicial settlements, known in French as "*transactions judiciaires*", is covered by the Convention, provided there is an appropriate choice of court agreement and the settlement is accompanied by a certificate of a court in the State of origin.[49] Judicial settlements in this sense are not known in the common law. They are not the same thing as out-of-court settlements; nor are they the same as consent judgments, though they fulfil the same function. Consent judgments are covered by the Convention in the same way as other judgments.

25 **Conflicts with other conventions.** This is one of the most difficult questions dealt with in the Convention. The starting point must be the normal rules of public international law, which are generally regarded as being reflected in Article 30 of the Vienna *Convention on the Law of Treaties*, 1969. Article 30(2) of the Vienna Convention provides that where a treaty states that it is subject to another treaty (whether earlier or later), that other treaty will prevail. Article 26 of the Hague Convention specifies four cases (para. 2 to 5 of Art. 26) in which another convention will prevail over it. Paragraph 6 of Article 26 deals with a slightly different question: conflicts between the Convention and the rules of a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to the Convention.

26 **The Brussels Regulation.**[50] The rules laid down in Article 26 are too complex to discuss in full in this short outline. However, it might be of value to summarise their application with regard to the Brussels Regulation. If there is a conflict of rules with regard to jurisdiction, the Brussels Regulation will prevail over the Convention where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the European Community. Where one or more of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the European Community, the Convention will prevail.[51] Thus, for example,[52] if an American company and a German company choose the Rotterdam district court, the Convention

[44] Under Art. 238 of the *Treaty Establishing the European Community* (EC Treaty), the Court of Justice of the European Communities has jurisdiction pursuant to an "arbitration clause" (in reality, a choice of court clause) in a contract concluded by or on behalf of the Community. This jurisdiction is exercised by the Court of First Instance: Art. 225(1) EC Treaty. Thus, if the European Commission concluded a commercial contract with a company resident outside the European Community, a choice of court clause in such a contract in favour of the Court of Justice of the European Communities (Court of First Instance) would be covered by the Convention.

[45] For the position where a matter subject to a declaration under Art. 21 arises as a preliminary issue, see Art. 10(4).

[46] This is <www.hcch.net>.

[47] Art. 32(4).

[48] Art. 32(5).

[49] Art. 12 and 13(1) *e)*.

[50] Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, OJ 2001 L 12, p. 1. It applies among all the EU Member States except Denmark and replaces the Brussels Convention in the mutual relations between those States to which it applies. The same provisions apply to Denmark by virtue of the Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ 2005 L 299, pp. 61 and 62. The agreement was signed in Brussels in 2005 and will come into force on 1 July 2007.

[51] Art. 4(2) of the Convention provides that a corporation is resident in each and all of the following: the State where it has its statutory seat; the State under whose law it was incorporated or formed; the State where it has its central administration; and the State where it has its principal place of business. It follows from this that a company could in theory be resident in four States. If any one of these is a Party to the Hague Convention but not a Member State of the European Community, the Hague Convention will prevail over the Brussels Regulation as far as jurisdiction is concerned.

[52] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

tribunal de district de Rotterdam, la Convention prévaudra. Si, par contre, une société belge et une société allemande choisissent le tribunal de Rotterdam, le Règlement de Bruxelles prévaudra. En pratique, les conflits de compétence entre les deux instruments devraient être rares. L'exception la plus importante concerne la règle de litispendance, qui prévaut sur un accord d'élection de for dans le cadre du Règlement de Bruxelles[53] mais non dans le cadre de la Convention.

27 À l'égard de la reconnaissance et de l'exécution des jugements, le Règlement de Bruxelles prévaudra lorsque le tribunal ayant rendu le jugement et le tribunal auquel est présentée la demande de reconnaissance sont tous deux situés dans la Communauté européenne. Cela signifie que les motifs généralement plus limités de refus de reconnaissance prévus par l'article 34 du Règlement de Bruxelles s'appliqueront au lieu des motifs plus larges prévus par l'article 9 de la Convention; notamment, le tribunal requis ne pourra normalement pas examiner si le tribunal d'origine était compétent. Dans la plupart des cas, cela devrait faciliter l'exécution du jugement.

28 **Accords non exclusifs d'élection de for.** En général, la Convention ne s'applique qu'aux accords exclusifs d'élection de for. Toutefois, l'article 22 prévoit un système de déclarations réciproques étendant les dispositions de la Convention en matière de reconnaissance et d'exécution aux accords non exclusifs d'élection de for. Les jugements en application de tels accords seront reconnus et exécutés si l'État d'origine ainsi que l'État requis ont fait une telle déclaration, à condition que les exigences exposées au second paragraphe de l'article 22 soient satisfaites.

29 **Domaines particuliers du droit.** Il pourrait être utile de conclure ce résumé en examinant l'effet de la Convention sur certains domaines particuliers du droit. Quelques-uns seulement seront examinés ci-dessous.

30 **Navigation maritime et transports.** L'article 2(2) *f)* exclut le transport de passagers et de marchandises du champ d'application de la Convention. Il s'agit du transport maritime, terrestre et aérien. L'article 2(2) *g)* exclut 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. D'autres domaines du droit maritime sont couverts[54].

31 **Assurances.** Les assurances (y compris les assurances maritimes) relèvent entièrement de la Convention. La Convention indique expressément qu'un contrat d'assurance (ou de réassurance) n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'il concerne une matière exclue[55]. Par exemple, bien que le transport maritime de marchandises soit exclu du champ d'application de la Convention, un contrat d'assurance de marchandises transportées par mer ne l'est pas. Il est également expressément prévu[56] que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement relatif à la responsabilité en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance ne peuvent pas être limitées ou refusées au motif que la responsabilité en vertu de ce contrat concerne une matière à laquelle la Convention ne s'applique pas. En outre, si l'assureur accepte d'indemniser l'assuré contre l'obligation de verser des dommages et intérêts punitifs, un jugement en vertu du contrat d'assurance ne pourra pas se voir refuser l'exécution au seul motif que la condamnation à des dommages et intérêts punitifs ne pourrait elle-même recevoir exécution du fait de l'article 11.

32 **Secteur bancaire et de la finance.** Les secteurs de la banque et de la finance relèvent entièrement du champ d'application de la Convention. Les contrats de prêt internationaux font cependant souvent l'objet d'un accord non exclusif d'élection de for. En pareil cas, la Convention ne s'appliquerait pas à moins que les États en cause n'aient fait une déclaration en application de l'article 22. Un accord d'élection de for asymétrique (un accord d'élection de for en vertu duquel l'une des parties peut engager une instance uniquement devant le tribunal désigné, mais l'autre partie peut poursuivre devant d'autres tribunaux également) n'est pas considéré comme étant exclusif aux fins de la Convention.

33 **Propriété intellectuelle.** L'application de la Convention à la propriété intellectuelle a fait l'objet d'intenses négociations. L'issue a été de faire une distinction entre le droit d'auteur et les droits voisins, d'une part, et les autres droits de propriété intellectuelle (tels que brevets, marques, dessins et modèles), d'autre part. Nous traiterons de ces deux types de droits séparément.

34 **Droits d'auteur et droits voisins.** Les droits d'auteur et droits voisins relèvent entièrement de la Convention. Il en est ainsi même lorsque le différend porte sur la validité. Toutefois, un jugement ne pouvant recevoir exécution en vertu de la Convention qu'à l'encontre de personnes liées par l'accord d'élection de for, un jugement de validité ne peut jamais être opposable aux tiers *en vertu de la Convention*[57]. En conséquence, un jugement selon lequel un droit d'auteur n'est pas valable ne lie pas les tiers en vertu de la Convention[58].

35 **Droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins.** L'article 2(2) *n)* exclut du champ d'application de la Convention la validité des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins. Les procédures d'annulation ou de demande d'invalidité ne sont donc pas couvertes.

36 **Contrats de licence.** La Convention s'applique aux contrats de licence et autres contrats portant sur la propriété intellectuelle. Si le contrat comporte un accord d'élection de for, un jugement du tribunal élu ordonnant le paiement de redevances pourra recevoir exécution en vertu de la Convention.

37 **Contestation de la validité à titre de défense**[59]. Si le concédant poursuit le concessionnaire pour obtenir le paiement de redevances, ce dernier pourra réagir en faisant valoir que le droit de propriété intellectuelle n'est pas valable. Cela pourrait constituer une défense à l'encontre de cette demande, à moins que le contrat de licence ne comporte une clause stipulant que les redevances sont exigibles en dépit de toute contestation de la validité du droit de propriété intellectuelle (en supposant qu'une telle clause soit licite). Si l'obligation de verser les redevances n'existe que si le droit est valable, le tribunal connaissant de la demande de paiement de redevances devra trancher la question de la validité. Cela ne signifie pas que la demande de paiement de redevances cessera de relever de la Convention[60]. Toutefois, la décision préalable en matière de validité n'a pas droit à la reconnaissance en vertu de la Convention[61].

[53] En vertu du Règlement de Bruxelles, si un tribunal d'un autre État de la Communauté européenne est saisi avant le tribunal élu, ce dernier doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal saisi en premier se dessaisisse: *Gasser* c. *MISAT*, Affaire C-116/02, Cour de justice des Communautés européennes, [2003] Rec. I-14721, disponible à l'adresse <http://curia.europa.eu/>. En vertu de la Convention, c'est l'inverse. Voir *infra*, para. 295 à 301.
[54] Voir *infra*, para. 59.
[55] Art. 17(1).
[56] Art. 17(2).
[57] L'opposabilité est parfois désignée effet « *erga omnes* ».
[58] Il en est de même des autres droits de propriété intellectuelle. Par ex., un jugement portant sur la propriété de marchandises ne peut être opposable aux tiers en vertu de la Convention. Dans tous les cas, cependant, le jugement pourra être opposable sur un autre fondement.
[59] Voir *infra*, para. 77.
[60] Art. 2(3). Il en serait de même en cas de demande reconventionnelle d'annulation de la part du concessionnaire.
[61] Art. 10(1).

Rapport Hartley/Dogauchi

will prevail; if, on the other hand, a Belgian company and a German company choose the Rotterdam court, the Brussels Regulation will prevail. In practice, conflicts of a jurisdictional nature between the two instruments are likely to be rare. The most important exception concerns the *lis pendens* rule, which prevails over a choice of court agreement under the Brussels Regulation[53] but does not do so under the Convention.

27 With regard to the recognition and enforcement of judgments, the Brussels Regulation will prevail where the court that granted the judgment and the court in which recognition is sought are both located in the European Community. This means that the generally more limited grounds for non-recognition laid down in Article 34 of the Brussels Regulation will apply in place of the wider grounds in Article 9 of the Convention; in particular, the court addressed may not normally consider whether the court of origin had jurisdiction. In most cases, this should make it easier to enforce the judgment.

28 **Non-exclusive choice of court agreements.** In general, the Convention applies only to exclusive choice of court agreements. However, Article 22 provides for a system of reciprocal declarations extending the recognition and enforcement provisions of the Convention to non-exclusive choice of court agreements. Judgments pursuant to such agreements will be recognised and enforced if both the State of origin and the requested State have made such a declaration, provided the conditions laid down in the second paragraph of Article 22 are met.

29 **Particular branches of the law.** It might be useful to conclude this outline by considering the effect of the Convention on certain particular branches of the law. Only a limited number will be considered.

30 **Shipping and transport.** Article 2(2) *f)* excludes carriage of passengers and goods from the scope of the Convention. This covers carriage by sea, as well as by land and air. Article 2(2) *g)* excludes marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average and emergency towage and salvage. Other areas of shipping law are covered.[54]

31 **Insurance.** Insurance (including marine insurance) is fully covered by the Convention. The Convention expressly states that a contract of insurance (or reinsurance) is not outside the scope of the Convention just because it relates to a matter that is excluded.[55] For example, though carriage of goods by sea is excluded, a contract to insure goods carried by sea is not excluded. It is also expressly provided[56] that recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under the terms of a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability under that contract relates to a matter to which the Convention does not apply. Moreover, if the insurer agrees to indemnify the insured for liability to pay punitive damages, a judgment under the contract of insurance cannot be refused enforcement just because the award of punitive damages might not itself be enforced by virtue of Article 11.

32 **Banking and finance.** Banking and finance are fully within the scope of the Convention. International loan agreements are, however, often subject to a non-exclusive choice of court clause. In such a case, the Convention would not apply unless the States concerned had made a declaration under Article 22. An asymmetric choice of court agreement (a choice of court agreement under which one party may bring proceedings exclusively in the designated court, but the other party may sue in other courts as well) is not regarded as exclusive for the purposes of the Convention.

33 **Intellectual property.** The application of the Convention to intellectual property was subject to intense negotiation. The outcome was to make a distinction between copyright and related rights, on the one hand, and other intellectual property rights (such as patents, trade marks and designs), on the other hand. We shall treat these two classes of rights separately.

34 **Copyright and related rights.** Copyright and related rights (neighbouring rights) are fully covered by the Convention. This is the case even with regard to disputes as to validity. However, since a judgment is enforceable under the Convention only as against persons bound by the choice of court agreement, a judgment on validity can never have *in rem*[57] effect *under the Convention*; consequently, a judgment that a copyright is invalid is not, under the Convention, binding on third parties.[58]

35 **Intellectual property rights other than copyright and related rights.** Article 2(2) *n)* excludes the validity of intellectual property rights other than copyright and related rights from the scope of the Convention. Thus, proceedings for revocation or for a declaration of invalidity are not covered.

36 **Licensing agreements.** The Convention applies to licensing agreements and other contracts concerning intellectual property. If the agreement contains a choice of court clause, a judgment by the chosen court ordering payment of royalties will be enforceable under the Convention.

37 **Challenging validity as a defence.**[59] If the licensor sues the licensee for payment of royalties, the latter may respond by claiming that the intellectual property right is invalid. This might constitute a defence to the claim, unless the licensing agreement contains a clause that royalties are due regardless of any challenge to the validity of the intellectual property right (assuming such a clause is legal). If the obligation to pay royalties exists only if the right is valid, the court hearing the claim for payment of royalties will have to decide the validity issue. This does not mean that the claim for payment of royalties ceases to be covered by the Convention.[60] However, the preliminary ruling on validity is not entitled to recognition under the Convention.[61]

[53] Under the Brussels Regulation, if a court of another European Community Member State is seised before the chosen court, the latter must stay the proceedings before it until the court first seised relinquishes jurisdiction: *Gasser* v. *MISAT*, Case C-116/02, Court of Justice of the European Communities, [2003] ECR I-14721, available at <http://curia.europa.eu/>. Under the Convention, the opposite is the case. See *infra*, paras 295 to 301.
[54] See *infra*, para. 59.
[55] Art. 17(1).
[56] Art. 17(2).
[57] *In rem* effect is sometimes also called "*erga omnes*" effect.
[58] This applies equally to other property rights. For example, a judgment on the ownership of goods cannot have *in rem* effect under the Convention. In all cases, however, the judgment may have *in rem* effect on some other basis.
[59] See para. 77, *infra*.
[60] Art. 2(3). The same would be true if the licensee counterclaims for revocation.
[61] Art. 10(1).

Hartley/Dogauchi Report

38 **Exécution d'un jugement fondé sur une décision préalable.** Si une procédure est engagée en vue de faire exécuter le jugement accordant le paiement de redevances, et que ce jugement est fondé sur une décision préalable sur la validité du droit de propriété intellectuelle, le tribunal requis pourra refuser l'exécution du jugement si la décision préalable est incompatible avec un jugement[62] sur la validité du droit de propriété intellectuelle rendu par le tribunal compétent de l'État du droit duquel le droit de propriété intellectuelle découle (généralement l'État d'enregistrement)[63]. En outre, si une procédure relative à la validité du droit est pendante dans cet État, le tribunal requis pourra suspendre la procédure d'exécution dans l'attente de l'issue de la procédure relative à la validité. S'il ne lui est pas possible de surseoir à statuer, il peut se dessaisir, à condition qu'il soit possible d'engager une nouvelle procédure une fois la question de validité tranchée[64].

39 **Procédure en contrefaçon.** L'article 2(2) *o)* exclut de la Convention les procédures relatives à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins. Il y a cependant une importante exception. Une procédure qui a été engagée ou pourrait avoir été engagée au titre d'une violation d'un contrat entre les parties n'est pas exclue du champ d'application de la Convention. Cela concernera les procédures fondées sur une violation alléguée d'un contrat de licence, mais n'est pas limité à de tels contrats. Si le contrat de licence permet au concessionnaire d'utiliser le droit de certaines manières mais pas d'autres, il aura commis une faute contractuelle s'il l'utilise d'une manière interdite. Toutefois, comme il ne serait plus protégé par la licence, il pourrait également avoir commis une contrefaçon du droit de propriété intellectuelle. L'exception à l'article 2(2) *o)* dispose qu'une telle procédure relève de la Convention. Il en est ainsi même si elle est engagée sur une base délictuelle plutôt que contractuelle : une instance en contrefaçon est couverte, même engagée sur une base délictuelle, à condition qu'*il ait été possible* de l'engager sur une base contractuelle.

TROISIÈME PARTIE : COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE

Article premier – Champ d'application

40 **Trois limitations.** Le premier paragraphe de l'article premier précise que le champ d'application de la Convention est limité de trois manières : elle ne s'applique qu'aux situations internationales ; elle ne s'applique qu'aux accords exclusifs d'élection de for (bien que cela soit sous réserve de l'art. 22) ; et elle ne s'applique qu'en matière civile ou commerciale.

41 **Définition du terme « international » à l'égard de la compétence.** L'article 1(2) définit le terme « international » aux fins des règles de compétence (figurant au chapitre II de la Convention). Il indique qu'une situation est internationale sauf si les deux conditions suivantes sont réunies : premièrement, les parties résident[65] dans le même État contractant et deuxièmement, les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige (quel que soit le lieu du tribunal élu) ne sont liés qu'à cet État. Cela signifie que les règles de compétence de la Convention s'appliqueront soit si les parties ne sont pas résidentes du même État, soit si un autre élément pertinent du litige (autre que la situation du tribunal élu) a un lien avec un autre État.

42 L'effet de cette règle sera clarifié par un exemple. Supposons que les parties au contrat soient toutes deux résidentes au Portugal[66]. Le contrat est conclu au Portugal et doit y être exécuté. Les parties choisissent un tribunal au Japon. Aucun élément pertinent (autre que la situation du tribunal élu) n'est lié à un État autre que le Portugal. Une telle situation ne sera pas internationale aux fins des règles de compétence de la Convention. Il en résulte que si l'une des parties au contrat poursuit l'autre au Portugal, la Convention n'imposera pas au tribunal portugais d'appliquer l'article 6 (afin de déterminer s'il a le droit de statuer sur l'affaire). Si la procédure est engagée devant le tribunal élu au Japon, le tribunal japonais ne sera pas tenu de connaître de l'affaire en vertu de la Convention[67]. (Bien entendu, il est possible que les deux tribunaux, appliquant chacun son droit interne, parviennent à un résultat semblable à celui qui aurait été produit en vertu de la Convention si elle avait été applicable.)

43 Une autre conséquence de la même règle est que si les parties à un litige purement interne au Portugal choisissaient un tribunal portugais, et que l'une des parties engageait alors une procédure dans un autre État contractant, les tribunaux de cet autre État ne seraient pas tenus en vertu de la Convention de se dessaisir de l'affaire. Toutefois, cette situation a peu de chances de se produire, car il est peu probable qu'un tribunal autre que portugais soit compétent en pareil cas.

44 **Définition du terme « international » à l'égard de la reconnaissance et de l'exécution.** L'article 1(3) définit le terme « international » aux fins de la reconnaissance et de l'exécution (chapitre III de la Convention). Il indique simplement qu'une situation est internationale à cet effet lorsque le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée est étranger. De ce fait, une affaire qui n'était pas internationale en vertu de l'article 1(2) lors du prononcé du jugement initial le devient si celui-ci doit être reconnu ou exécuté dans un autre État contractant.

45 Ainsi, si dans l'exemple du paragraphe 42, le tribunal élu est situé au Portugal, tout jugement qu'il rend aura droit à être reconnu et exécuté dans tous les autres États contractants, même si la situation est strictement interne au Portugal. Cette approche de définition du terme « international » pourrait s'avérer importante en pratique, car le défendeur pourrait retirer ses biens du Portugal. C'est pour garantir ce résultat que deux définitions différentes du terme « international » ont été adoptées.

46 Cependant, la règle aura d'autres conséquences. Si (dans une situation par ailleurs strictement interne au Portugal), deux résidents du Portugal choisissent un tribunal japonais, et que l'un d'entre eux y poursuit l'autre et obtient une condamnation, la situation deviendra internationale si une procédure est engagée pour obtenir l'exécution du jugement dans un autre État contractant. Le Portugal sera tenu par la Convention d'exécuter le jugement japonais, à moins qu'un tribunal portugais n'ait rendu un jugement incompatible dans

[62] Y compris la décision d'un office des brevets ou autre autorité compétente.
[63] Art. 10(3) *a)*. Toutefois, la reconnaissance et l'exécution ne peuvent être refusées que *dans la mesure où* le jugement est fondé sur la décision relative à la validité. Cela résulte du fait que l'art. 10(3) ne crée pas un motif indépendant de refus de reconnaissance, mais constitue simplement une réserve au motif établi par l'art. 10(2). Voir en outre *infra*, para. 197 et s.
[64] Art. 10(3) *b)*. Le chapeau de l'art. 10(3) vise à la fois le refus de reconnaissance ou d'exécution et le différé de reconnaissance ou d'exécution. Le premier serait normalement approprié en vertu de l'alinéa *a)*, et le second en vertu de l'alinéa *b)*.
[65] Les règles de détermination de la résidence d'une entité ou personne autre qu'une personne physique figurent à l'art. 4(2).
[66] Dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.
[67] Comme l'affaire ne relèverait pas de la Convention, il ne serait pas nécessaire que le Japon ait fait une déclaration en vertu de l'art. 19. Une déclaration en vertu de l'art. 19 ne serait nécessaire que si la situation comportait un élément étranger allant au-delà des liens avec le Portugal, mais que cet élément étranger n'était pas lié au Japon (par ex., la résidence d'une partie en Chine). En pareil cas, la Convention serait applicable en vertu de l'art. 1(2), le tribunal japonais serait donc tenu de connaître du litige. Le Japon pourrait se soustraire à cette obligation au moyen d'une déclaration en vertu de l'art. 19.

38 **Enforcement of a judgment based on a preliminary ruling.** If proceedings are brought to enforce the judgment for payment of royalties, and if that judgment was based on a preliminary ruling on the validity of the intellectual property right, the court addressed may refuse to enforce the judgment if the preliminary ruling is inconsistent with a judgment[62] on the validity of the intellectual property right given by the appropriate court in the State under the law of which the intellectual property right arose (usually the State of registration).[63] Moreover, if proceedings on the validity of the right are pending in that State, the court addressed may suspend the enforcement proceedings to await the outcome of the proceedings on the validity. If it is not possible for it to suspend the proceedings, it may dismiss them, provided that new proceedings may be brought once the question of validity has been settled.[64]

39 **Infringement proceedings.** Article 2(2) *o)* excludes from the Convention proceedings for the infringement of intellectual property rights other than copyright and related rights. This, however, is subject to an important exception. Infringement proceedings that are brought, or could have been brought, for breach of a contract between the parties are not excluded from the scope of the Convention. This applies to proceedings following an alleged breach of a licensing agreement, though it is not limited to such agreements. If the licensing agreement permits the licensee to use the right in certain ways but not others, he will have committed a breach of contract if he uses the right in a way that is forbidden. However, since he would no longer be protected by the licence, he might also be guilty of infringement of the intellectual property right. The exception to Article 2(2) *o)* provides that such an action is covered by the Convention. This applies even if it is brought in tort, rather than in contract: infringement actions are covered, even if brought in tort, provided they *could have been* brought in contract.

PART III: ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY

Article 1 – Scope

40 **Three limitations.** The first paragraph of Article 1 makes clear that the scope of the Convention is limited in three ways: it applies only in international cases; it applies only to exclusive choice of court agreements (though this is subject to Art. 22); and it applies only in civil or commercial matters.

41 **Definition of "international" with regard to jurisdiction.** Article 1(2) defines "international" for the purposes of the rules on jurisdiction (found in Chapter II of the Convention). It states that a case is international unless both the following conditions are satisfied: first, the parties are resident[65] in the same Contracting State; and, secondly, the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute (regardless of the location of the chosen court) are connected only with that State. This means that the jurisdictional rules of the Convention will apply either if the parties are not resident in the same State, or if some other element relevant to the dispute (other than the location of the chosen court) has a connection with some other State.

42 The effect of this rule will be clearer if we give an example. Assume that the parties to the contract are both resident in Portugal.[66] The contract is made in Portugal and to be performed there. They choose a court in Japan. No relevant element (other than the location of the chosen court) relates to any State other than Portugal. Such a case will not be international for the purpose of the jurisdictional rules of the Convention. As a result, if one party to the contract sues the other in Portugal, the Convention will not require the Portuguese court to apply Article 6 (to establish whether it is allowed to proceed in the case). If proceedings are brought before the chosen court in Japan, the Japanese court will not be required to hear the case under the Convention.[67] (Of course, it is possible that both courts, applying their national laws, would reach a result similar to that which would have occurred under the Convention if it had been applicable.)

43 Another consequence of the same rule is that if the parties in a case that is purely domestic to Portugal had chosen a Portuguese court, and one of them had then sued in another Contracting State, the courts of that other State would not be obliged under the Convention to dismiss the proceedings. However, this situation is unlikely to occur, since it is improbable that any court other than a Portuguese court would have jurisdiction in such a case.

44 **Definition of "international" with regard to recognition and enforcement.** Article 1(3) defines "international" for the purposes of recognition and enforcement (Chapter III of the Convention). It states simply that a case is international for such purposes if the judgment to be recognised or enforced is foreign. As a result, a case that was not international under Article 1(2) when the original judgment was given becomes international if it is to be recognised or enforced in another Contracting State.

45 Thus, if, in the example in paragraph 42, the chosen court is located in Portugal, any judgment by it will be entitled to recognition and enforcement in other Contracting States, even if the situation is entirely internal to Portugal. This approach to defining "international" could prove important in practice, since the defendant might move his assets out of Portugal. It was to ensure this result that two different definitions of "international" were adopted.

46 However, the rule will have other consequences. If (in a situation that is otherwise purely internal to Portugal) two residents of Portugal choose a Japanese court, and one of them sues the other there and obtains a judgment, the case will become international if proceedings are brought to enforce the judgment in another Contracting State. Portugal will be required by the Convention to enforce the Japanese judgment, unless a Portuguese court has given an inconsist-

[62] This includes the decision of a patent office or other competent authority.
[63] Art. 10(3) *a)*. However, recognition and enforcement may be refused only *to the extent that* the judgment is based on the ruling on validity. This follows from the fact that Art. 10(3) does not create an independent ground of non-recognition, but merely qualifies the ground laid down in Art. 10(2). See further *infra*, paras 197 *et seq.*
[64] Art. 10(3) *b)*. The *chapeau* to Art. 10(3) refers to both refusal to recognise or enforce and postponement of recognition or enforcement. The former would normally be appropriate under sub-para. *a)* and the latter under sub-para. *b)*.
[65] The rules for determining the residence of an entity or person other than a natural person are set out in Art. 4(2).
[66] In all examples given in this Report, it is assumed that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.
[67] Since the case would not be covered by the Convention, it would not be necessary for Japan to have made a declaration under Art. 19. A declaration under Art. 19 would be necessary only where the case had a foreign element going beyond connections with Portugal, but where that foreign element was not connected with Japan (for example, the residence of a party in China). In such a case, the Convention would be applicable under Art. 1(2); the Japanese court would, therefore, be obliged to hear the case. Japan could avoid this obligation by making a declaration under Art. 19.

Hartley/Dogauchi Report

une procédure entre les mêmes parties[68], ou que le Portugal n'ait fait une déclaration en vertu de l'article 20[69].

47 **Accords exclusifs d'élection de for.** Une raison importante de limiter la Convention aux accords exclusifs d'élection de for était d'éviter les problèmes qui seraient survenus en matière de litispendance dans le cas contraire.

48 L'article 5 (qui impose au tribunal élu de connaître de l'affaire) ne pourrait pas s'appliquer sous sa forme actuelle aux accords non exclusifs d'élection de for, car un tribunal autre que le tribunal élu pourrait avoir été saisi en premier, et il pourrait avoir également le droit de connaître de l'affaire si l'accord d'élection de for n'était pas exclusif. Cela soulèverait des questions de litispendance et de *forum non conveniens* difficiles à résoudre de manière satisfaisante. En outre, l'article 6 (qui interdit aux tribunaux autres que le tribunal élu de connaître de l'affaire) ne pourrait pas s'appliquer si l'accord d'élection de for n'était pas exclusif. Ces arguments ne s'appliquent pas dans la même mesure au stade de la reconnaissance et de l'exécution. Par conséquent, l'article 22 permet aux États contractants de faire des déclarations réciproques étendant les dispositions de la Convention en matière de reconnaissance et d'exécution aux accords non exclusifs d'élection de for, si certaines conditions sont remplies[70].

49 **Matière civile ou commerciale.** Comme d'autres concepts utilisés dans la Convention, la « matière civile ou commerciale » a un sens autonome : elle n'implique pas une référence au droit interne ou à d'autres instruments. La limitation à la matière civile ou commerciale est courante dans les conventions internationales de ce type. Elle a pour objet principal d'exclure le droit public et le droit pénal[71]. La raison de l'utilisation du terme de « commerciale » en plus de celui de « civile » est que dans certains systèmes juridiques, les catégories de « civile » et « commerciale » sont considérées comme distinctes et s'excluant mutuellement. L'utilisation des deux termes est utile pour ces systèmes juridiques. Elle ne nuit pas à l'égard des systèmes dans lesquels les procédures commerciales sont un sous-ensemble des procédures civiles[72]. Toutefois, certaines matières relevant clairement de la catégorie des matières civiles ou commerciales sont néanmoins exclues du champ d'application de la Convention par l'article 2[73].

Article 2 – Exclusions du champ d'application

50 **Contrats de consommation.** L'article 2(1) *a)* dispose que la Convention ne s'applique pas aux accords d'élection de for auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) est partie. Cette exclusion couvre un contrat entre un consommateur et un non-consommateur, de même qu'un contrat entre deux consommateurs[74].

51 **Contrats de travail.** L'article 2(1) *b)* exclut du champ d'application de la Convention les accords d'élection de for relatifs aux contrats de travail, y compris les conventions collectives. Un contrat de travail est un contrat entre un employeur et un salarié individuel ; une convention collective est un contrat entre un employeur ou groupe d'employeurs et un groupe de salariés ou une organisation telle qu'un syndicat qui les représente. L'exclusion s'applique également aux actions fondées sur la responsabilité délictuelle résultant de la relation de travail – par exemple, si un salarié subit un dommage corporel au travail[75].

52 **Autres matières exclues.** L'article 2(2) indique que la Convention ne s'applique pas aux matières énumérées aux alinéas *a)* à *p)*[76]. Toutefois, comme le précise l'article 2(3), cette exclusion ne s'applique que lorsque l'une des matières visées au paragraphe 2 est un « objet »[77] du litige[78]. Cela signifie qu'un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention si l'une de ces matières est soulevée à titre préalable dans une procédure ayant un objet différent[79].

53 Diverses raisons ont présidé à l'exclusion des matières visées à l'article 2(2). Dans certains cas, l'intérêt public ou l'intérêt des tiers est en cause, de sorte que les parties peuvent ne pas avoir le droit de régler la question entre elles. En pareil cas, un tribunal particulier aura souvent une compétence exclusive qui ne peut être éludée au moyen d'un accord d'élection de for. Dans d'autres cas, d'autres régimes juridiques multilatéraux sont applicables, de sorte que la Convention n'est pas utile. Il se révélerait en outre parfois difficile de déterminer quel instrument prévaudrait si la Convention devait également couvrir un tel domaine[80].

54 **État et capacité.** L'alinéa *a)* concerne l'état et la capacité des personnes physiques. Cela comprend les procédures de divorce, d'annulation du mariage ou de filiation des enfants.

55 **Droit de la famille et successions.** Les alinéas *b)* à *d)* concernent le droit de la famille et les successions[81]. À l'alinéa *b)*, « obligations alimentaires » inclut les aliments envers les enfants. À l'alinéa *c)*, « régimes matrimoniaux » comprend les droits particuliers d'un conjoint portant sur le domicile conjugal dans certains ressorts, alors que les termes « relations similaires » recouvrent les relations entre couples non mariés, dans la mesure où elles bénéficient d'une reconnaissance légale[82].

56 **Insolvabilité.** L'alinéa *e)* exclut l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues. Le terme « insolvabilité » recouvre la faillite des personnes physiques ainsi que

[68] Art. 9 *f)*. Il n'est pas nécessaire que le jugement portugais soit rendu avant le jugement japonais.
[69] Voir *infra*, para. 231 et s.
[70] Voir *infra*, para. 240 et s.
[71] Cependant, le seul fait qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, est partie à un litige n'exclut pas celui-ci du champ d'application de la Convention : art. 2(5), discuté ci-dessous, aux para. 85 et 86.
[72] Pour une discussion plus détaillée de la « matière civile ou commerciale », voir para. 22 à 28 du Rapport Nygh / Pocar (*supra*, note 11).
[73] Voir *infra*, para. 50 et s. L'art. 1(1) de l'avant-projet de Convention 1999 comportait une autre disposition indiquant expressément que la Convention ne s'appliquait pas en matière fiscale, douanière ou administrative. Cette disposition n'a pas été reprise dans les projets ultérieurs car elle a été jugée inutile ; il a été considéré comme évident que de telles matières ne sauraient être civiles ou commerciales.
[74] Certains accords auxquels une personne physique est partie ne sont pas exclus par l'art. 2(1) *a)*, par ex., des accords commerciaux auxquels un entrepreneur individuel (une personne physique agissant dans le cadre de son activité commerciale) est partie. Lorsque l'accord est conclu par une personne morale, il n'est pas nécessaire qu'elle agisse dans le cadre d'une activité commerciale. L'art. 2(1) *a)* n'exclurait pas un accord d'élection de for conclu par un organisme gouvernemental ou une association philanthropique.
[75] Une telle procédure échapperait également au champ d'application de la Convention en application de l'art. 2(2) *j)*. Dans certains États, la loi autorise le salarié à engager une procédure directe à l'encontre de l'assureur de l'employeur en matière de dommages corporels lorsque l'employeur est insolvable. Dans ces États, la Convention ne s'appliquerait pas non plus à la demande directe du salarié à l'encontre de l'assureur de l'employeur, même s'il y avait un accord exclusif d'élection de for entre l'employeur et le salarié. L'art. 17 ne serait pas applicable ici, car la procédure ne serait pas « en vertu » du contrat d'assurance. Toutefois, l'art. 2(1) *b)* et l'art. 2(2) *j)* n'affecteraient pas les rapports entre l'employeur et l'assureur ; voir l'art. 17.
[76] Dans l'avant-projet de Convention 1999, certaines de ces matières sont visées à l'art. 12. Toutefois, dans ce projet, elles n'étaient pas exclues du champ d'application de la Convention mais faisaient l'objet de règles de compétence exclusive. Néanmoins, certaines observations du Rapport Nygh / Pocar sur l'art. 12 aident à la compréhension du texte définitif de la Convention.
[77] Comme le texte français (« objet »), le texte anglais utilise le terme « object », le terme utilisé précédemment dans certaines conventions de ce type (*cf.* art. 16 de la Convention de Bruxelles en anglais), mais le terme « *subject* », qui est peut-être plus courant dans les systèmes de *common law*, aurait pu aussi bien être utilisé. Il vise à désigner une matière dont la procédure traite directement.
[78] Pour un exemple voir *infra*, para. 75 et 77.
[79] Toutefois, la décision sur une question préalable n'est pas reconnue ou exécutée elle-même en vertu de la Convention : art. 10(1).
[80] Pour quelques exemples voir *infra*, para. 58 et 64.
[81] Certaines de ces matières sont traitées par d'autres Conventions de La Haye.
[82] Ces dispositions sont largement tirées des alinéas *a)* à *d)* de l'art. 1(2) de l'avant-projet de Convention 1999, et leur portée est examinée de manière plus détaillée aux para. 30 à 37 du Rapport Nygh / Pocar.

Rapport Hartley/Dogauchi

ent judgment in proceedings between the same parties,[68] or Portugal has made a declaration under Article 20.[69]

47 **Exclusive choice of court agreements.** A significant consideration in limiting the Convention to exclusive choice of court agreements was to avoid the problems that would otherwise arise with regard to *lis pendens*.

48 Article 5 (which requires the chosen court to hear the case) could not apply as it stands to non-exclusive choice of court agreements, since a court other than the chosen court might have been seised first, and it might also be entitled to hear the case if the choice of court agreement was not exclusive. This would raise issues of *lis pendens* and *forum non conveniens* that would have been difficult to resolve in an acceptable way. Moreover, Article 6 (which prohibits courts other than that chosen from hearing the case) could not apply if the choice of court agreement was not exclusive. These arguments do not apply to the same extent at the stage of recognition and enforcement. Consequently, Article 22 allows Contracting States to make reciprocal declarations extending the recognition and enforcement provisions of the Convention to non-exclusive choice of court agreements, provided certain conditions are met.[70]

49 **Civil or commercial matters.** Like other concepts used in the Convention, "civil or commercial matters" has an autonomous meaning: it does not entail a reference to national law or other instruments. The limitation to civil or commercial matters is common in international conventions of this kind. It is primarily intended to exclude public law and criminal law.[71] The reason for using the word "commercial" as well as "civil" is that in some legal systems "civil" and "commercial" are regarded as separate and mutually exclusive categories. The use of both terms is helpful for those legal systems. It does no harm with regard to systems in which commercial proceedings are a sub-category of civil proceedings.[72] However, certain matters that clearly fall within the class of civil or commercial matters are nevertheless excluded from the scope of the Convention under Article 2.[73]

Article 2 – Exclusions from scope

50 **Consumer contracts.** Article 2(1) *a)* provides that the Convention does not apply to choice of court agreements to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party. This exclusion covers an agreement between a consumer and a non-consumer, as well as one between two consumers.[74]

51 **Employment contracts.** Article 2(1) *b)* excludes from the scope of the Convention choice of court agreements relating to individual or collective contracts of employment. An individual contract of employment is one between an employer and an individual employee; a collective contract of employment is one between an employer or a group of employers and a group of employees or an organisation such as a trade union (labour union) representing them. The exclusion also applies to actions in tort arising out of the employment relationship – for example, if the employee suffers personal injury while at work.[75]

52 **Other excluded matters.** Article 2(2) states that the Convention does not apply to the matters listed in sub-paragraphs *a)* to *p)*.[76] However, as is made clear by Article 2(3), this exclusion applies only where one of the matters referred to in paragraph 2 is an "object" (the subject or one of the subjects)[77] of the proceedings.[78] This means that proceedings are not excluded from the scope of the Convention if one of these matters arises as a preliminary question in proceedings that have some other matter as their object / subject.[79]

53 There are various reasons why the matters referred to in Article 2(2) are excluded. In some cases, the public interest, or that of third parties, is involved, so that the parties may not have the right to dispose of the matter between themselves. In such cases, a particular court will often have exclusive jurisdiction that cannot be ousted by means of a choice of court agreement. In other cases, other multilateral legal regimes apply; so the Convention is not needed, and it would sometimes also be difficult to decide which instrument prevails if the Convention were to cover such an area.[80]

54 **Status and capacity.** Sub-paragraph *a)* concerns the status and capacity of natural persons. This includes proceedings for divorce, annulment of marriage or the affiliation of children.

55 **Family law and succession.** Sub-paragraphs *b)* to *d)* concern family law and succession.[81] In sub-paragraph *b)*, "maintenance" includes child support. In sub-paragraph *c)*, "matrimonial property" includes the special rights that a spouse has to the matrimonial home in some jurisdictions; while "similar relationships" covers a relationship between unmarried couples, to the extent that it is given legal recognition.[82]

56 **Insolvency.** Sub-paragraph *e)* excludes insolvency, composition and analogous matters. The term "insolvency" covers the bankruptcy of individuals as well as the winding-

[68] Art. 9 *f)*. The Portuguese judgment need not be given before the Japanese one.
[69] See paras 231 *et seq.*, *infra*.
[70] See paras 240 *et seq.*, *infra*.
[71] However, proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party thereto: Art. 2(5), discussed at paras 85 and 86, *infra*.
[72] For further discussion of "civil or commercial matters", see para. 22 to 28 of the Nygh / Pocar Report (*supra*. note 11).
[73] See paras 50 *et seq.*, *infra*. Art. 1(1) of the preliminary draft Convention 1999 contained a further provision expressly stating that the Convention would not apply to revenue, customs or administrative matters. This provision was not included in later drafts because it was thought to be unnecessary: it was considered obvious that such matters could not be civil or commercial.
[74] Some agreements to which a natural person is a party are not excluded by Art. 2(1) *a)* – for example, commercial agreements where one party is a sole trader (an individual acting in the course of his business). Where the agreement is concluded by a legal person, it is not necessary for it to be acting in the course of business. Art. 2(1) *a)* would not exclude a choice of court agreement concluded by a government department or a charity.
[75] Such proceedings would also be outside the scope of the Convention by virtue of Art. 2(2) *j)*. In some States, the law permits an employee to bring a direct action against the employer's insurer with regard to personal injury claims where the employer is insolvent. In those States, the Convention would also not apply to the employee's direct claim against the employer's insurer even if there was an exclusive choice of court agreement between the employer and the employee. Art. 17 would not apply here, since the proceedings would not be "under" the contract of insurance. However, Art. 2(1) *b)* and Art. 2(2) *j)* would not affect the relationship between the employer and the insurer: see Art. 17.
[76] In the preliminary draft Convention 1999, some of these matters are referred to in Art. 12; however, in that draft they were not excluded from the scope of the Convention, but were subject to rules of exclusive jurisdiction. Nevertheless, some of the comments on Art. 12 in the Nygh / Pocar Report are helpful in understanding the final text of the Convention.
[77] Like the French text ("*objet*"), the English text uses the word "object", the word previously used in some conventions of this kind (*cf.* Art. 16 of the Brussels Convention in English), but it might just as well have said "subject" as perhaps more commonly used in common law systems. It is intended to mean a matter with which the proceedings are directly concerned.
[78] For an example see *infra*, paras 75 and 77.
[79] However, the ruling on the preliminary question is not itself subject to recognition or enforcement under the Convention: Art. 10(1).
[80] For some examples see *infra*, paras 58 and 64.
[81] Some of these matters are dealt with in other Hague Conventions.
[82] These provisions are largely taken from sub-para. *a)* to *d)* of Art. 1(2) of the preliminary draft Convention 1999, and their scope is further examined at para. 30 to 37 of the Nygh / Pocar Report.

Hartley/Dogauchi Report

la dissolution ou la liquidation judiciaire de personnes morales insolvables, mais ne recouvre pas la dissolution ou la liquidation judiciaire de personnes morales pour des motifs autres que l'insolvabilité, dont traite l'alinéa *m)*. Le terme de « concordat » désigne les procédures dans le cadre desquelles le débiteur peut conclure des accords avec les créanciers en vue d'un moratoire pour le remboursement de dettes ou pour le règlement de ces dettes. Le terme « matières analogues » recouvre une large gamme d'autres méthodes permettant aux personnes ou entités insolvables de retrouver une solvabilité tout en poursuivant leur activité, telles que le chapitre 11 du Code fédéral de la faillite des États-Unis[83].

57 L'alinéa *e)* exclut les procédures concernant directement l'insolvabilité du champ d'application de la Convention. Supposons par exemple que A (résident de l'État X) et B (résident de l'État Y) concluent un contrat, en vertu duquel B doit à A une somme d'argent[84]. Le contrat comporte un accord d'élection de for en faveur des tribunaux de l'État Z. A est alors déclaré en faillite dans le cadre d'une procédure dans l'État X. La Convention s'appliquerait à toute procédure à l'encontre de B pour le recouvrement de la dette, même si elle est engagée par la personne désignée pour administrer le patrimoine de A en faillite : à condition que la désignation en vertu du droit de l'insolvabilité de l'État X soit reconnue dans l'État Z, cette personne agirait au lieu et place de A, et serait liée par l'accord d'élection de for. Toutefois, la Convention ne s'appliquerait pas aux questions relatives à l'administration du patrimoine en faillite – par exemple, l'ordre de priorité entre créanciers.

58 **Transport de passagers et de marchandises.** L'alinéa *f)* exclut les contrats de transport national et international de passagers et de marchandises[85]. Cela comprend le transport maritime, aérien et terrestre, ou toute combinaison de ces modes. Le transport international de passagers et de marchandises fait l'objet d'un certain nombre d'autres Conventions, par exemple les Règles de La Haye relatives aux connaissements[86]. En excluant ces matières, la possibilité d'un conflit de conventions est évitée.

59 **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, le remorquage d'urgence et le sauvetage d'urgence. L'application d'accords d'élection de for à ces matières soulèverait des difficultés pour certains États. Les autres matières maritimes sont incluses, par exemple, l'assurance maritime, le remorquage et le sauvetage en dehors des cas d'urgence, la construction navale, les hypothèques et privilèges portants sur des navires[87].

60 **Entraves à la concurrence.** Les questions d'entrave à la concurrence sont exclues par l'alinéa *h)*. La terminologie de « *anti-trust / competition* » est utilisée dans le texte anglais parce que des termes différents sont utilisés dans des pays et systèmes juridiques différents pour désigner des règles dont la teneur matérielle est semblable (mais pas nécessairement identique). Le terme courant aux États-Unis est « droit anti-trust ». En Europe on parle de « droit de la concurrence ». La Convention utilise donc les deux termes. L'alinéa *h)* ne recouvre pas ce qui est désigné en français sous l'expression « concurrence déloyale » – par exemple la publicité mensongère ou la concurrence parasitaire[88].

61 Les procédures pénales pour entrave à la concurrence ne sont pas des matières civiles ou commerciales ; elles échappent donc au champ d'application de la Convention en vertu de l'article 1(1)[89].

62 Toutefois, les entraves à la concurrence peuvent faire l'objet de procédures de droit privé. De telles instances peuvent résulter d'une relation contractuelle – par exemple, lorsque le demandeur, partie à une entente anticoncurrentielle, soulève la nullité de l'entente, ou qu'un acheteur demande le remboursement de prix excessifs versés au vendeur du fait d'une entente sur les prix ou d'un abus de position dominante par ce dernier[90]. Une demande de dommages et intérêts fondée sur la responsabilité délictuelle pour entrave à la concurrence, possible à la fois aux États-Unis et dans l'Union européenne, ainsi que dans certains autres pays, en est un bon exemple. Ces procédures, même si elles sont engagées dans le cadre d'un accord d'élection de for, sont exclues par l'article 2(2) *h)*, quand bien même elles se dérouleraient entre parties privées.

63 Par contre, si une personne en poursuit une autre en vertu d'un contrat, et que le défendeur prétend que le contrat est nul parce qu'il constitue une entrave à la concurrence, la procédure *n'est pas* en dehors du champ d'application de la Convention, car les entraves à la concurrence ne sont pas l'objet du litige, mais sont soulevées uniquement à titre de question préalable[91]. L'objet du litige est la demande en vertu du contrat : la question principale soumise au tribunal est celle de savoir si une condamnation doit être prononcée à l'encontre du défendeur parce qu'il a violé le contrat.

64 **Responsabilité en matière nucléaire.** L'alinéa *i)* exclut la responsabilité pour les dommages nucléaires. Ceux-ci font l'objet de diverses conventions internationales prévoyant que l'État dans lequel se produit l'accident nucléaire a une compétence exclusive à l'égard des demandes de dommages et intérêts en responsabilité civile résultant de l'accident[92]. Dans certains cas, l'article 26 accorde à ces conventions une priorité sur la présente Convention. Toutefois, il existe certains États disposant de centrales nucléaires qui ne sont Parties à aucune des conventions en matière de responsabilité nucléaire[93]. De tels États seraient réticents à permettre l'engagement de procédures dans un autre État en vertu d'un accord d'élection de for, car, lorsque les exploitants des centrales nucléaires bénéficient d'une responsabilité limitée en vertu du droit de l'État en question, ou lorsque l'indemnisation des dommages est réalisée sur fonds publics, une procédure collective unique dans cet État en vertu de son droit interne serait nécessaire afin de parvenir à une solution uniforme en

[83] Il existe une disposition identique dans l'art. 1(2) *e)* de l'avant-projet de Convention 1999, et sa portée est examinée de manière plus détaillée aux para. 38 et 39 du Rapport Nygh / Pocar.

[84] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

[85] Les « marchandises » comprennent ici les bagages des passagers.

[86] Elles ont été adoptées en 1924 et modifiées par le Protocole de Bruxelles de 1968. Elles sont parfois dites « Règles de La Haye-Visby ».

[87] Voir *supra*, para. 30.

[88] Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (du premier au 9 décembre 2003), Procès-verbal No 13, p. 2 (déclaration du Président du Comité de rédaction, présentant le Document de travail No 39 de 2003, dont l'art. 1(3) *g)* était l'équivalent de l'art. 2(2) *h)* du texte définitif de la Convention) ; voir en outre le Procès-verbal No 1, p. 9 (Premier secrétaire) ; p. 10 (expert des États-Unis d'Amérique) ; Procès-verbal No 4, p. 1 (expert de la Nouvelle-Zélande) ; et p. 2 (expert de la Suisse). Le texte anglais visait ainsi à rendre le même sens que le texte français, qui utilise l'expression « les entraves à la concurrence », ce qui ne recouvre pas la concurrence déloyale.

[89] Cela concerne également les procédures quasi-pénales en vertu des art. 81 et 82 du *Traité instituant la Communauté européenne* 2002.

[90] Voir L. Radicati di Brozolo, « Antitrust Claims : Why exclude them from the Hague Jurisdiction and Judgments Convention », *European Competition Law Review* 2004, Vol. 25, No 12, p. 780 à 782.

[91] Voir l'art. 2(3).

[92] La *Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire* de 1960, et sa modification de 2004 ; la *Convention de 1963 complémentaire à la Convention de Paris de 1960*, et sa modification de 2004 ; la *Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, et sa modification de 1997 ; la *Convention de Vienne sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires de 1997* ; le *Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris* de 1988.

[93] Par ex., le Canada, la Chine, la Corée, les États-Unis d'Amérique et le Japon.

Rapport Hartley/Dogauchi

up or liquidation of corporations that are insolvent, but does not cover the winding-up or liquidation of corporations for reasons other than insolvency, which is dealt with by sub-paragraph *m)*. The term "composition" refers to procedures whereby the debtor may enter into agreements with creditors in respect of a moratorium on the payment of debts or on the discharge of those debts. The term "analogous matters" covers a broad range of other methods whereby insolvent persons or entities can be assisted to regain solvency while continuing to trade, such as Chapter 11 of the United States Federal Bankruptcy Code.[83]

57 Proceedings are excluded from the scope of the Convention under sub-paragraph *e)* if they directly concern insolvency. Assume, for example, that A (resident in State X) and B (resident in State Y) enter into a contract, under which B owes A a sum of money.[84] The contract contains a choice of court agreement in favour of the courts of State Z. A is then declared bankrupt as a result of proceedings in State X. The Convention would apply to any proceedings against B to recover the debt, even if they were brought by the person appointed to administer A's bankrupt estate: provided that the appointment under the insolvency law of State X is recognised in State Z, that person would be standing in the shoes of A and would be bound by the choice of court agreement. However, the Convention would not apply to questions concerning the administration of the bankrupt estate – for example, the ranking of different creditors.

58 **Carriage of passengers or goods.** Sub-paragraph *f)* excludes contracts for the national and international carriage of passengers or goods.[85] This includes carriage by sea, land and air, or any combination of the three. The international carriage of persons or goods is subject to a number of other conventions, for example the Hague Rules on Bills of Lading.[86] By excluding these matters, the possibility of a conflict of conventions is avoided.

59 **Maritime matters.** Sub-paragraph *g)* excludes five maritime matters: marine pollution; limitation of liability for maritime claims; general average; emergency towage; and emergency salvage. The application of choice of court agreements to these matters would cause problems for some States. Other maritime (shipping) matters, for example, marine insurance, non-emergency towage and salvage, shipbuilding, ship mortgages and liens, are included.[87]

60 **Anti-trust / competition.** Anti-trust / competition matters are excluded by sub-paragraph *h)*. The exclusion is phrased as "anti-trust / competition" because different terms are used in different countries and legal systems for rules of similar (although not necessarily identical) substantive content. The standard term in the United States is "anti-trust law"; in Europe it is "competition law". Therefore, both terms are used in the Convention. Sub-paragraph *h)* does not cover what is sometimes called "unfair competition" (in French, *concurrence déloyale*) – for example, misleading advertising or passing one's goods off as those of a competitor.[88]

61 Criminal anti-trust / competition proceedings are not civil or commercial matters; therefore, they are outside the scope of the Convention by virtue of Article 1(1).[89]

62 However, anti-trust / competition matters can form the subject of private-law proceedings. Such actions can arise from a contractual relationship – *e.g.* when a plaintiff who is a party to an anti-competitive agreement invokes the nullity of the agreement, or when a buyer seeks repayment of excessively high prices paid to his seller as a result of the latter having engaged in a price-fixing arrangement or abused its dominant position.[90] An action in tort for damages for breach of anti-trust / competition law, possible both in the United States and in the European Union, as well as in some other countries, is a prime example. These actions, even if brought under a choice of court agreement, are excluded by Article 2(2) *h)*, even though they are between private parties.

63 On the other hand, if a person sues someone under a contract, and the defendant claims that the contract is void because it infringes anti-trust / competition law, the proceedings are *not* outside the scope of the Convention, since anti-trust / competition matters are not the object / subject of the proceedings, but arise merely as a preliminary question.[91] The object / subject of the proceedings is the claim under the contract: the principal issue before the court is whether judgment should be given against the defendant because he or she has committed a breach of contract.

64 **Nuclear liability.** Sub-paragraph *i)* excludes liability for nuclear damage. This is the subject of various international conventions, which provide that the State where the nuclear accident takes place has exclusive jurisdiction over actions for damages for liability resulting from the accident.[92] In some cases, Article 26 might give those conventions priority over this Convention. However, there are some States with nuclear power plants that are not parties to any of the nuclear-liability conventions.[93] Such States would be reluctant to allow legal proceedings to be brought in another State by virtue of a choice of court agreement, since, where the operators of the nuclear power plants benefit from limited liability under the law of the State in question, or where compensation for damage is paid out of public funds, a single collective procedure in that State under its internal law would be necessary in

[83] There is an identical provision in Art. 1(2) *e)* of the preliminary draft Convention 1999, and its scope is further examined at para. 38 to 39 of the Nygh / Pocar Report.
[84] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.
[85] Here "goods" includes passengers' luggage.
[86] They were adopted in 1924 and were amended by the Brussels Protocol of 1968. They are sometimes called the "Hague–Visby Rules".
[87] See para. 30, *supra*.

[88] Minutes of the Special Commission on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (1 to 9 December 2003), Minutes No 13, p. 2 (statement by the Chairman of the Drafting Committee, introducing Working Document No 39 of 2003, Art. 1(3) *g)* of which was the equivalent of Art. 2(2) *h)* of the final text of the Convention); see further Minutes No 1, p. 9 (First Secretary); p. 10 (expert from the United States of America); Minutes No 4, p. 1 (expert from New Zealand); and p. 2 (expert from Switzerland). Thus, the English text was intended to mean the same as the French text, which uses the phrase "*les entraves à la concurrence*", a phrase that does not cover unfair competition.
[89] This applies also to the quasi-criminal proceedings under Art. 81 and 82 of the *Treaty establishing the European Community* 2002.
[90] See L. Radicati di Brozolo, "Antitrust Claims: Why exclude them from the Hague Jurisdiction and Judgments Convention", *European Competition Law Review* 2004, Vol. 25, No 12, p. 780, at 782.
[91] See Art. 2(3).
[92] The Paris *Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy* 1960, and its 2004 amendment; the *Convention Supplementary to the Paris Convention* 1963, and its 2004 amendment; the Vienna *Convention on Civil Liability for Nuclear Damage* 1963, and its 1997 amendment; the *Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage* 1997; the *Joint Protocol relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention* 1988.
[93] For example, Canada, China, Japan, Korea and the United States of America.

Hartley/Dogauchi Report

matière de responsabilité et à une répartition équitable d'un fonds limité entre les victimes.

65 **Dommages corporels et moraux y afférents.** L'alinéa *j)* exclut les demandes au titre de dommages corporels et moraux y afférents engagées par ou pour le compte de personnes physiques. Les accords d'élection de for seront probablement rares en pareil cas. Il a été présenté à la Session diplomatique l'avis selon lequel les « dommages corporels et moraux y afférents » comprennent le choc nerveux (même s'il n'est pas accompagné d'une blessure corporelle) – par exemple, pour avoir assisté à la mort d'un membre de sa famille – mais pas l'humiliation ou l'atteinte aux sentiments – par exemple, pour une atteinte à la vie privée ou une diffamation[94].

66 **Dommages aux biens tangibles.** L'alinéa *k)* exclut les demandes de nature délictuelle[95] au titre de dommages aux biens tangibles ne naissant pas d'une relation contractuelle. Cette exclusion ne s'applique pas aux demandes contractuelles (dans quelque situation que ce soit); ni aux demandes de nature délictuelle résultant d'une relation contractuelle. Elle sera donc d'effet limité en pratique.

67 **Droits immobiliers.** L'alinéa *l)* exclut les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles. La référence aux droits réels doit être comprise comme concernant uniquement les demandes relatives à la propriété ou autres droits réels portant sur l'immeuble, et non les procédures concernant des immeubles et dont l'objet n'est pas un droit réel. Elle ne couvrirait donc pas une demande en dommages et intérêts au titre d'un immeuble (bien qu'une telle procédure puisse être exclue en vertu de l'alinéa *k)*), ni une demande d'indemnisation au titre de la violation d'un contrat de vente d'immeuble[96].

68 Les baux d'immeubles sont exclus pour plusieurs raisons. D'abord, dans certains pays, ils font l'objet d'une réglementation spéciale destinée à protéger le locataire. Dans la mesure où cette réglementation s'applique aux demeures particulières, le locataire serait un consommateur au sens de l'article 2(1) *a)* et le contrat serait exclu en vertu de cette disposition. Toutefois, la réglementation peut s'appliquer dans d'autres situations également. Ensuite, au cours des débats de la Session diplomatique, il est apparu que dans certains ressorts, certains baux sont considérés comme des droits réels et seraient donc exclus du champ d'application de la Convention par la première partie de l'alinéa *l)*. Il a été jugé souhaitable de traiter tous les baux de la même manière dans le cadre de la Convention, quelle que soit leur qualification juridique en droit interne[97].

69 Une procédure ne serait pas exclue de la Convention lorsqu'elle ne concerne l'immeuble qu'indirectement – par exemple, une procédure concernant les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur en vertu d'un contrat de cession de fonds de commerce, même s'il comprend un engagement de céder le bail des locaux. Par contre, les procédures entre un bailleur et un preneur portant sur les termes d'un bail seraient exclues.

70 **Personnes morales.** L'alinéa *m)* exclut la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, et la validité des décisions de ses organes[98]. Il a été jugé inopportun que de telles matières, qui impliquent souvent les droits de tiers, soient soustraites à la compétence des tribunaux qui seraient par ailleurs compétents à leur égard, d'autant plus que cette compétence est souvent exclusive.

71 **Propriété intellectuelle.** Les alinéas *n)* et *o)* s'appliquent à la propriété intellectuelle. Ils font tous deux une distinction entre les droits d'auteur et droits voisins, d'une part, et tous les autres droits de propriété intellectuelle, d'autre part. Il en sera traité séparément.

72 **Droits d'auteur et droits voisins.** Les droits d'auteur et droits voisins relèvent intégralement de la Convention. Cela comprend les procédures relatives à la validité ou à la contrefaçon de ces droits. Toutefois, comme un jugement ne peut être reconnu ou exécuté en vertu de la Convention qu'à l'encontre de personnes liées par l'accord d'élection de for, un jugement relatif à la validité ne peut être opposable aux tiers en vertu de la Convention[99].

73 **Droits voisins.** Les droits voisins sont également désignés droits apparentés. Les exemples de droits voisins comprennent[100]: les droits des artistes interprètes (tels que acteurs et musiciens) portant sur leurs interprétations et exécutions, droits des producteurs d'enregistrements sonores (par exemple, enregistrements sur cassette et sur CD) portant sur leurs enregistrements, et droits des organismes de radiodiffusion portant sur leurs émissions de radio et de télévision[101].

74 **Autres droits de propriété intellectuelle**[102]**.** Les alinéas *n)* et *o)* ne s'appliquent qu'aux droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins. L'alinéa *n)* exclut la validité de ces droits du champ d'application de la Convention. L'alinéa *o)* exclut la contrefaçon de ces droits, bien qu'il soit soumis à une importante exception. Ces deux questions seront examinées séparément.

75 **Validité.** Les procédures concernant la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin sont exclues de la Convention. Les procédures tendant à l'annulation d'un tel droit ou une déclaration de validité ou d'invalidité d'un tel droit sont donc exclues du champ d'application de la Convention. Toutefois, l'article 2(3) explicite que les procédures dans une matière relevant de la Convention n'en sont pas exclues du seul fait que la validité d'un droit de propriété intellectuelle est soulevée à titre préalable. Il en résulte que les procédures tendant à faire exécuter un contrat de licence portant sur un droit de propriété intellectuelle ne sont pas exclues du seul fait que le défendeur soulève une exception d'invalidité du droit. Toutefois, l'article 10(1) dispose que la décision sur la question préalable de la validité n'a pas droit à une reconnaissance indépendante dans les autres États contractants[103]. Par contre, le dispositif[104] du jugement du tribunal dans la procédure en vertu de l'accord d'élection de for concernant le contrat de

[94] Voir les Procès-verbaux de la Vingtième session, Commission II: le Procès-verbal No 20, para. 3 à 7 et le Procès-verbal No 24, para. 16 à 18. La Session diplomatique était consciente de ce que l'expression française de « dommages corporels et moraux y afférents » pourrait sembler plus étroite que le terme anglais « *personal injury* » en ce qu'elle ne recouvre le choc nerveux que s'il est accompagné d'une blessure corporelle. La Session diplomatique n'est pas parvenue à trouver un terme français exprimant de manière plus claire que l'exclusion de l'alinéa *j)* recouvre le choc nerveux même s'il s'agit du seul préjudice subi, sans recouvrir également l'atteinte aux sentiments ou à la réputation (par ex., la diffamation) comme le terme « dommages moraux » utilisé seul l'aurait fait. Il a donc été demandé que le Rapport expose clairement l'intention de la Session, plutôt que d'étendre l'exclusion dans le texte français au-delà de ce qui est exclu par le texte anglais.

[95] La responsabilité civile délictuelle est le concept de droit civil analogue à la notion de *tort* dans les systèmes juridiques de la *common law*.

[96] Le fait que le tribunal pourrait devoir trancher une question préalable concernant la propriété de l'immeuble n'affecterait pas cette situation: voir l'art. 2(3).

[97] Voir le Procès-verbal No 13 de la Vingtième session, Commission II, para. 46 à 87, et particulièrement les para. 56, 76, 84 et 86.

[98] La même expression figure (avec des différences purement formelles) à l'art. 12(2) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure aux para. 170 et 171.

[99] L'opposabilité est parfois désignée effet « *erga omnes* ».

[100] Voir l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC) 1994, partie II, section 1, ainsi que le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (WPPT) de 1996; la *Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes* (Genève, 1971) et la *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organisations de radiodiffusion* (Rome, 1961)

[101] Voir ADPIC, art. 14.

[102] Les paragraphes suivants du présent Rapport ne traitent que des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins.

[103] Voir *infra*, para. 194 à 196.

[104] Pour la distinction entre le « dispositif » et des décisions sur des questions préalables, voir para. 194 et 195, *infra*.

Rapport Hartley/Dogauchi

order to have a uniform solution in respect of liability and an equitable distribution of a limited fund among the victims.

65 **Personal injury.** Sub-paragraph *j)* excludes claims for personal injury brought by or on behalf of natural persons. Choice of court agreements are likely to be rare in such cases. The view was presented to the Diplomatic Session that "personal injury" includes nervous shock (even if not accompanied by physical injury) – for example, from witnessing the death of a member of one's family – but not humiliation or hurt feelings – for example, for an invasion of privacy or for defamation.[94]

66 **Damage to tangible property.** Sub-paragraph *k)* excludes claims in tort or delict[95] for damage to tangible property that do not arise from a contractual relationship. This exclusion does not apply to contractual claims (in any situation); nor does it apply to claims in tort or delict that arise from a contractual relationship. So it will have only limited effect in practice.

67 **Immovable property.** Sub-paragraph *l)* excludes rights *in rem* in immovable property and tenancies in immovable property. The reference to rights *in rem* should be interpreted as relating only to proceedings concerning ownership of, or other rights *in rem* in, the immovable, not proceedings about immovables which do not have as their object / subject a right *in rem*. Thus it would not cover proceedings for damage to an immovable (though such proceedings might be excluded under sub-paragraph *k)*), nor would it cover a claim for damages for breach of a contract for the sale of land.[96]

68 Tenancies in immovable property are excluded for several reasons. First, in some countries, they are subject to special legislation designed to protect the tenant. To the extent that this legislation applies to private homes, the tenant would constitute a consumer under Article 2(1) *a)* and the agreement would be excluded under that provision. However, the legislation may apply in other situations as well. Secondly, during the discussions at the Diplomatic Session it became clear that in some jurisdictions some tenancies are considered as rights *in rem* and would therefore be excluded from the scope of the Convention by the first part of sub-paragraph *l)*. It was considered desirable to treat all tenancies the same way under the Convention, regardless of their legal characterisation in internal law.[97]

69 Proceedings would not be excluded from the Convention where they concern the immovable only indirectly – for example, proceedings concerning the rights and obligations of the seller and buyer under a contract for the sale of a business, even if it includes an undertaking to transfer the lease of the premises. On the other hand, proceedings between a landlord and tenant on the terms of the lease would be excluded.

70 **Legal persons.** Sub-paragraph *m)* excludes the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs.[98] It was considered undesirable that such matters, which often involve the rights of third parties, should be removed from the jurisdiction of the courts that would otherwise have jurisdiction over them, especially since that jurisdiction is often exclusive.

71 **Intellectual property.** Sub-paragraphs *n)* and *o)* apply to intellectual property. They both draw a distinction between copyright and related rights, on the one hand, and all other intellectual property rights, on the other hand. These will be discussed separately.

72 **Copyright and related rights.** Copyright and related rights are fully covered by the Convention. This includes proceedings concerning the validity or infringement of such rights. However, since a judgment can be recognised or enforced under the Convention only against persons bound by the choice of court agreement, a judgment on validity cannot have *in rem* effect under the Convention.[99]

73 **Related rights.** Related rights are sometimes also called neighbouring rights. Examples of related rights include:[100] rights of performers (such as actors and musicians) in their performances, rights of producers of sound recordings (for example, cassette recordings and CDs) in their recordings, and rights of broadcasting organisations in their radio and television broadcasts.[101]

74 **Other intellectual property rights.**[102] Sub-paragraphs *n)* and *o)* apply only to intellectual property rights other than copyright and related rights. Sub-paragraph *n)* excludes the validity of such rights from the scope of the Convention. Sub-paragraph *o)* excludes the infringement of such rights, though it is subject to an important exception. These two issues will be discussed separately.

75 **Validity.** Proceedings that concern the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights are excluded from the Convention. Thus proceedings for the revocation of such a right or for a declaration of validity or invalidity of such a right are outside the scope of the Convention. However, Article 2(3) makes clear that proceedings on a matter covered by the Convention are not excluded just because the validity of an intellectual property right arises as a preliminary question. As a result, proceedings to enforce a licensing agreement for an intellectual property right are not excluded just because the defendant raises the invalidity of the right as a defence. However, Article 10(1) provides that the ruling on the preliminary validity issue is not entitled to independent recognition in other Contracting States.[103] On the other hand, the final order[104] of the court in the proceedings under the choice of court agreement relating to the licensing

[94] See Minutes of the Twentieth Session, Commission II: Minutes No 20, paras 3 to 7 and Minutes No 24, paras 16 to 18. The Diplomatic Session was aware that the phrase in the French text (*"les dommages corporels et moraux y afférents"*) might seem narrower in that it covers nervous shock only where it is accompanied by physical injury. It was not possible for the Diplomatic Session to find a French term expressing more clearly that the exclusion in sub-para. *j)* covers nervous shock even where this is the only injury suffered, without also covering hurt feelings or damage to one's reputation (for example, defamation), as the term *"dommages moraux"* used alone would have done. Therefore it was requested that the Report should clearly state the intention of the Session, rather than broadening the exclusion in French beyond what is excluded by the English text.

[95] Delict is the civil-law concept analogous to "tort" in common law legal systems.

[96] The fact that the court might have to decide a preliminary question concerning title to the land would not affect this: see Art. 2(3).

[97] See Minutes No 13 of the Twentieth Session, Commission II, paras 46 to 87, in particular paras 56, 76, 84 and 86.

[98] This same phrase appears (with purely verbal differences) in Art. 12(2) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on it in the Nygh / Pocar Report is at para. 170 and 171.

[99] *In rem* effect is sometimes also called *"erga omnes"* effect.

[100] See the *Agreement on Trade-Related Aspects of Industrial Property Rights* (TRIPs) 1994, Part II Section 1, as well as the WIPO *Performances and Phonograms Treaty* (WPPT) 1996; the *Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of Their Phonograms* (Geneva 1971); and the *International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations* (Rome 1961).

[101] See TRIPs, Art. 14.

[102] The following paragraphs of this Report deal only with intellectual property rights other than copyright and related rights.

[103] See paras 194 to 196, *infra*.

[104] For the distinction between the "final order" and rulings on preliminary questions, see paras 194 and 195, *infra*.

licence – par exemple, une condamnation pécuniaire – *peut* être reconnue et exécutée en vertu de la Convention[105].

76 **Contrats de propriété intellectuelle.** La Convention s'applique aux contrats traitant de droits de propriété intellectuelle, tels que les contrats de licence, contrats de distribution, contrats d'entreprise commune, contrats d'agence et contrats de développement d'un droit de propriété intellectuelle. Les procédures engagées dans le cadre de tels contrats – par exemple, des demandes de paiement de redevances en vertu d'un contrat de licence – relèvent de la Convention.

77 **Exception d'invalidité**[106]**.** Dans une procédure en vertu d'un contrat, le défendeur peut prétendre que le droit de propriété intellectuelle n'est pas valable. Si le droit du demandeur issu du contrat – par exemple, le droit d'obtenir le paiement de redevances – dépend de la validité du droit de propriété intellectuelle, le tribunal devra trancher la question de la validité à titre préalable avant de se prononcer sur la question principale. Comme expliqué ci-dessus, cela ne signifie pas que la procédure ne relèvera plus de la Convention. L'article 10(3) prévoit des dispositions particulières relatives à la reconnaissance et à l'exécution du jugement[107].

78 **Demande reconventionnelle d'annulation.** Au lieu de soulever une exception d'invalidité, le défendeur pourra présenter une demande reconventionnelle d'annulation du droit de propriété intellectuelle. Une telle demande échapperait au champ d'application de la Convention, car son objet serait la validité du droit. Toutefois, le fait qu'elle a été présentée ne signifierait pas que la demande en vertu du contrat cesserait de relever de la Convention.

79 **Contrefaçon.** Les procédures en contrefaçon (de droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins) sont exclues sauf lorsqu'elles sont engagées au titre de la violation d'un contrat entre les parties portant sur ces droits, ou auraient pu être engagées au titre de la violation de ce contrat[108]. Cela signifie tout d'abord qu'il doit exister un contrat entre les parties portant sur ce droit. Normalement, l'accord d'élection de for serait contenu dans ce contrat. Ensuite, la procédure doit soit concerner la violation de ce contrat soit être une procédure qui, même si fondée sur la responsabilité délictuelle, aurait pu être engagée au titre de la violation du contrat[109].

80 **Exemple.** Le meilleur exemple est un contrat de licence. Supposons que le contrat permette au concessionnaire d'utiliser le droit de propriété intellectuelle de certaines manières, mais lui en interdit d'autres. S'il utilise le droit d'une manière que le contrat interdit, il commet une faute contractuelle. Si le concédant le poursuit pour la violation du contrat, la procédure relèvera de la Convention. Si le concédant choisit par contre de fonder son action sur la responsabilité délictuelle, la procédure relèvera encore du champ d'application de la Convention : elle aurait pu être engagée au titre de la violation du contrat.

81 Cette règle est importante pour un certain nombre de raisons. Dans certains pays, les parties ne doivent plaider que les faits : il appartient au tribunal de déterminer la qualification juridique appropriée. Le choix de la responsabilité contractuelle ou délictuelle par le tribunal pourra dépendre de ce qui est le plus facile à établir. Dans d'autres pays, les parties décident elles-mêmes d'agir sur un fondement contractuel ou délictuel. Elles peuvent avoir de bonnes raisons (telles que la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts plus importants) de choisir l'un ou l'autre. Ces considérations accessoires ne devraient pas déterminer si un litige relève de la Convention ou non.

82 **Registres publics.** L'alinéa *p)* exclut la validité des inscriptions sur les registres publics[110]. Certains pourraient ne pas considérer cela comme une matière civile ou commerciale. Cependant, comme certains instruments internationaux[111] prévoient une compétence exclusive à l'égard de procédures dont l'objet est la validité de telles inscriptions, il a été jugé préférable de les exclure expressément afin de lever toute ambiguïté.

83 **Assurances.** Les contrats d'assurance (ou de réassurance) ne sont pas exclus du champ d'application de la Convention du seul fait qu'ils concernent l'une des matières visées au paragraphe 2. Le fait que le risque assuré échappe au champ d'application de la Convention ne signifie pas que le contrat d'assurance échappe au champ d'application de la Convention. Ainsi, l'assurance de chargements transportés par voie maritime n'est pas exclue par l'article 2(2) *f)* et l'assurance contre la responsabilité au titre de dommages nucléaires n'est pas exclue par l'article 2(2) *i)*. Cela est explicité par l'article 17[112].

84 **Arbitrage.** Le paragraphe 4 exclut l'arbitrage et les procédures y afférentes[113]. Cela devrait être interprété largement, et recouvre toute procédure dans laquelle le tribunal apporte une assistance au processus d'arbitrage – par exemple, la décision relative à la validité ou invalidité d'une convention d'arbitrage ; les ordonnances enjoignant aux parties de procéder à l'arbitrage ou d'interrompre une procédure d'arbitrage ; l'annulation, la modification, la reconnaissance ou l'exécution de sentences arbitrales ; la nomination et la révocation d'arbitres ; la fixation du lieu de l'arbitrage ; ou le report du délai pour le prononcé d'une sentence. Cette disposition a pour objet d'assurer que la présente Convention ne perturbe pas le fonctionnement d'instruments existants relatifs à l'arbitrage[114].

85 **Gouvernements.** L'article 2(5) dispose qu'un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention du seul fait qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, y est partie[115]. Toutefois, le litige échappera au champ d'application de la Convention s'il naît d'un accord d'élection de for conclu dans une matière qui n'est pas civile ou commerciale[116]. Ainsi, une autorité publique a droit au bénéfice de la Convention et supporte ses charges lorsqu'elle se livre à des opérations commerciales, mais pas lorsqu'elle agit en sa qualité souveraine[117]. En règle générale, on peut dire que si une autorité publique fait quelque chose qu'un particulier

[105] Mais voir aussi l'art. 10(3), discuté *infra*, para. 197 à 201.
[106] Voir aussi *supra*, para. 37.
[107] Voir *infra*, para. 197 et s.
[108] Les procédures en contrefaçon au sens de l'art. 2(2) *o)* comprennent les procédures tendant à la réparation d'actes commis entre la publication du dépôt et la publication de l'enregistrement d'un droit de propriété intellectuelle, les demandes tendant à une déclaration de non-contrefaçon ainsi que les demandes tendant à établir ou confirmer le droit d'un utilisateur antérieur à utiliser une invention. Voir le Procès-verbal No 7 de la Vingtième session, Commission II, para. 39 et 40.
[109] Les seules situations dans lesquelles l'alinéa *o)* exclut une matière qui serait couverte par ailleurs sont celles où l'accord d'élection de for s'applique aux contrefaçons ne constituant pas une violation du contrat dans lequel il figure ou d'un autre contrat entre les parties, ou lorsque les parties ont conclu un accord d'élection de for concernant une contrefaçon déjà survenue et sans lien avec tout contrat entre les parties. De tels accords seront rares.
[110] La même expression figure (avec des différences purement formelles) à l'art. 12(3) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure au para. 172.
[111] Par ex., l'art. 22(3) du Règlement de Bruxelles.
[112] Voir *infra*, para. 221 à 227.
[113] Une disposition identique figure à l'art. 1(2) *g)* de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure au para. 41.
[114] Pour une discussion des rapports entre certains traités régissant l'arbitrage, et la *Convention sur les accords d'élection de for*, voir A. Schulz, « La future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for et l'arbitrage », Doc. prél. No 32 de juin 2005 à l'attention de la Vingtième session de juin 2005, *supra* p. 348, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.
[115] Cette disposition est tirée (avec des différences purement formelles) de l'art. 1(3) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure aux para. 43 à 45.
[116] Voir l'art. 1(1) et la discussion au para. 49, *supra*.
[117] Voir le Procès-verbal No 15 de la Vingtième session, Commission II, para. 58.

agreement – for example, to pay a sum of money – *can* be recognised and enforced under the Convention.[105]

76 **Intellectual property contracts.** The Convention applies to contracts dealing with intellectual property rights, such as licensing agreements, distribution agreements, joint venture agreements, agency agreements and agreements for the development of an intellectual property right. Proceedings brought under such contracts – for example, proceedings for payment of royalties under a licensing agreement – are covered by the Convention.

77 **Invalidity as a defence.**[106] In proceedings under a contract, the defendant may claim that the intellectual property right is invalid. If the plaintiff's right under the contract – for example, the right to have royalties paid – depends on the validity of the intellectual property right, the court will have to decide validity as a preliminary question before it can decide the main issue. As was explained above, this does not mean that the proceedings are no longer covered by the Convention. Article 10(3) lays down special rules concerning the recognition and enforcement of the judgment.[107]

78 **Counterclaim for revocation.** Instead of raising invalidity as a defence, the defendant may counterclaim for revocation of the intellectual property right. Such a claim would be outside the scope of the Convention, because its object would be the validity of the right. However, the fact that it was brought would not mean that the claim under the contract would cease to be covered by the Convention.

79 **Infringement.** Infringement proceedings (for intellectual property rights other than copyright and related rights) are excluded except where they are brought for breach of a contract between the parties relating to such rights, or could have been brought for breach of that contract.[108] This means that, first of all, there must be a contract between the parties relating to the right. Normally, the choice of court agreement would be contained in that contract. Secondly, the proceedings must either be for breach of that contract or they must be proceedings which, even if brought in tort, could have been brought for breach of the contract.[109]

80 **Example.** The best example is a licensing agreement. Assume that the agreement permits the licensee to use the intellectual property right in particular ways but not in others. If he uses the right in a way forbidden by the agreement, he will be guilty of a breach of contract. If the licensor sues him for breach of contract, the proceedings will be covered by the Convention. However, if the licensor prefers to sue in tort, the proceedings will also be within the scope of the Convention: they could have been brought for breach of contract.

81 This rule is important for a number of reasons. In some countries, the parties are only required to plead the facts: it is for the court to determine the appropriate legal characterisation. Whether the court chooses contract or tort may depend on which is easier to establish. In other countries, the parties themselves decide whether to sue in contract or tort. They may have good reasons (such as the opportunity to obtain higher damages) for choosing one or the other. It should not depend on these accidental considerations whether or not a case is covered by the Convention.

82 **Public registers.** Sub-paragraph *p)* excludes the validity of entries in public registers.[110] Some people might not regard this as a civil or commercial matter. However, as some international instruments[111] provide for exclusive jurisdiction over proceedings that have the validity of such entries as their object, it was thought better to exclude them explicitly in order to avoid any doubts.

83 **Insurance.** Contracts of insurance (or reinsurance) are not outside the scope of the Convention just because they relate to one of the matters referred to in paragraph 2. The fact that the risk covered is outside the scope of the Convention does not mean that the contract of insurance is outside the scope of the Convention. Thus, insurance of cargo carried by sea is not excluded by virtue of Article 2(2) *f)* and insurance against liability for nuclear damage is not excluded by virtue of Article 2(2) *i)*. This is made clear by Article 17.[112]

84 **Arbitration.** Paragraph 4 excludes arbitration and proceedings relating thereto.[113] This should be interpreted widely and covers any proceedings in which the court gives assistance to the arbitral process – for example, deciding whether an arbitration agreement is valid or not; ordering parties to proceed to arbitration or to discontinue arbitration proceedings; revoking, amending, recognising or enforcing arbitral awards; appointing or dismissing arbitrators; fixing the place of arbitration; or extending the time-limit for making awards. The purpose of this provision is to ensure that the present Convention does not interfere with existing instruments on arbitration.[114]

85 **Governments.** Article 2(5) provides that proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party thereto.[115] The proceedings will fall outside the scope of the Convention, however, if they arise from a choice of court agreement concluded in a matter which is not civil or commercial.[116] Thus, a public authority is entitled to the benefits of the Convention, and assumes its burdens, when engaging in commercial transactions but not when acting in its sovereign capacity.[117] As a general rule, one can say that if a public

[105] But see also Art. 10(3), discussed *infra*, paras 197 to 201.
[106] See also *supra*, para. 37.
[107] See paras 197 *et seq.*, *infra*.
[108] Infringement proceedings in the sense of Art. 2(2) *o)* include proceedings brought for compensation for acts taking place between the publication of the application and the publication of the registration of an intellectual property right, actions brought for a declaration of non-infringement as well as actions brought with a view to establishing or confirming a prior user's right to use an invention. See Minutes No 7 of the Twentieth Session, Commission II, paras 39 and 40.
[109] The only situations in which sub-para. *o)* excludes a matter that would otherwise be covered are where the choice of court agreement applies to infringements that do not constitute a breach of the contract in which it is contained or of any other contract between the parties, or where the parties concluded a choice of court agreement relating to an infringement that had already arisen and that was not related to any contract between the parties. Such agreements will be rare.
[110] This same phrase appears (with purely verbal differences) in Art. 12(3) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on it in the Nygh / Pocar Report is at para. 172.
[111] For instance, Art. 22(3) of the Brussels Regulation.
[112] See paras 221 to 227, *infra*.
[113] An identical provision is found in Art. 1(2) *g)* of the preliminary draft Convention 1999. The relevant passage in the Nygh / Pocar Report is at para. 41.
[114] For a discussion of the relationship between some treaties governing arbitration, and the *Convention on Choice of Court Agreements*, see A. Schulz, "The Future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and Arbitration", Prel. Doc. No 32 of June 2005 for the attention of the Twentieth Session of June 2005 supra, p. 349, also available at <www.hcch.net>.
[115] This provision is taken (with only verbal differences) from Art. 1(3) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on it in the Nygh / Pocar Report is at para. 43 and 45.
[116] See Art. 1(1) and the discussion in para. 49, *supra*.
[117] See Minutes No 15 of the Twentieth Session, Commission II, para. 58.

pourrait faire, l'affaire implique probablement une matière civile ou commerciale. Si par contre, elle exerce des prérogatives de puissance publique dont ne jouissent pas les particuliers, le litige ne sera probablement pas de nature civile ou commerciale.

86 Deux exemples apporteront des éclaircissements. Si un ministère lance un appel d'offres pour la fourniture de papier destiné à l'impression de documents, et qu'une société étrangère obtient le marché (qui comporte un accord d'élection de for), les litiges en vertu de ce contrat relèveront presque certainement de la Convention. Si, par contre, un étranger signe lorsqu'il entre dans le pays un contrat (comportant un accord d'élection de for) en vertu duquel il s'engage à régler toute amende (sanction pénale) qu'il pourrait encourir du fait de ses activités dans le pays, les procédures en vertu de ce contrat seront presque certainement exclues du champ d'application de la Convention[118].

87 **Immunités des États.** L'article 2(6) dispose que la Convention n'affecte pas les privilèges et immunités des États, ou des organisations internationales, pour eux-mêmes et pour leurs biens[119]. La raison de l'insertion de cette disposition dans la Convention est que certains délégués ont pensé que l'article 2(5) pourrait être interprété de manière erronée comme affectant ces questions : l'article 2(6) a pour but d'expliciter que ce n'est pas le cas[120].

88 **Droit procédural.** La Convention n'a pas vocation à affecter le droit procédural des États contractants, sauf disposition expresse. En dehors de ces domaines, le droit procédural interne s'applique comme auparavant, même dans le cadre de litiges relevant de la Convention[121]. Des exemples non exhaustifs sont fournis dans les paragraphes suivants.

89 La Convention n'impose pas à un État contractant de permettre une mesure qui n'est pas prévue par son droit, même si l'exécution d'un jugement dans le cadre duquel une telle mesure a été accordée le requiert. Les États contractants ne sont pas tenus de créer de nouveaux types de mesures aux fins de la Convention. Toutefois, ils doivent mettre en œuvre les moyens d'exécution disponibles en application de leur droit interne afin de donner tout l'effet possible au jugement étranger.

90 Les délais dans lesquels une procédure doit être engagée ou d'autres mesures prises en vertu du droit interne ne sont pas affectés par la Convention. Les procédures en vertu d'un accord d'élection de for ou les procédures tendant à l'exécution d'un jugement en vertu d'un tel accord, doivent être engagées dans les délais fixés par le droit interne. Il en est ainsi, que les délais soient qualifiés de questions de fond ou de procédure.

91 Les règles nationales concernant la capacité d'ester et de se défendre en justice ne sont pas affectées par la Convention. Ainsi, si selon le droit de l'État requis une entité dépourvue de personnalité morale n'a pas la capacité d'ester en justice, elle ne peut engager une procédure en vertu de la Convention en vue de l'exécution d'un jugement, même si le tribunal ayant délivré le jugement a considéré qu'elle pouvait engager une telle procédure.

92 Le droit national décide si, et dans quels cas, des appels et autres recours sont ouverts. Les exemples comprennent : l'appel porté devant une juridiction de degré supérieur dans le même État ; les renvois à la Cour de justice des Communautés européennes en vue de l'interprétation de dispositions de droit communautaire, y compris les conventions auxquelles la Communauté est Partie ; les renvois à une juridiction particulière pour trancher les questions d'ordre constitutionnel ; et les renvois à un office des brevets ou autre autorité pour décider de la validité d'un brevet. Les règles nationales d'administration de la preuve s'appliquent, même pour prouver l'existence d'un accord d'élection de for et pour prouver si les conditions de forme posées par la Convention ont été remplies.

Article 3 – Accords exclusifs d'élection de for

93 **Définition : cinq conditions.** Sous réserve de la déclaration contraire d'un État en vertu de l'article 22[122], la Convention ne s'applique qu'aux accords exclusifs d'élection de for. L'article 3 *a)* fournit une définition d'un tel accord. La définition comporte les conditions suivantes : premièrement, il doit y avoir un accord entre deux ou plusieurs parties ; deuxièmement, les conditions de forme de l'alinéa *c)* doivent être remplies ; troisièmement, l'accord doit désigner les tribunaux d'un État, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État, à l'exclusion de tout autre tribunal ; quatrièmement, le ou les tribunaux désignés doivent être situés dans un État contractant ; et cinquièmement, la désignation doit avoir pour objet de trancher les litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé[123].

94 **La première condition.** Un accord d'élection de for ne peut être établi de manière unilatérale : il doit y avoir accord. La question de l'existence du consentement relève normalement du droit de l'État du tribunal élu, y compris ses règles de conflit de lois[124], bien que dans certains cas la capacité soit également déterminée par d'autres systèmes de droit[125].

95 Toutefois, la Convention dans son ensemble entre en jeu uniquement s'il existe un accord d'élection de for, et cela suppose l'existence des conditions de fait élémentaires du consentement. Si, selon tout critère normal, elles ne sont pas remplies, un tribunal aurait le droit de supposer que la Convention n'est pas applicable, sans avoir à examiner le droit étranger.

96 En voici un exemple[126]. X, résident du Panama, envoie un courrier électronique non demandé à Y, résident du Mexique, faisant une proposition selon des conditions extrêmement défavorables pour Y. La proposition comporte un accord d'élection de for en faveur des tribunaux de la Ruritanie (État imaginaire), et conclut « à défaut de réponse de votre part sous sept jours, vous serez réputé avoir accepté cette proposition ». Le courrier électronique est supprimé par le logiciel de protection de Y, et il ne le lit à aucun moment. Après sept jours, X prétend qu'il existe un contrat comportant un accord d'élection de for et engage une procédure devant les tribunaux de la Ruritanie. Si contrairement au droit de tout autre État au monde, la loi de la Ruritanie considérait qu'il existait un contrat et que « l'accord » d'élection de for était valable, les autres États, y compris le Mexique, auraient néanmoins le

[118] Lors de l'examen de ces questions, il convient de garder à l'esprit qu'au sens de la Convention, la « matière civile ou commerciale » est un concept autonome ne dépendant pas de sa signification en droit national ou dans d'autres conventions.
[119] Cette disposition est tirée de l'art. 1(4) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure au para. 46.
[120] *Ibid.*
[121] Dans le cas de la reconnaissance et de l'exécution, cela est explicité par l'art. 14, qui dispose que la procédure pour la reconnaissance et l'exécution du jugement est régie par le droit de l'État requis.

[122] L'art. 22 autorise un État, au moyen d'une déclaration, à étendre à titre réciproque l'application du chapitre sur la reconnaissance et l'exécution à des jugements rendus par un tribunal désigné dans un accord non exclusif d'élection de for. Voir en outre *infra*, para. 240 et s.
[123] L'accord d'élection de for doit bien entendu être valable et applicable au moment concerné. S'il n'est plus en vigueur – par ex., parce que les parties sont convenues de le résilier – il ne constitue plus un accord d'élection de for aux fins de la Convention.
[124] Art. 5(1), 6 *a)*, et 9 *a)*.
[125] À l'art. 6 *b)* il est fait mention du droit de l'État du tribunal saisi, et à l'art. 9 *b)* du droit de l'État requis. La capacité est donc soumise à deux lois : voir para. 150.
[126] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

Rapport Hartley/Dogauchi

authority is doing something that an ordinary citizen could do, the case probably involves a civil or commercial matter. If, on the other hand, it is exercising governmental powers that are not enjoyed by ordinary citizens, the case will probably not be civil or commercial.

86 Two examples may make this clearer. If a government department (ministry) calls for tenders for the supply of paper for printing documents, and a foreign company is awarded the contract (which includes a choice of court agreement), proceedings under that contract will almost certainly be covered by the Convention. On the other hand, if a foreigner, on entering the country, signs a contract (containing a choice of court agreement) under which he agrees to pay any fines (criminal penalties) that he may incur as a result of his activities there, proceedings under that contract would almost certainly be outside the scope of the Convention.[118]

87 **Immunities of States.** Article 2(6) provides that nothing in the Convention affects the privileges and immunities of States, or of international organisations, in respect of themselves or their property.[119] The reason this provision was inserted into the Convention was that some delegates thought that Article 2(5) might be misinterpreted as affecting these matters: Article 2(6) was intended to make clear that it does not.[120]

88 **Procedural law.** It was not intended that the Convention would affect the procedural law of Contracting States, except where specifically provided. Outside these areas, internal procedural law applies as before, even in proceedings under the Convention.[121] Examples are given in the following paragraphs, though these are far from exhaustive.

89 The Convention does not require a Contracting State to grant a remedy that is not available under its law, even when called upon to enforce a foreign judgment in which such a remedy was granted. Contracting States do not have to create new kinds of remedies for the purpose of the Convention. However, they should apply the enforcement measures available under their internal law in order to give as much effect as possible to the foreign judgment.

90 Time limits within which proceedings must be brought or other steps taken under internal law remain unaffected by the Convention. Proceedings under a choice of court agreement, or proceedings to enforce a judgment under such an agreement, must be brought within the time limits laid down by internal law. This is true whether time limits are characterised as matters of substance or matters of procedure.

91 National rules regarding capacity to bring or defend legal proceedings are not affected by the Convention. Thus, if under the law of the requested State an entity with no legal personality lacks capacity to engage in litigation, it cannot bring proceedings under the Convention to enforce a judgment, even if the court that granted the judgment considered that it could bring such proceedings.

92 National law decides whether, and in what circumstances, appeals and similar remedies exist. Examples include: appeals to a higher court in the same State; references to the Court of Justice of the European Communities to interpret provisions of Community law, including conventions to which the Community is a Party; references to a special court to decide constitutional issues; and references to a patent office or other authority to decide the validity of a patent. National rules of evidence apply, even for proving the existence of a choice of court agreement and proving whether the Convention's requirements as to form have been met.

Article 3 – Exclusive choice of court agreements

93 **Definition: five requirements.** Except where a State has declared otherwise under Article 22,[122] the Convention applies only to exclusive choice of court agreements. Article 3 *a)* gives a definition of such an agreement. The definition contains the following requirements: firstly, there must be an agreement between two or more parties; secondly, the formal requirements of paragraph *c)* must be satisfied; thirdly, the agreement must designate the courts of one State, or one or more specific courts in one State, to the exclusion of all other courts; fourthly, the designated court or courts must be in a Contracting State; and finally, the designation must be for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship.[123]

94 **The first requirement.** A choice of court agreement cannot be established unilaterally: there must be agreement. Whether there is consent is normally decided by the law of the State of the chosen court, including its rules of choice of law,[124] though in some circumstances capacity is also determined by other systems of law.[125]

95 However, the Convention as a whole comes into operation only if there is a choice of court agreement, and this assumes that the basic factual requirements of consent exist. If, by any normal standards, these do not exist, a court would be entitled to assume that the Convention is not applicable, without having to consider foreign law.

96 The following is an example.[126] X, who is resident in Panama, sends an unsolicited e-mail to Y, who is resident in Mexico, making an offer on terms that are extremely unfavourable to Y. The offer contains a choice of court clause in favour of the courts of Ruritania (an imaginary State), and concludes: "If you have not replied within seven days, you will be deemed to have accepted this offer." The e-mail is deleted by Y's anti-spam software and he never reads it. After seven days, X claims that there is a contract with a choice of court agreement, and brings proceedings in the courts of Ruritania. If, unlike the law of every other State in the world, the law of Ruritania considered that a contract existed and the choice of court "agreement" was valid, other States, includ-

[118] In considering questions such as these, it must be remembered that, as used in the Convention, "civil or commercial matters" is an autonomous concept that does not depend for its meaning on national law or other conventions.
[119] This provision is taken from Art. 1(4) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on it in the Nygh / Pocar Report is at para. 46.
[120] *Ibid.*
[121] In the case of recognition and enforcement, this is made clear by Art. 14, which provides that the procedure for the recognition and enforcement of the judgment is governed by the law of the requested State.

[122] Art. 22 allows a State, by way of a declaration, to extend on a reciprocal basis the application of the Chapter on recognition and enforcement to judgments given by a court that was designated in a non-exclusive choice of court agreement. See further *infra*, paras 240 *et seq.*
[123] The choice of court agreement must of course be valid and applicable at the relevant time. If it is no longer in force – for example, because the parties have agreed to terminate it – it is no longer a choice of court agreement for the purpose of the Convention.
[124] Art. 5(1), 6 *a)* and 9 *a)*.
[125] In Art. 6 *b)* there is a reference to the law of the State of the court seised, and in Art. 9 *b)* to the law of the requested State. Capacity is, therefore, subject to two laws: see para. 150.
[126] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

droit de considérer l'accord d'élection de for comme inexistant.

97 À condition que les parties initiales consentent à l'accord d'élection de for, l'accord pourra lier les tiers qui n'y ont pas expressément consenti, si leur capacité à engager la procédure dépend de leur reprise des droits et obligations de l'une des parties initiales. Le droit national déterminera s'il en est ainsi[127].

98 **La deuxième condition.** Celle-ci concerne la forme de l'accord d'élection de for. Les règles pertinentes sont fixées par l'alinéa *c)*, examiné ci-dessous.

99 **La troisième condition.** Celle-ci exige que le choix soit exclusif: l'accord d'élection de for doit désigner[128] les tribunaux d'un État ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État comme ayant compétence *exclusive*. Cela sera examiné ci-dessous en rapport avec l'alinéa *b)*, selon lequel un accord d'élection de for est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire[129].

100 **La quatrième condition.** La Convention ne s'applique qu'aux accords d'élection de for en faveur des tribunaux d'un État contractant: les accords désignant les tribunaux (ou un ou plusieurs tribunaux particuliers) d'un État non contractant ne sont pas couverts. Par exemple[130], supposons qu'un accord d'élection de for visant les tribunaux de l'État X, État non contractant, soit conclu entre une partie résidant au Pérou et une partie résidant au Venezuela. Si le Péruvien poursuit le Vénézuélien au Venezuela, le tribunal vénézuélien ne sera pas tenu d'appliquer l'article 6 (ce qui pourrait lui imposer de surseoir à statuer ou se dessaisir du litige)[131]. Si l'instance est engagée devant le tribunal élu de l'État X, les tribunaux du Pérou et du Venezuela ne seront pas tenus par la Convention de reconnaître le jugement qui en résulte[132].

101 **La cinquième condition.** Elle exige que la désignation ait pour objet de trancher les litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. Cela explique que l'accord d'élection de for peut être limité à, ou inclure, des litiges déjà nés. Il peut également couvrir des litiges futurs, à condition qu'ils aient trait à un rapport de droit déterminé. L'accord d'élection de for n'est pas limité aux demandes contractuelles, mais pourrait par exemple couvrir des demandes fondées sur la responsabilité délictuelle résultant d'un rapport déterminé. Ainsi, un accord d'élection de for dans une convention de société pourrait couvrir les demandes délictuelles entre les associés relatives à la société. La question de savoir s'il en est ainsi dans un cas particulier dépendra des termes de l'accord.

102 **Accords réputés exclusifs.** L'article 3 *b)* fixe la règle importante (pressentie dans la troisième condition de l'alinéa *a)*) selon laquelle un accord d'élection de for désignant les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant sera réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire[133].

103 Le premier élément est ici que l'accord d'élection de for peut viser soit les tribunaux d'un État contractant en général, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant. Ainsi, un accord désignant « les tribunaux français » est considéré comme exclusif aux fins de la Convention, même s'il ne précise pas *quel* tribunal en France connaîtra de l'affaire, et même s'il n'exclut pas expressément la compétence des tribunaux d'autres États. En pareil cas, le droit français aura la faculté de décider du tribunal ou des tribunaux devant lesquelles la procédure peut être engagée[134]. Sous réserve de telles règles, le demandeur pourra choisir tout tribunal français.

104 Un accord visant une juridiction particulière en France – par exemple, le Tribunal de commerce de Paris – serait également exclusif[135]. Il en est de même d'un accord désignant deux ou plusieurs tribunaux particuliers d'un même État contractant – par exemple, « le Tribunal de commerce de Paris ou le Tribunal de commerce de Lyon ». Il s'agirait là encore d'un accord exclusif d'élection de for. Un accord indiquant que A peut poursuivre B uniquement devant le Tribunal de commerce de Paris, et que B ne peut poursuivre A que devant le Tribunal de commerce de Lyon, constituerait également un accord exclusif d'élection de for en vertu de la Convention parce qu'il exclut les tribunaux de tous les autres États. L'accord ne serait cependant pas considéré comme exclusif en vertu de la Convention si les deux tribunaux étaient situés dans des États différents.

105 **Accords asymétriques.** Un accord d'élection de for est parfois rédigé afin d'être exclusif à l'égard des procédures engagées par l'une des parties mais pas à l'égard des procédures engagées par l'autre. Les contrats de prêt internationaux sont couramment rédigés ainsi. Une clause d'élection de for dans un tel contrat pourra stipuler que « les poursuites de l'emprunteur à l'encontre du bailleur pourront être engagées exclusivement devant les tribunaux de l'État X; les poursuites du bailleur à l'encontre de l'emprunteur pourront être engagées devant les tribunaux de l'État X ou les tribunaux de tout autre État compétent selon son propre droit. »

106 Il a été convenu par la Session diplomatique que pour relever de la Convention, l'accord doit être exclusif quelle que soit la partie engageant la procédure. De sorte que les accords tels que ceux visés au paragraphe qui précède ne sont pas des accords exclusifs d'élection de for aux fins de la Convention[136]. Cependant, ils peuvent être soumis aux règles de la Convention en matière de reconnaissance et d'exécution si les États en question ont fait des déclarations en vertu de l'article 22[137].

107 **Signification du terme « État » dans le cas d'un système juridique non unifié.** Le terme « État » peut avoir des sens différents à l'égard d'un État contractant dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit s'appliquent dans des unités territoriales différentes à l'égard d'une matière traitée par la Convention – par exemple, le Canada, la Chine, le Royaume-Uni ou les États-Unis d'Amérique. Selon l'article 25, il peut désigner soit l'État dans son ensemble – par exemple, le Canada, la Chine, le Royaume-Uni ou les États-Unis –, soit une unité territoriale au sein de cet État – par exemple, l'Ontario, Hong Kong, l'Écosse ou le New Jersey. En conséquence, une clause désignant « les tribunaux des États-Unis » et une clause désignant « les tribunaux du New Jersey » constitueront toutes deux des accords exclusifs d'élection de for valables en vertu de la Convention[138].

[127] Voir le Procès-verbal No 2 de la Vingtième session, Commission II, para. 2 à 10. Voir *infra*, para. 142.
[128] Le seul fait de défendre une procédure au fond sans contester la compétence ne conférerait pas en soi compétence à un tribunal en vertu de la Convention, car ce ne serait pas une *désignation* de ce tribunal au sens de l'art. 3.
[129] Voir para. 102 à 104, *infra*.
[130] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties: voir la déclaration ci-dessus, p. 788.
[131] Toutefois, il peut surseoir à statuer ou se dessaisir en vertu du droit national.
[132] Toutefois, ils peuvent le faire en vertu du droit national.
[133] Voir *The Hongkong and Shanghai Banking Corporation Limited* c. *Yusuf Suveyke*, 392 F. Supp., 2d 489 (EDNY 2005), pour ce qui semble être la première référence à la Convention dans la jurisprudence.
[134] Voir l'art. 5(3) *b)*.
[135] Les difficultés survenant lorsque le tribunal élu ne peut connaître de l'affaire en droit interne sont examinées ci-dessous: voir les para. 135 et s.
[136] Voir le Procès-verbal No 3 de la Vingtième session, Commission II, para. 2 à 11.
[137] Voir para. 240 et s. Pour des exemples d'autres accords qui ne seraient pas exclusifs aux fins de la Convention voir para. 109.
[138] Une clause désignant « les tribunaux d'état de l'état du New Jersey ou les tribunaux fédéraux situés dans cet état » constituerait également un accord exclusif d'élection de for.

Rapport Hartley/Dogauchi

ing Mexico, would nevertheless be entitled to treat the choice of court agreement as non-existent.

97 Provided the original parties consent to the choice of court agreement, the agreement may bind third parties who did not expressly consent to it, if their standing to bring the proceedings depends on their taking over the rights and obligations of one of the original parties. Whether this is the case will depend on national law.[127]

98 **The second requirement.** This concerns the form of the choice of court agreement. The relevant rules are laid down in paragraph *c)*, discussed below.

99 **The third requirement.** This requires the choice to be exclusive: the choice of court agreement must designate[128] the courts of one State or one or more specific courts in one State as having *exclusive* jurisdiction. This will be discussed below in connection with paragraph *b)*, according to which a choice of court agreement is deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise.[129]

100 **The fourth requirement.** The Convention applies only to choice of court agreements in favour of the courts of a Contracting State: agreements designating the courts (or one or more specific courts) of a non-Contracting State are not covered. For example,[130] assume that a choice of court agreement designating the courts of State X, a non-Contracting State, is concluded between a party resident in Peru and a party resident in Venezuela. If the Peruvian sues the Venezuelan in Venezuela, the Venezuelan court will not be required to apply Article 6 (which might require it to suspend or dismiss the proceedings).[131] If proceedings are brought before the chosen court in State X, courts in Peru or Venezuela will not be required by the Convention to recognise the resulting judgment.[132]

101 **The fifth requirement.** This is that the designation must be for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship. This makes clear that the choice of court agreement can be restricted to, or include, disputes that have already arisen. It can also cover future disputes, provided they relate to a particular legal relationship. The choice of court agreement is not limited to claims in contract, but could, for example, cover claims in tort arising out of a particular relationship. Thus, a choice of court clause in a partnership agreement could cover tort actions between the partners relating to the partnership. Whether this would be so in any particular case would depend on the terms of the agreement.

102 **Agreements deemed exclusive.** Article 3 *b)* lays down the important rule (foreshadowed by the third requirement in paragraph *a)*) that a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State will be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise.[133]

103 The first element of this is that the choice of court agreement may refer either to the courts of a Contracting State in general, or to one or more specific courts in one Contracting State. Thus an agreement designating "the courts of France" is regarded as exclusive for the purposes of the Convention, even though it does not specify *which* court in France will hear the proceedings and even though it does not explicitly exclude the jurisdiction of courts of other States. In such a case, French law will be entitled to decide in which court or courts the action may be brought.[134] Subject to any such rule, the plaintiff may choose any court in France.

104 An agreement referring to a particular court in France – for example, the Commercial Court of Paris – would also be exclusive.[135] The same is true of an agreement that designates two or more specific courts in the same Contracting State – for example, "either the Commercial Court of Paris or the Commercial Court of Lyons". This too would be an exclusive choice of court agreement. An agreement stating that A may sue B only in the Commercial Court of Paris, and that B may sue A only in the Commercial Court of Lyons, would also be an exclusive choice of court agreement under the Convention because it excludes the courts of all other States. The agreement would not, however, be considered exclusive under the Convention if the two courts were in different States.

105 **Asymmetric agreements.** Sometimes a choice of court agreement is drafted to be exclusive as regards proceedings brought by one party but not as regards proceedings brought by the other party. International loan agreements are often drafted in this way. A choice of court clause in such an agreement may provide, "Proceedings by the borrower against the lender may be brought exclusively in the courts of State X; proceedings by the lender against the borrower may be brought in the courts of State X or in the courts of any other State having jurisdiction under its law."

106 It was agreed by the Diplomatic Session that, in order to be covered by the Convention, the agreement must be exclusive irrespective of the party bringing the proceedings. So agreements of the kind referred to in the previous paragraph are not exclusive choice of court agreements for the purposes of the Convention.[136] However, they may be subject to the rules of the Convention on recognition and enforcement if the States in question have made declarations under Article 22.[137]

107 **Meaning of "State" in the case of a non-unified legal system.** The word "State" can have different meanings in relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to a matter dealt with by the Convention – for example, Canada, China, the United Kingdom or the United States. According to Article 25, it can refer, as appropriate, either to the State as a whole – for example, Canada, China, the United Kingdom or the United States – or to a territorial unit within that State – for example, Ontario, Hong Kong, Scotland or New Jersey. Consequently, both a clause designating "the courts of the United States" and a clause designating "the courts of New Jersey" are exclusive choice of court agreements under the Convention.[138]

[127] See Minutes No 2 of the Twentieth Session, Commission II, paras 2 to 10. See para. 142, *infra*.
[128] Merely defending a case on the merits without objecting to jurisdiction would not itself give the court jurisdiction under the Convention, since this would not *designate* that court in terms of Art. 3.
[129] See paras 102 to 104, *infra*.
[130] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.
[131] However, it may suspend or dismiss the proceedings under national law.
[132] However, they may do so under national law.
[133] For what appears to be the first reference to the Convention in any decided case, see *The Hongkong and Shanghai Banking Corporation Limited* v. *Yusuf Suveyke*, 392 F. Supp. 2d 489 (EDNY 2005).
[134] See Art. 5(3) *b)*.
[135] The problems that arise where the chosen court cannot hear the case under internal law are discussed *infra*: see paras 135 *et seq.*
[136] See Minutes No 3 of the Twentieth Session, Commission II, paras 2 to 11.
[137] See paras 240 *et seq.* For examples of other agreements that would not be exclusive for the purposes of the Convention, see para. 109.
[138] A clause designating "the state courts of the state of New Jersey or the federal courts located in that state" would also be an exclusive choice of court agreement.

Hartley/Dogauchi Report

108 **Exemples d'accords exclusifs.** L'article 3 *b)* dispose qu'un accord désignant les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant est réputé exclusif sauf stipulation contraire expresse des parties. De ce fait, les exemples suivants doivent être considérés comme des accords d'élection de for exclusifs[139]:

– « Les tribunaux de l'État X seront compétents pour connaître de procédures dans le cadre du présent contrat. »

– « Les procédures dans le cadre du présent contrat seront engagées devant les tribunaux de l'État X. »

109 **Exemples d'accords non exclusifs.** Les exemples suivants ne seraient pas exclusifs[140]:

– « 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. »

110 **Exigences de forme.** L'alinéa *c)* traite des exigences de forme. Les éléments suivants sont à la fois nécessaires et suffisants en vertu de la Convention : un accord d'élection de for ne relève pas de la Convention[141] s'il ne les remplit pas, mais s'il les remplit, le droit national ne peut imposer aucune autre condition de forme supplémentaire. Ainsi, par exemple, un tribunal d'un État contractant ne peut refuser de donner effet à un accord d'élection de for au motif que :

– il est rédigé dans une langue étrangère[142];

– il n'apparaît pas en caractères gras spéciaux ;

– il est rédigé en petits caractères ; ou

– il n'est pas signé des parties indépendamment du contrat principal[143].

111 L'alinéa *c)* dispose que l'accord d'élection de for doit être conclu ou documenté *i)* « par écrit » ou *ii)* « par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement. »

112 Lorsque l'accord est écrit, sa validité formelle ne dépend pas de sa signature, bien que l'absence d'une signature puisse rendre plus difficile la preuve de l'existence de l'accord. L'autre forme possible vise à couvrir les moyens électroniques de transmission ou de stockage des données. Cela comprend toutes les possibilités normales, à condition que les données puissent être récupérées pour être consultées par la suite. Elle couvre, par exemple, la télécopie et le courrier électronique[144].

113 L'accord doit être conclu sous l'une de ces formes ou *documenté* selon celles-ci. La Conférence a rejeté l'expression « *evidenced in writing* » dans le texte anglais en faveur de « *documented in writing* » au motif que l'expression « *evidenced in writing* » aurait pu donner l'impression que l'article 3 *c)* constituait une règle d'établissement de la preuve. En parallèle, la Conférence a rejeté l'expression « confirmé par écrit » dans le texte français en faveur de « documenté par écrit » au motif que l'expression « confirmé par écrit » aurait pu donner l'impression que la règle faisait référence à un élément de volonté.

114 Si l'accord était oral et qu'une partie l'a matérialisé par écrit, il est indifférent que ce soit celle qui en a bénéficié – par exemple, parce qu'il visait les tribunaux de son pays. Dans tous les cas, cependant, il doit y avoir eu un consentement des deux parties au même accord oral initial.

115 L'article 3 *d)* dispose qu'un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat doit être considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. En conséquence, la validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif de l'invalidité du contrat dont il fait partie : la validité de l'accord d'élection de for doit être déterminée de manière autonome, selon les critères fixés par la Convention[145]. Il est donc possible pour le tribunal élu de juger que le contrat n'est pas valable sans priver de sa validité l'accord d'élection de for. Par contre, bien entendu, il est aussi possible que le motif d'invalidité du contrat s'applique également à l'accord d'élection de for : tout dépend des circonstances et de la loi applicable.

Article 4 – Autres définitions

116 **« Jugement ».** L'article 4 comporte deux autres définitions. La première, à l'article 4(1), est celle du terme « jugement ». Il est largement défini afin de couvrir toute décision sur le fond, quelle que soit sa dénomination, y compris un jugement par défaut[146]. Il exclut une ordonnance de procédure, mais couvre la fixation des frais et dépens (même rendue par un greffier plutôt que par un juge), à condition qu'elle concerne un jugement susceptible d'être reconnu ou exécuté en vertu de la Convention. Il ne couvre pas une décision accordant une mesure provisoire ou conservatoire, car ce n'est pas une décision sur le fond[147].

117 **« Résidence ».** L'article 4(2) définit le terme de résidence à l'égard d'une entité ou personne autre qu'une personne physique. La définition a vocation à s'appliquer principalement aux personnes morales, et sera expliquée sur cette base[148].

118 La notion de résidence joue un rôle dans l'article 1(2) (définition d'une situation « internationale » aux fins de la compétence), dans l'article 20 (certaines exceptions à la reconnaissance et à l'exécution), et dans l'article 26 (rapport

[139] Cette liste n'est pas exhaustive. Pour des exemples d'accords non exclusifs, voir *supra*, para. 104 *in fine*, para. 105, 106 et 109.
[140] Cette liste n'est pas exhaustive.
[141] Dans certains États contractants, la loi pourra fixer des exigences de forme moins rigides pour les accords d'élection de for. Elle pourra même ne fixer aucune exigence de forme. La Convention n'interdit pas à un tribunal situé dans un tel État de donner effet aux accords d'élection de for qui sont valables en vertu de son droit, même s'ils ne remplissent pas les conditions de forme de l'art. 3 *c)*. Par ex., si l'accord d'élection de for est valable selon le droit national du tribunal élu, ce tribunal pourra connaître du litige même si les conditions de forme de l'art. 3 *c)* ne sont pas remplies. Toutefois, les tribunaux d'autres États contractants ne seraient pas tenus par l'art. 6 de la Convention de s'abstenir de connaître de procédures couvertes par un tel accord d'élection de for, ni ne seraient tenus par l'art. 8 de la Convention d'exécuter et de reconnaître le jugement.
[142] À condition qu'il y ait néanmoins consentement.
[143] Dans certains systèmes juridiques, il pourrait s'agir d'exigences du droit national.
[144] La formulation de cette disposition est inspirée de l'art. 6(1) de la *Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique* de 1996.
[145] Voir les art. 5(1), 6 et 9.
[146] Il recouvrirait une décision d'un office des brevets exerçant une fonction quasi-juridictionnelle.
[147] Sur les mesures provisoires, voir l'art. 7.
[148] Un État ou autorité publique d'un État ne seraient résidents que sur le territoire de cet État.

108 **Examples of exclusive agreements.** Article 3 *b)* provides that an agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State is deemed to be exclusive unless the parties expressly provide otherwise. As a result, the following must be regarded as exclusive choice of court agreements:[139]

– "The courts of State X shall have jurisdiction to hear proceedings under this contract."

– "Proceedings under this contract shall be brought before the courts of State X."

109 **Examples of non-exclusive agreements.** The following would not be exclusive:[140]

– "The courts of State X shall have non-exclusive jurisdiction to hear proceedings under this contract."

– "Proceedings under this contract may be brought before the courts of State X, but this shall not preclude proceedings before the courts of any other State having jurisdiction under its law."

– "Proceedings under this contract may be brought before court A in State X or court B in State Y, to the exclusion of all other courts."

– "Proceedings against A may be brought exclusively at A's residence in State A; proceedings against B may be brought exclusively at B's residence in State B."

110 **Formal requirements.** Paragraph *c)* deals with formal requirements. These are both necessary and sufficient under the Convention: a choice of court agreement is not covered by the Convention if it does not comply with them,[141] but, if it does, no further requirements of a formal nature may be imposed under national law. Thus, for example, a court of a Contracting State cannot refuse to give effect to a choice of court agreement because:

– it is written in a foreign language;[142]

– it is not in special bold type;

– it is in small type; or

– it is not signed by the parties separately from the main agreement.[143]

111 Paragraph *c)* provides that the choice of court agreement must be concluded or documented either *i)* "in writing" or *ii)* "by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference".

112 Where the agreement is in writing, its formal validity is not dependent on its being signed, though the lack of a signature might make it more difficult to prove the existence of the agreement. The other possible form is intended to cover electronic means of data transmission or storage. This includes all normal possibilities, provided that the data is retrievable so that it can be referred to and understood on future occasions. It covers, for example, e-mail and fax.[144]

113 The agreement must either be concluded in one or other of these forms or it must be *documented* in them. The Conference rejected the phrase "evidenced in writing" in the English text in favour of "documented in writing" on the ground that "evidenced in writing" might give the impression that Article 3 *c)* constituted a rule of evidence. In parallel, the Conference rejected the phrase "*confirmé par écrit*" in the French text in favour of "*documenté par écrit*" on the ground that "*confirmé par écrit*" might give the impression that the rule referred to an element of intention.

114 If the agreement was oral and one party put it into writing, it does not matter if he was the one who benefited from it – for example, because the chosen court was in his State. In all cases, however, there must have been consent by both parties to the original oral agreement.

115 Article 3 *d)* provides that an exclusive choice of court agreement that forms part of a contract must be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. Accordingly, the validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract of which it forms part is not valid: the validity of the choice of court agreement must be determined independently, according to the criteria set out in the Convention.[145] Thus, it is possible for the designated court to hold the contract invalid without depriving the choice of court agreement of validity. On the other hand, of course, it is also possible for the ground on which the contract is invalid to apply equally to the choice of court agreement: it all depends on the circumstances and the applicable law.

Article 4 – Other definitions

116 **"Judgment".** Article 4 contains two further definitions. The first, in Article 4(1), is of "judgment". This is widely defined so as to cover any decision on the merits, regardless of what it is called, including a default judgment.[146] It excludes a procedural ruling, but covers an order as to costs or expenses (even if given by an officer of the court, rather than by a judge) provided it relates to a judgment that may be recognised or enforced under the Convention. It does not cover a decision to grant interim relief (provisional and protective measures), as this is not a decision on the merits.[147]

117 **"Residence".** Article 4(2) defines "residence" with regard to an entity or person other than a natural person. The definition is primarily intended to apply to corporations and will be explained on this basis.[148]

118 The concept of residence plays a role in Article 1(2) (definition of an "international" case for the purpose of jurisdiction), Article 20 (certain exceptions to recognition and enforcement) and Article 26 (relationship with other interna-

[139] This list is not exhaustive. For examples of non-exclusive agreements see *supra*, para. 104 (last sentence), paras 105, 106 and 109.
[140] This list is not exhaustive.
[141] In some Contracting States, the law may lay down less rigid formal requirements for choice of court agreements. It may even lay down no formal requirements at all. The Convention does not preclude a court in such a State from giving effect to choice of court agreements that are valid under its law, even if they do not meet the requirements of Art. 3 *c)*. For example, if the choice of court agreement is valid under the national law of the chosen court, that court may hear the case even if the formal requirements of Art. 3 *c)* are not satisfied. However, the courts of other Contracting States would not be required under Art. 6 of the Convention to refrain from hearing proceedings covered by such a choice of court agreement, nor would they be obliged under Art. 8 of the Convention to recognise and enforce the judgment.
[142] Provided there is still consent.
[143] In some legal systems, these might be requirements of internal law.
[144] The wording of this provision was inspired by Art. 6(1) of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996.
[145] See Art. 5(1), 6 and 9.
[146] It would cover a decision by a patent office exercising quasi-judicial functions.
[147] On interim relief, see Art. 7.
[148] A State or a public authority of a State would be resident only in the territory of that State.

avec d'autres instruments internationaux). Elle pourrait également jouer un rôle dans le cadre de l'article 19.

119 Le problème auquel la Session diplomatique était confrontée pour définir la résidence des personnes autres que les personnes physiques consistait à réconcilier les différentes visions des pays de *common law* et de droit civil, ainsi que celles existant au sein des pays de droit civil[149].

120 Dans la *common law*, la loi du lieu de constitution est traditionnellement considérée comme étant importante pour trancher les questions relatives aux affaires internes de la personne morale[150]. C'est le système juridique qui lui donne naissance et la dote de la personnalité morale. Aux fins de la compétence, cependant, le lieu du principal établissement et le lieu de l'administration centrale sont également importants[151]. Ce dernier est le centre administratif de la personne morale, le lieu où les décisions les plus importantes sont prises. Le lieu du principal établissement est le centre de ses activités économiques. Bien que normalement situés en un même lieu, ils peuvent être différents. Par exemple, une société minière dont le siège central est à Londres (administration centrale) pourrait exercer son activité minière en Namibie (principal établissement). Les trois concepts étant tous importants en *common law*, la Convention dispose qu'une personne morale est résidente dans chacun de ces trois lieux.

121 Bien que certains systèmes de droit civil considèrent également la loi du lieu de constitution comme loi personnelle de la personne morale[152], l'opinion dominante tend vers la loi du siège social. Le lieu du siège social est également considéré comme étant le domicile de la personne morale. Il existe cependant deux avis sur la manière de définir le siège social. Selon le premier, on examine l'acte juridique selon lequel la personne morale a été constituée (les statuts de la personne morale). Celui-ci indiquera où se trouve le siège social. Le siège social ainsi déterminé est dit « siège statutaire ».

122 Le siège statutaire peut cependant ne pas être le véritable quartier général de la personne morale. Le second avis considère qu'il faut rechercher le lieu où la société a en fait son administration centrale, parfois appelé « siège réel ». Cela correspond au concept de *common law* de lieu de l'administration centrale.

123 Afin de couvrir tous les points de vue, il a donc été nécessaire d'inclure le siège statutaire, traduit en anglais par « *statutory seat* ». Cependant, ce terme ne fait pas référence au siège de la personne morale qui résulterait d'une disposition législative (« *statute* »)[153], mais tel qu'il résulte des statuts, le document comportant la constitution de la société – par exemple, les *articles of association* (statuts d'une société). En *common law*, le plus proche équivalent est « *registered office* »[154]. En pratique, l'État où la personne morale a son siège statutaire sera presque toujours l'État selon la loi duquel elle a été constituée ou formée, alors que l'État où elle a son administration centrale sera généralement celui où elle a son principal établissement. Par contre, il n'est pas rare qu'une société soit constituée dans un État – par exemple au Panama – et ait son administration centrale et son principal établissement dans un autre.

[149] Pour une étude comparative de ces questions, voir S. Rammeloo, *Corporations in Private International Law*, Oxford University Press 2001, chapitres 4 et 5.
[150] Pour l'Angleterre, voir A. Dicey, J. Morris & L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14e éd., 2006, par L. Collins et rédacteurs spécialistes, Sweet and Maxwell, Londres, Règles 160(1) et 161 (p. 1335 à 1344). Pour les États-Unis d'Amérique, voir *First National City Bank* c. *Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 621 ; 103 S. Ct. 2591 ; 77 L. Ed. 2d 46 (1983).
[151] Pour le droit anglais, voir A. Dicey, J. Morris & L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14e éd., 2006, par L. Collins et rédacteurs spécialistes, Sweet and Maxwell, Londres, Règle 160(2) (p. 1336).
[152] Par ex., le Japon et les Pays-Bas.
[153] Le terme français « loi » correspond à l'anglais « *statute* ».
[154] Pour le Royaume-Uni et l'Irlande, voir le Règlement de Bruxelles, art. 60(2).

Article 5 – Compétence du tribunal élu

124 L'article 5 est l'une des dispositions clés de la Convention. Un accord d'élection de for serait peu utile si le tribunal élu ne connaissait pas de l'affaire lorsque le litige lui est soumis. Pour cette raison, l'article 5(1) dispose qu'un tribunal désigné dans un accord exclusif d'élection de for est compétent pour trancher un litige auquel l'accord d'élection de for s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de l'État du tribunal désigné. En vertu de l'article 5(2), le tribunal élu n'est pas autorisé à refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal[155] d'un autre État[156] devrait connaître du litige.

125 **Nullité.** La disposition « nullité » est la seule exception d'application générale au principe selon lequel le tribunal élu doit connaître de l'affaire[157]. La question de savoir si l'accord est nul est tranchée selon le droit de l'État du tribunal élu. L'expression « droit de l'État » inclut les règles de conflit de lois de cet État[158]. Ainsi, si le tribunal élu considère que le droit d'un autre État devrait être appliqué selon ses règles de conflit de lois, il appliquera ce droit. Cela pourrait se produire, par exemple, lorsqu'en vertu des règles de conflit de lois du tribunal élu, la question de la validité de l'accord d'élection de for est tranchée selon le droit régissant le contrat dans son ensemble – par exemple, la loi désignée par les parties dans une clause d'élection de la loi applicable.

126 La disposition « nullité » ne s'applique qu'aux causes matérielles (non formelles) de nullité. Elle vise principalement les motifs généralement reconnus tels que la fraude, l'erreur, le dol, la violence et l'incapacité[159]. Elle ne constitue pas une réserve ou une restriction aux exigences de forme de l'article 3 *c)*, qui définissent les accords d'élection de for relevant de la Convention et ne laissent aucune place au droit national en ce qui concerne la forme.

127 **Refus d'exercer la compétence.** L'article 5(2) dispose que le tribunal élu n'est pas autorisé à refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige. Cette disposition renforce l'obligation établie à l'article 5(1). Cependant, l'article 5(2) ne s'applique qu'à l'égard d'un tribunal d'un autre État, et non d'un tribunal du même État[160].

128 **Signification du terme « État » à l'article 5(2).** Quel est le sens du terme « État » dans ce contexte ? Dans le cas d'un État comportant un ressort unique, il n'y a pas de difficultés. Par contre, lorsque l'État est composé d'un certain nombre de territoires soumis à des systèmes de droit différents, tels que les États-Unis d'Amérique, le Canada ou le Royaume-Uni, la réponse est moins évidente. Selon l'article 25(1) *c)* de la Convention, une référence « au tribunal ou aux tribunaux d'un État » vise, le cas échéant, le tribunal ou les tribunaux de

[155] L'obligation de connaître du litige ne sera pas enfreinte lorsqu'un tribunal refuse d'exercer sa compétence au motif que le litige devrait être tranché par un arbitre.
[156] Dans les versions antérieures de la Convention, notamment celle figurant dans le Doc. trav. No 1 de 2005, il était indiqué, dans ce qui était alors l'art. 6, que si son droit interne en disposait ainsi, le tribunal élu était autorisé (mais non contraint) à surseoir à statuer ou se dessaisir en vue d'obtenir une décision sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle auprès d'un tribunal de l'État d'enregistrement. (La disposition était plus complexe que cela et existait en plusieurs versions, mais c'est là l'essentiel de sa signification.) Elle a été supprimée parce qu'elle a été jugée inutile, et non du fait d'un changement de politique. La Session diplomatique a demandé que cela soit explicité dans le Rapport explicatif : voir les Procès-verbaux de la Vingtième session, Commission II : le Procès-verbal No 20, para. 29 et 30, et le Procès-verbal No 24, para. 19, 21 et s.
[157] Pour une autre exception applicable dans des circonstances particulières, voir l'art. 19.
[158] Si cela n'avait pas été le but recherché, le texte aurait utilisé l'expression « droit interne de l'État ».
[159] La capacité peut comprendre la capacité des organismes publics à conclure des accords d'élection de for. Aux art. 6 *b)* et 9 *b)*, l'incapacité est traitée séparément parce qu'il a été jugé souhaitable que le droit du tribunal saisi et le droit du tribunal élu soient *tous deux* appliqués : voir para. 150. À l'art. 5, par contre, le tribunal saisi *est* le tribunal élu ; il n'est donc pas nécessaire de la traiter séparément.
[160] Au sujet du renvoi d'affaires entre les tribunaux d'un même État, voir l'art. 5(3) *b)*, discuté au para. 139, *infra*.

tional instruments). It might also have a role to play under Article 19.

119 The problem faced by the Diplomatic Session in defining the residence of entities other than natural persons was to reconcile the different conceptions of the common law and civil law countries, as well as those within the civil law countries.[149]

120 In the common law, the law of the place of incorporation is traditionally regarded as important for deciding issues relating to the internal affairs of the corporation.[150] It is the legal system that gives birth to it and endows it with legal personality. For jurisdictional purposes, however, the principal place of business and the place of its central management are also important.[151] The latter is the administrative centre of the corporation, the place where the most important decisions are taken. The principal place of business is the centre of its economic activities. Though normally in the same place, these two could be different. For example, a mining company with its headquarters in London (central administration) might carry on its mining activity in Namibia (principal place of business). Since all three concepts are important in the common law, the Convention provides that a corporation is resident in all three places.

121 Although some civil law systems also look to the law of the place of incorporation as the personal law of the company,[152] the dominant view favours the law of the "corporate seat" (*siège social*). The place of the corporate seat is also regarded as the domicile of the corporation. However, there are two views as to how the corporate seat is to be determined. According to the first view, one looks to the legal document under which the corporation was constituted (the *statut* of the corporation). This will state where the corporate seat is. The corporate seat thus determined is called the *siège statutaire*.

122 The *siège statutaire* may not, however, be the actual corporate headquarters. The second view is that one should look to the place where the company in fact has its central administration, sometimes called the *siège réel*. This corresponds to the common-law concept of the place of central administration.

123 To cover all points of view, it was thus necessary to include the *siège statutaire*, which is translated into English as "statutory seat". However, this term does not refer to the corporation's seat as laid down by some statute (legislation)[153] but as laid down by the *statut*, the document containing the constitution of the company – for example, the articles of association. In the common law, the nearest equivalent is "registered office".[154] In practice, the State where the corporation has its statutory seat will almost always be the State under whose law it was incorporated or formed; while the State where it has its central administration will usually be that in which it has its principal place of business. On the other hand, it is not uncommon for a company to be incorporated in one State – for example, Panama – and to have its central administration and principal place of business in another.

[149] For a comparative discussion of these matters, see S. Rammeloo, *Corporations in Private International Law*, Oxford University Press 2001, Chapters 4 and 5.
[150] For England, see A. Dicey, J. Morris & L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14th ed., by L. Collins & specialist editors, Sweet and Maxwell, London 2006, Rules 160(1) and 161 (pp. 1335–1344); for the United States of America, see *First National City Bank* v. *Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 621; 103 S. Ct. 2591; 77 L. Ed. 2d 46 (1983).
[151] For English law, see A. Dicey, J. Morris & L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14th ed., by L. Collins & specialist editors, Sweet and Maxwell, London 2006, Rule 160(2) (p. 1336).
[152] For example, Japan and the Netherlands.
[153] The French for "statute" is "*loi*".
[154] For the United Kingdom and Ireland, see the Brussels Regulation, Art. 60(2).

***Article 5** – Jurisdiction of the chosen court*

124 Article 5 is one of the "key provisions" of the Convention. A choice of court agreement would be of little value if the chosen court did not hear the case when proceedings were brought before it. For this reason, Article 5(1) provides that a court designated by an exclusive choice of court agreement has jurisdiction to decide a dispute to which the choice of court agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of the State of the court designated. Under Article 5(2), the chosen court is not permitted to decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided by a court[155] in another State.[156]

125 **Null and void.** The "null and void" provision is the only generally applicable exception to the rule that the chosen court must hear the case.[157] The question whether the agreement is null and void is decided according to the law of the State of the chosen court. The phrase "law of the State" includes the choice-of-law rules of that State.[158] Thus, if the chosen court considers that the law of another State should be applied under its choice-of-law rules, it will apply that law. This could occur, for example, where under the choice-of-law rules of the chosen court, the validity of the choice of court agreement is decided by the law governing the contract as a whole – for example, the law designated by the parties in a choice-of-law clause.

126 The "null and void" provision applies only to substantive (not formal) grounds of invalidity. It is intended to refer primarily to generally recognised grounds like fraud, mistake, misrepresentation, duress and lack of capacity.[159] It does not qualify, or detract from, the form requirements in Article 3 *c)*, which define the choice of court agreements covered by the Convention and leave no room for national law as far as form is concerned.

127 **Declining jurisdiction.** Article 5(2) provides that the chosen court is not permitted to decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State. This provision reinforces the obligation laid down in Article 5(1). However, Article 5(2) applies only with regard to a court in another State, not to a court in the same State.[160]

128 **Meaning of "State" under Article 5(2).** What is meant by "State" in this context? In the case of a State containing a single law-district, there is no problem. Where, on the other hand, the State contains a number of territories subject to different systems of law, such as the United States of America, Canada or the United Kingdom, the answer is less obvious. Under Article 25(1) *c)* of the Convention, a reference to "the court or courts of a State" means, where appropriate, the court

[155] The requirement to hear the case will not be violated where a court declines jurisdiction on the ground that the dispute should be decided by an arbitrator.
[156] In earlier drafts of the Convention, in particular that contained in Work. Doc. No 1 of 2005, it was stated, in what was then Art. 6, that, if its internal law so provided, the chosen court was permitted (but not obliged) to suspend or dismiss the proceedings before it in order to obtain a ruling on the validity of an intellectual property right from the court of the State of registration. (The provision was more complicated than this and came in various versions, but this conveys the gist of it.) It was deleted because it was regarded as unnecessary, not because of any change of policy. The Diplomatic Session requested that this should be clarified in the Explanatory Report: see Minutes of the Twentieth Session, Commission II: Minutes No 20, paras 29 and 30, Minutes No 24, paras 19, 21 *et seq.*
[157] For another exception that applies in special cases, see Art. 19.
[158] If this had not been the intention, the text would have used the phrase "internal law of the State".
[159] Capacity may include the capacity of public bodies to enter into choice of court agreements. In Art. 6 *b)* and 9 *b)*, lack of capacity is dealt with separately because it was thought desirable that *both* the law of the court seised *and* the law of the chosen court should be applied: see para. 150. In Art. 5, on the other hand, the court seised *is* the chosen court; so there is no need to deal separately with it.
[160] On the transfer of cases between courts in the same State, see Art. 5(3) *b)*, discussed in para. 139, *infra*.

l'unité territoriale considérée[161]. Il s'ensuit que la mention à l'article 5(2) d'un « tribunal d'un autre État » peut être comprise comme visant un tribunal d'une autre unité territoriale le cas échéant.

129 Quand est-il approprié de viser une unité territoriale au sein d'un État ? Cela pourrait dépendre de divers facteurs, y compris la relation entre l'entité la plus étendue (par exemple, le Royaume-Uni) et les sous-ensembles (par exemple, l'Angleterre et l'Écosse) en vertu du droit de l'État en question, mais dans le contexte de l'article 5, le principal est probablement l'accord d'élection de for. S'il vise les « tribunaux d'Angleterre », l'Angleterre serait probablement l'unité territoriale considérée, et l'article 5(2) interdirait au tribunal anglais de refuser d'exercer sa compétence au profit d'un tribunal situé en Écosse : en effet, l'Écosse serait un autre « État » à cet égard. Si par contre l'accord d'élection de for vise « les tribunaux du Royaume-Uni », « État » signifierait probablement le Royaume-Uni, et l'article 5(2) n'interdirait pas à un tribunal en Angleterre de refuser d'exercer sa compétence au profit d'un tribunal en Écosse.

130 Dans le cas des États-Unis d'Amérique, la situation pourrait dépendre de la question de savoir si le tribunal élu est un tribunal d'état[162] ou un tribunal fédéral. Si l'accord d'élection de for visait « les tribunaux de l'état de New York », le terme « État » dans l'article 5(2) désignerait probablement ici l'état de New York, et non les États-Unis d'Amérique. En ce cas, l'article 5(2) interdirait au tribunal de New York de refuser d'exercer sa compétence au profit, par exemple, d'un tribunal du New Jersey.

131 Si la référence visait « les tribunaux des États-Unis », l'article 5(2) n'interdirait pas le renvoi à un tribunal fédéral dans un autre état des États-Unis, car « État » désignerait probablement les États-Unis d'Amérique[163]. Il en serait de même si la référence visait un tribunal fédéral particulier – par exemple, le « Tribunal fédéral de district pour le district sud de New York ». Là encore, « État » désignerait les États-Unis d'Amérique. L'article 5(2) n'interdirait donc pas un renvoi vers un tribunal fédéral de district d'un autre état des États-Unis d'Amérique[164].

132 ***Forum non conveniens.*** Il existe deux principes de droit sur le fondement desquels un tribunal pourrait considérer que le litige devrait être tranché par un tribunal d'un autre État. Le premier est celui de *forum non conveniens*[165]. C'est un principe appliqué principalement par les pays de *common law*[166]. Sa formulation précise varie d'un pays à l'autre, mais on peut dire en général qu'il permet à un tribunal compétent de surseoir à statuer (suspendre) ou se dessaisir de l'instance s'il considère qu'un autre tribunal serait un for plus approprié[167]. Le prononcé d'un sursis ou dessaisissement est discrétionnaire et implique une évaluation de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce. Il s'applique qu'une procédure ait été ou non engagée devant l'autre tribunal (bien qu'il s'agisse là d'un facteur pouvant être pris en compte).

133 **Litispendance.** Le second principe est celui de litispendance. Celui-ci est appliqué principalement par les pays de droit civil. Il impose à un tribunal de surseoir à statuer (suspendre) ou se dessaisir d'une procédure si un autre tribunal a été saisi en premier d'une procédure portant sur la même cause entre les mêmes parties[168]. Il n'est pas discrétionnaire, n'implique pas d'évaluation de facteurs pertinents pour déterminer le for le plus approprié, et ne s'applique que lorsqu'une procédure a déjà été engagée devant l'autre tribunal.

134 L'article 5(2) exclut le recours à l'un ou l'autre de ces principes si le tribunal en faveur duquel serait prononcé un sursis à statuer ou dessaisissement est situé dans un autre État, car selon l'un ou l'autre principe, le tribunal refuserait d'exercer sa compétence « au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige ».

135 **Compétence d'attribution.** L'article 5(3) *a)* dispose que l'article 5 n'affecte pas les règles internes relatives à la compétence d'attribution ou les règles internes de compétence fondées sur le montant de la demande. L'expression « compétence d'attribution » peut avoir diverses significations. En l'occurrence, elle vise la répartition de la compétence entre différents tribunaux du même État sur le fondement de l'objet du litige. Elle ne se préoccupe pas de déterminer l'État dont les tribunaux connaîtront de l'affaire, mais de la question de savoir quel type de tribunal *à l'intérieur* d'un État en connaîtra. Par exemple, il peut exister des juridictions spécialisées pour les questions telles que le divorce, la fiscalité ou les brevets. Une juridiction fiscale spécialisée serait donc dépourvue de compétence d'attribution pour connaître d'une affaire de violation d'un contrat. De sorte que même si les parties concluaient un accord exclusif d'élection de for désignant une telle juridiction, elle ne serait pas tenue en vertu de la Convention de connaître de l'affaire.

136 Dans certains États fédéraux tels que l'Australie, le Canada et les États-Unis d'Amérique, la compétence d'attribution peut également désigner la répartition de compétence entre les tribunaux d'état et fédéraux[169]. En règle générale, on peut dire que les tribunaux d'état disposent d'une compétence d'attribution pour toutes les affaires en l'absence d'une règle particulière qui les en prive. Les tribunaux fédéraux, par contre, ne sont compétents que si une règle particulière leur attribue une compétence. Les parties ne peuvent déroger à ces règles. S'il n'y a pas de compétence d'attribution, un tribunal fédéral ne peut pas connaître de l'affaire, même si les parties se soumettent à sa compétence.

137 Dans certains pays, certaines juridictions ne sont compétentes que si le montant de la demande est supérieur ou inférieur à une certaine somme. Puisqu'il s'agit de la répartition interne de compétence au sein d'un même État, c'est une

[161] Pour la situation à l'égard des Organisations régionales d'intégration économique, telles que la Communauté européenne, voir l'art. 29(4).
[162] Il est rappelé que, dans la Convention et dans le présent Rapport, le terme « état » avec un « e » minuscule vise une unité territoriale d'un État fédéral (par ex., un état des États-Unis d'Amérique) ; « État » avec un « E » majuscule vise un État au sens international.
[163] Le jugement qui en résulte aurait droit à être reconnu ou exécuté en vertu de la Convention, car ce serait un jugement rendu par un tribunal désigné dans l'accord d'élection de for : voir l'art. 8(1).
[164] Cependant, il conviendrait de « dûment prendre en considération » le choix des parties ; voir l'art. 5 (3) *b)*. En ce qui concerne la question de savoir si le jugement résultant aurait droit à la reconnaissance en vertu de la Convention, voir l'art. 8(5).
[165] Voir J. Fawcett (éd.), *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Clarendon Press, Oxford 1995.
[166] Il est en fait apparu en Écosse, un pays de *common law* / droit civil mixte. Il reste applicable à ce jour en Écosse, et a été également adopté dans des ressorts de droit civil tels que le Québec. Pour l'application de ce principe et autres alternatives légales dans le contexte des clauses d'élection de for, voir A. Schulz, « Mécanismes de renvoi des affaires au sein de systèmes fédéraux », Doc. prél. No 23, octobre 2003 à l'intention de la Commission spéciale de décembre 2003, *supra* p. 118, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.
[167] Pour la formulation en droit anglais, voir A. Dicey, J. Morris & L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14e éd, 2006 par L. Collins et rédacteurs spécialistes, Sweet and Maxwell, Londres, Règle 31(2) (p. 461) ; pour la formulation aux États-Unis d'Amérique, voir The American Law Institute, *Second Restatement on Conflict of Laws*, The American Law Institute Publishers, St Paul, Minn. 1971, § 84. Pour une discussion plus détaillée du *forum non conveniens*, avec une référence particulière à ses effets sur les accords d'élection de for, voir R. Brand, « *Forum Selection and Forum Rejection in US Courts : One Rationale for a Global Choice of Court Convention* » in J. Fawcett (éd.), *Reform and Development of Private International Law : Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press 2002, p. 51.
[168] Voir par ex. l'art. 27 du Règlement de Bruxelles, qui impose à tout tribunal autre que le premier saisi à surseoir à statuer d'office et à se déclarer incompétent si la compétence du premier tribunal saisi est établie.
[169] Pour un examen détaillé de la compétence fédérale et d'état en Australie, au Canada et aux États-Unis d'Amérique, voir A. Schulz, « Mécanismes de renvoi des affaires au sein de systèmes fédéraux », Doc. prél. No 23 d'octobre 2003, *supra*, note 166.

Rapport Hartley/Dogauchi

or courts in the relevant territorial unit.[161] From this, it follows that the reference in Article 5(2) to "a court of another State" may be understood as referring to a court of another territorial unit where this is appropriate.

129 When is it appropriate to refer to a territorial unit within a State? This could depend on various factors, including the relationship between the larger entity (for example, the United Kingdom) and the sub-units (for example, England and Scotland) under the law of the State in question, but in the context of Article 5, the most important is probably the choice of court agreement. If it refers to "the courts of England", England would probably be the relevant territorial unit, and Article 5(2) would preclude the English court from declining jurisdiction in favour of a court in Scotland: Scotland would be another "State" for this purpose. If, on the other hand, the choice of court agreement referred to "the courts of the United Kingdom", "State" would probably mean the United Kingdom, and a court in England would not be precluded by Article 5(2) from declining jurisdiction in favour of a court in Scotland.

130 In the case of the United States of America, the position could depend on whether the chosen court was a state[162] court or a federal court. If the choice of court agreement designated "the courts of the state of New York", the word "State" in Article 5(2) would probably refer to the state of New York, not to the United States of America, in which case the New York court would be precluded under Article 5(2) from declining jurisdiction in favour of a court in, say, New Jersey.

131 If the reference was to "the courts of the United States", Article 5(2) would not preclude a transfer to a federal court in a different state of the United States, since "State" would probably mean the United States of America.[163] The same would apply if the reference was to a specific federal court – for example, "the Federal District Court for the Southern District of New York". Here too, "State" would mean the United States of America; consequently, Article 5(2) would not preclude a transfer to a federal court in a different state of the United States of America.[164]

132 ***Forum non conveniens.*** There are two legal doctrines on the basis of which a court might consider that the dispute should be decided in a court of another State. The first is *forum non conveniens.*[165] This is a doctrine mainly applied by common law countries.[166] Its precise formulation varies from country to country, but in general one can say that it permits a court having jurisdiction to stay (suspend) or dismiss the proceedings if it considers that another court would be a more appropriate forum.[167] The granting of a stay or dismissal is discretionary and involves weighing up all relevant factors in the particular case. It applies irrespective of whether or not proceedings have been commenced in the other court (though this is a factor that may be taken into account).

133 ***Lis pendens.*** The second doctrine is that of *lis pendens.* This is applied mainly by civil law countries. It requires a court to stay (suspend) or dismiss proceedings if another court has been seised first in proceedings involving the same cause of action between the same parties.[168] It is not discretionary, does not involve the weighing up of relevant factors to determine the more appropriate court and applies only when proceedings have already been commenced in the other court.

134 Article 5(2) precludes resort to either of these doctrines if the court in whose favour the proceedings would be stayed or dismissed is in another State, since under either doctrine the court would decline to exercise jurisdiction "on the ground that the dispute should be decided in a court of another State."

135 **Subject-matter jurisdiction.** Article 5(3) *a)* provides that Article 5 does not affect internal rules on subject-matter jurisdiction or jurisdictional rules based on the value of the claim. The phrase "subject-matter jurisdiction" can have a variety of meanings. Here it refers to the division of jurisdiction among different courts in the same State on the basis of the subject matter of the dispute. It is not concerned with determining which State's courts will hear the case but with the question what kind of court *within* a State will hear it. For example, specialised courts may exist for matters such as divorce, tax or patents. Thus, a specialised tax court would lack subject-matter jurisdiction to hear an action for breach of contract. So even if the parties concluded an exclusive choice of court agreement designating such a court, it would not be obliged under the Convention to hear the case.

136 In some federated States such as Australia, Canada and the United States of America, subject-matter jurisdiction can also refer to the allocation of jurisdiction between state and federal courts.[169] As a general rule, one can say that state courts have subject-matter jurisdiction in all cases unless there is a specific rule depriving them of jurisdiction. Federal courts, on the other hand, have jurisdiction only if a specific rule grants them jurisdiction. The parties cannot waive these rules. If subject-matter jurisdiction does not exist, a federal court cannot hear the case, even if the parties submit to its jurisdiction.

137 In some countries, certain courts have jurisdiction only if the value of the claim is greater, or less, than a specified amount. Since this concerns the internal allocation of jurisdiction within a single State, it is a question of subject-matter jurisdiction

[161] For the position with regard to Regional Economic Integration Organisations, such as the European Community, see Art. 29(4).
[162] It should be remembered that in the Convention and in this Report, "state" with a lower-case "s" refers to a territorial unit of a federal State (for example, a state in the United States of America); "State" with an upper-case "S" refers to a State in the international sense.
[163] The resulting judgment would be entitled to recognition and enforcement under the Convention, since it would be a judgment given by a court designated in the choice of court agreement: see Art. 8(1).
[164] However, "due consideration" would have to be given to the choice of the parties: see Art. 5(3) *b)*. As to whether the resulting judgment would be entitled to recognition under the Convention, see Art. 8(5).
[165] See J. Fawcett (ed.), *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Clarendon Press, Oxford 1995.
[166] It actually originated in Scotland, a mixed common / civil law country. It still applies in Scotland today and has also been adopted in civil law jurisdictions such as Quebec. For the application of this doctrine and other statutory substitutes in the context of choice of court clauses, see A. Schulz, "Mechanisms for the Transfer of Cases within Federal Systems", Prel. Doc. No 23 of October 2003 for the attention of the Special Commission of December 2003, *supra* p. 119, also available at <www.hcch.net>.
[167] For the formulation in English law, see A. Dicey, J. Morris & L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14th ed., by L. Collins & specialist editors, Sweet and Maxwell, London 2006, Rule 31(2) (p. 461); for the formulation in the United States of America, see The American Law Institute, *Second Restatement on Conflict of Laws*, The American Law Institute Publishers, St Paul, Minn. 1971, § 84. For further discussion of *forum non conveniens*, with special reference to its effect on choice of court agreements, see R. Brand, "Forum Selection and Forum Rejection in US Courts: One Rationale for a Global Choice of Court Convention", in J. Fawcett (ed.), *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press 2002, p. 51.
[168] See, for example, Art. 27 of the Brussels Regulation, which requires any court other than the court first seised to stay its proceedings of its own motion and to decline jurisdiction if the jurisdiction of the court first seised is established.
[169] For a detailed discussion of federal and state jurisdiction in Australia, Canada and the United States of America, see A. Schulz, "Mechanisms for the Transfer of Cases within Federal Systems", Prel. Doc. No 23 of October 2003, *supra* note 166.

Hartley/Dogauchi Report

question de compétence d'attribution telle que définie ci-dessus. Cependant, certains États n'utilisent pas cette terminologie, et l'article 5(3) *a)* vise donc expressément la compétence fondée sur le montant de la demande. Les observations du paragraphe précédent sur la compétence d'attribution s'appliquent ici aussi.

138 **Règles internes de procédure.** Comme indiqué ci-dessus[170], la Convention n'a pas vocation à affecter les règles de procédure interne (y compris les règles issues des juridictions) qui n'ont pas trait à la compétence internationale ou à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Certaines de ces règles pourront interdire à un tribunal de connaître d'affaires dans certaines circonstances. Les règles de compétence d'attribution n'en sont qu'un exemple. Les autres exemples comprennent: les règles interdisant à certaines personnes (telles que les étrangers ennemis en temps de guerre) d'engager des procédures; les règles interdisant l'engagement de procédures à l'encontre de certaines personnes (par exemple, les règles relatives à l'immunité souveraine / immunité des États[171]); les règles interdisant aux tribunaux de connaître de certains litiges (par exemple, le principe de l'*act of state*, tel qu'il est appliqué aux États-Unis d'Amérique); les règles imposant l'engagement de procédures dans un certain délai (qu'elles soient procédurales ou matérielles); et les règles relatives à la capacité d'ester et de se défendre en justice (par exemple, une règle selon laquelle une entité dépourvue de personnalité morale ne peut ester en justice). Certaines de ces questions sont expressément visées par la Convention[172]; d'autres ne le sont pas. Toutefois, même en l'absence d'une mention expresse – il est impossible de tout prévoir – l'article 5 n'a pas vocation à affecter ces autres règles de procédure.

139 **Répartition interne de compétence.** L'article 5(3) *b)* dispose que les paragraphes 1 et 2 de l'article 5 «n'affectent pas les règles relatives à la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant»[173]. Si les parties n'ont pas désigné de tribunal particulier – si par exemple, l'accord d'élection de for désigne simplement «les tribunaux des Pays-Bas» ou «les tribunaux de l'état du New Jersey» – il n'y a pas de raison que les règles normales relatives à la répartition interne de compétence ne s'appliquent pas[174].

140 **Un tribunal particulier.** Même si les parties désignent un tribunal particulier – par exemple, le Tribunal fédéral de district pour le district sud de New York[175] ou le Tribunal de district de Tokyo –, les règles nationales sur la répartition interne de compétence resteront applicables. Toutefois, cela est soumis à la réserve de la dernière phrase de l'alinéa *b)*, qui s'applique lorsque le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'effectuer le renvoi[176] ou non. Cette disposition impose au tribunal élu de prendre dûment en considération le choix des parties: lorsque les parties ont choisi un tribunal particulier, le tribunal ne doit pas passer outre à leur choix sans motif sérieux[177].

[170] Para. 88 à 92.
[171] Voir l'art. 2(6).
[172] Voir par ex. l'art. 2(6).
[173] Il va sans dire que l'art. 5(3) *b)* s'applique également lorsqu'une affaire est renvoyée d'un tribunal siégeant en un lieu au *même* tribunal siégeant en un autre lieu. Cela peut se produire dans certains pays – par ex., le Canada et l'Australie.
[174] Sur l'effet d'un accord exclusif d'élection de for sur le renvoi d'un tribunal d'état vers un tribunal fédéral dans une affaire de diversité en vertu du droit des États-Unis d'Amérique avant la Convention, voir *Dixon* c. *TSE International Inc.*, 330 F. 3d 396 (5th Cir. 2003); *Roberts & Schaefer Co.* c. *Merit Contracting, Inc.*, 99 F. 3d 248 (7th Cir. 1996).
[175] Voir *supra*, para. 136.
[176] Dans le cadre des art. 5(3) et 8(5), le terme de «renvoi» a un sens général: il ne correspond à aucune terminologie utilisée dans quelque système juridique national. Il s'applique chaque fois qu'une instance engagée devant un tribunal est déplacée vers un autre. Cela peut résulter d'une ordonnance du tribunal saisi en premier (par ex. «*transfer*» dans la terminologie de la procédure fédérale des États-Unis d'Amérique) ou d'une ordonnance du tribunal auprès duquel l'affaire est déplacée (par ex. «*removal*» dans la terminologie de la procédure fédérale des États-Unis d'Amérique).
[177] Les effets d'un renvoi sur l'application des art. 6 et 8 sont examinés ci-dessous; voir *infra*, para. 156 à 158 et 175 à 181.

***Article 6** – Obligations du tribunal non élu*

141 L'article 6 est la deuxième disposition clé de la Convention. Comme d'autres dispositions, il ne s'applique que si l'accord d'élection de for est exclusif et uniquement si le tribunal élu est situé dans un État contractant[178]. Il est adressé aux tribunaux dans des États contractants autres que celui du tribunal élu, et leur impose (sauf dans certains cas expressément indiqués) de ne pas connaître de l'affaire, c'est-à-dire, de surseoir à statuer ou se dessaisir du litige, même s'ils sont compétents en vertu de leur droit national. Cette obligation est essentielle pour permettre le respect de la nature exclusive de l'accord d'élection de for.

142 L'article 6 ne s'applique que si les parties au litige sont liées par l'accord d'élection de for. Elles doivent normalement être parties à l'accord, bien que, comme indiqué ci-dessus[179], il existe des circonstances dans lesquelles une personne qui n'est pas partie à l'accord sera néanmoins liée par celui-ci.

143 L'exemple suivant[180] illustre le mode de fonctionnement de la Convention dans les affaires multipartites. Supposons que A, résidant en Allemagne, vende des marchandises à B, résidant au Québec (Canada). Le contrat comporte un accord d'élection de for en faveur des tribunaux allemands. Les marchandises sont livrées au Québec, et B les vend à C, qui est également résident du Québec. Le contrat entre B et C ne comporte pas d'accord d'élection de for. Si C prétend que les marchandises sont défectueuses, il peut poursuivre B au Québec. Il pourrait également poursuivre A (sur le fondement de la responsabilité délictuelle) au Québec (si les tribunaux du Québec sont compétents en vertu de leur propre loi), car l'accord d'élection de for ne lierait pas A et C. Toutefois, si C ne poursuit que B au Québec, et que B souhaite alors appeler A en qualité de tiers intervenant, B ne pourra le faire: l'accord d'élection de for lie A et B. En vertu de l'article 6 de la Convention, le tribunal au Québec devra surseoir à statuer ou se dessaisir de toute procédure engagée par B à l'encontre de A[181]. La Convention prévaudrait donc sur des dispositions de droit interne qui permettraient, en l'absence de la Convention, l'intervention de A au Québec ou permettraient au tribunal d'exercer sa compétence à l'égard de la demande à l'encontre de A.

144 L'article 6 impose au tribunal de surseoir à statuer ou se dessaisir «d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique». Afin de déterminer quels sont les litiges soumis à un tel accord, le tribunal doit l'interpréter. En vertu de l'article 3 *a)* de la Convention, l'accord s'applique aux litiges «nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé». Afin d'interpréter l'accord, le tribunal doit décider quel est ce rapport, et à quels litiges l'accord s'applique. Il doit décider, par exemple, si un accord d'élection de for dans un contrat de prêt s'applique à une demande fondée sur la responsabilité délictuelle de l'emprunteur à l'encontre du bailleur pour avoir obtenu l'exécution du contrat d'une manière prétendument abusive.

145 Si le litige relève d'un accord exclusif d'élection de for, le tribunal doit soit surseoir à statuer soit se dessaisir, à moins que l'une des exceptions ne s'applique.

146 **Cinq exceptions.** L'article 6 établit cinq exceptions à la règle selon laquelle le tribunal doit surseoir à statuer ou se dessaisir. Lorsque l'une des exceptions s'applique, l'interdiction de connaître de l'affaire est levée. La Convention

[178] Cela résulte de la définition d'un «accord exclusif d'élection de for» à l'art. 3 *a)*.
[179] Para. 97.
[180] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties: voir la déclaration ci-dessus, p. 788.
[181] Voir le Procès-verbal No 2 de la Vingtième session, Commission II, para. 11 et 12.

as defined above. However, some States do not use this terminology; so Article 5(3) *a)* refers specifically to jurisdiction based on the value of the claim. The comments in the previous paragraph on subject-matter jurisdiction apply here as well.

138 **Internal procedural rules.** As was said above,[170] it was not intended that the Convention should affect rules of internal procedure (including court-made rules) that are not related to international jurisdiction or the recognition or enforcement of foreign judgments. Some of these rules may preclude a court from hearing cases in certain circumstances. Rules on subject-matter jurisdiction are just one example. Other examples are: rules precluding certain parties (such as enemy aliens in time of war) from bringing proceedings; rules precluding proceedings being brought against certain parties (for example, rules on State / sovereign immunity[171]); rules precluding courts from hearing certain disputes (for example, the act of state doctrine, as applied in the United States of America); rules requiring cases to be brought within a given period of time (whether procedural or substantive); and rules on capacity to sue or be sued (for example, rules that an entity lacking legal personality cannot bring legal proceedings). Some of these matters are expressly mentioned in the Convention;[172] others are not. However, even if they are not expressly mentioned – it is impossible to cover everything – it was not intended that these other rules of procedure should be affected by Article 5.

139 **Internal allocation of jurisdiction.** Article 5(3) *b)* provides that paragraphs 1 and 2 of Article 5 do not "affect the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State."[173] If no specific court is designated by the parties – if, for example, the choice of court agreement refers merely to "the courts of the Netherlands" or "the courts of the state of New Jersey" – there is no reason why the normal rules on the internal allocation of jurisdiction should not apply.[174]

140 **A specific court.** Even if the parties designate a specific court – for example, the Federal District Court for the Southern District of New York[175] or the Tokyo District Court –, national rules on the internal allocation of jurisdiction still apply. However, this is subject to the last sentence in subparagraph *b)*, which applies where the court has discretion as to whether or not it should make the transfer.[176] That provision requires the chosen court to give due consideration to the choice of the parties: where the parties have chosen a specific court, the court should not lightly override their choice.[177]

[170] Paras 88 to 92.
[171] See Art. 2(6).
[172] See, for example, Art. 2(6).
[173] It goes without saying that Art. 5(3) *b)* also applies where a case is transferred from a court sitting in one place to the *same* court sitting in another place. This can occur in certain countries – for example, Canada and Australia.
[174] For the effect of an exclusive choice of court agreement on removal from a state court to a federal court in diversity cases under United States law prior to the Convention, see *Dixon* v. *TSE International Inc.*, 330 F. 3d 396 (5th Cir. 2003); *Roberts & Schaefer Co.* v. *Merit Contracting, Inc.*, 99 F. 3d 248 (7th Cir. 1996).
[175] See *supra*, para. 136.
[176] As used in Art. 5(3) and 8(5), "transfer" has a general meaning: it does not reflect the terminology in use in any national system of law. It applies whenever a case that is begun in one court is moved to another. This can occur following an order by the court first seised (for example, "transfer" in the terminology of United States federal procedure) or following an order by the court to which the case is moved (for example, "removal" in the terminology of United States federal procedure).
[177] The effects of a transfer on the application of Art. 6 and 8 are considered below; see paras 156 to 158 and 175 to 181, *infra*.

Article 6 – Obligations of a court not chosen

141 Article 6 is the second "key provision" of the Convention. Like other provisions, it applies only if the choice of court agreement is exclusive and only if the chosen court is in a Contracting State.[178] It is addressed to courts in Contracting States other than that of the chosen court, and requires them (except in certain specified circumstances) not to hear the case, *i.e.* to suspend or dismiss the proceedings, even if they have jurisdiction under their national law. This obligation is essential if the exclusive character of the choice of court agreement is to be respected.

142 Article 6 applies only if the parties to the proceedings are bound by the choice of court agreement. Normally they must be parties to the agreement, though, as we saw above,[179] there are circumstances in which someone who is not a party to the agreement will nevertheless be bound by it.

143 The following example[180] illustrates how the Convention can work in multi-party cases. Assume that A, who is resident in Germany, sells goods to B, who is resident in Quebec (Canada). The contract contains a choice of court clause in favour of the courts of Germany. The goods are delivered in Quebec, and B sells them to C, who is also resident in Quebec. The contract between B and C contains no choice of court clause. If C claims that the goods are defective, he can sue B in Quebec. He could also sue A (in tort) in Quebec (if the courts of Quebec have jurisdiction under their law), since the choice of court agreement would not be binding between A and C. However, if C sues only B in Quebec, and B then wishes to join A as a third party, B will be unable to do so: the choice of court agreement is binding between A and B. Under Article 6 of the Convention, the court in Quebec will be required to suspend or dismiss any proceedings that B brings against A.[181] The Convention would thus override domestic-law provisions that might, in the absence of the Convention, allow joinder of A in Quebec or permit the court to exercise jurisdiction over the claim against A.

144 Article 6 requires the court to suspend or dismiss "proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies". To determine whether the proceedings are subject to such an agreement, the court must interpret it. Under Article 3 *a)* of the Convention, the agreement applies to disputes "which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship". In interpreting the agreement, the court must decide what that relationship is, and which disputes the agreement applies to. It must decide, for example, whether a choice of court clause in a loan agreement applies to a tort action by the borrower against the lender for enforcing the agreement in an allegedly abusive manner.

145 If the proceedings are covered by an exclusive choice of court agreement, the court must either suspend or dismiss them, unless one of the exceptions applies.

146 **Five exceptions.** Article 6 lays down five exceptions to the rule that the proceedings must be suspended or dismissed. Where one of the exceptions applies, the prohibition against hearing the case is lifted. The Convention does not

[178] This follows from the definition of "exclusive choice of court agreement" in Art. 3 *a)*.
[179] Para. 97.
[180] It will be remembered that in all examples given in this Report, unless explicitly stated otherwise, it is assumed that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.
[181] See Minutes No 2 of the Twentieth Session, Commission II, paras 11 and 12.

n'interdit pas alors au tribunal d'exercer la compétence dont il pourrait disposer selon son propre droit. L'article 6 ne crée toutefois pas de motif de compétence résultant de la Convention, ni *n'impose* au tribunal saisi d'exercer une quelconque compétence résultant de son propre droit: la loi du tribunal saisi détermine s'il est compétent ou non[182], et s'il peut ou non exercer cette compétence[183].

147 Les alinéas *a)* et *b)* de l'article 6 correspondent à la disposition «nullité» de l'article II(3) de la *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* de 1958, alors que les alinéas *d)* et *e)* couvrent le même terrain que les termes «inopérante ou non susceptible d'être appliquée» dans la même disposition de la Convention de New York. L'alinéa *c)* de l'article 6 était nécessaire parce que, en vertu de la Convention, le tribunal saisi mais non élu ne sera normalement pas en mesure d'appliquer son propre droit pour déterminer la validité de l'accord d'élection de for. Il fallait donc faire une exception pour la situation où le fait de donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi. Ces exceptions peuvent sembler plus complexes que celles de la Convention de New York, mais en les examinant de plus près on constate qu'en pratique elles sont semblables à celles de la Convention de New York, et n'ont pas une plus large portée. C'était également l'intention clairement exprimée de la Session diplomatique. La complexité apparente des dispositions tient au fait que la Session diplomatique visait à une clarté et une précision plus grandes que celles constatées dans les dispositions assez schématiques de l'article II(3) de la Convention de New York. Cependant, la jurisprudence résultant de la Convention de New York pourrait apporter des indications utiles pour l'interprétation de la Convention.

148 Les deux premières exceptions – aux alinéas *a)* et *b)* – sont assez courantes, mais les troisième et quatrième – aux alinéas *c)* et *d)* – n'ont vocation à s'appliquer que dans les circonstances les plus exceptionnelles. Si ces deux dernières exceptions étaient appliquées trop largement, tout l'objet de la Convention en serait atteint.

149 **La première exception: nullité.** La première exception concerne la situation où l'accord est nul pour un motif quelconque, y compris l'incapacité, en vertu du droit de l'État du tribunal élu[184]. C'est le pendant de la disposition de l'article 5(1)[185]. Toutefois, si en vertu de l'article 5(1) le tribunal saisi est le tribunal élu selon l'accord des parties et applique son propre droit, dans le cadre de l'article 6 *a)*, le tribunal saisi (mais non élu) n'appliquera pas son propre droit[186]. Cette disposition diverge de la Convention de New York de 1958, qui ne précise pas quel droit doit être appliqué pour déterminer la validité d'une convention d'arbitrage[187]. En précisant le droit applicable, l'article 6 *a)* de la Convention contribue à assurer que le tribunal saisi et le tribunal élu rendent des jugements compatibles au sujet de la validité de l'accord d'élection de for.

150 **La deuxième exception: incapacité.** La deuxième exception concerne la situation où une partie était dépourvue de capacité pour conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi[188]. Là encore, le «droit» comprend les règles de conflit de lois de cet État[189]. Pour décider si l'accord d'élection de for est nul, le droit du tribunal élu doit être appliqué par les tribunaux de tous les États contractants. Dans le cas de la capacité, toutefois, il a été jugé trop ambitieux de prescrire une règle de conflit de lois uniforme pour tous les États contractants en vertu des articles 5, 6 et 9. En conséquence, en vertu de l'article 6 *b)*, le tribunal saisi appliquera en outre à la question de la capacité le droit désigné par ses propres règles de conflit de lois[190]. Comme le défaut de capacité rendrait également l'accord nul au sens de l'article 6 *a)*, cela signifie que la capacité est déterminée *à la fois* selon le droit du tribunal élu *et* selon le droit du tribunal saisi[191]. Si, selon l'un ou l'autre droit, une partie est dépourvue de capacité à conclure l'accord, le tribunal saisi ne sera pas tenu de surseoir à statuer ou de se dessaisir du litige.

151 **La troisième exception (première branche): injustice manifeste.** La troisième exception concerne la situation où donner effet à l'accord aboutirait à une «injustice manifeste» ou serait «manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi». Dans certains systèmes juridiques, la première exception serait considérée comme comprise dans la seconde. Les juristes de ces systèmes tiendraient pour acquis qu'un accord aboutissant à une injustice manifeste serait nécessairement contraire à l'ordre public. Dans le cas de ces systèmes juridiques, la première expression pourrait être redondante. Dans d'autres systèmes juridiques par contre, le concept d'ordre public vise l'intérêt général – l'intérêt de la société dans son ensemble – plutôt que les intérêts d'un individu quelconque, y compris une partie. C'est pourquoi les deux expressions sont nécessaires.

152 L'expression «injustice manifeste» recouvrirait la situation exceptionnelle dans laquelle l'une des parties ne pourrait obtenir un procès équitable dans l'État étranger, éventuellement pour cause de partialité ou corruption, ou lorsqu'il existe d'autres motifs particuliers tenant à cette partie lui interdisant d'engager une procédure ou de se défendre dans une procédure devant le tribunal élu. Elle pourrait également concerner les circonstances particulières entourant la conclusion de l'accord – par exemple, s'il a résulté d'une fraude. Le niveau exigé est censé être élevé: la disposition ne permet pas à un tribunal de ne pas tenir compte d'un accord d'élection de for au seul motif qu'il ne serait pas contraignant en droit interne.

153 **La troisième exception (seconde branche): ordre public.** L'expression «manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi» est destinée à fixer un seuil élevé. Elle vise les normes ou principes fondamentaux de cet État; elle ne permet pas au tribunal saisi de connaître du litige au seul motif que le tribunal élu pourrait enfreindre, d'une manière technique, une règle obligatoire de l'État du tribunal saisi[192]. Comme dans le cas d'une injustice manifeste, le niveau exigé est censé être élevé: la disposition ne permet pas à un tribunal de ne pas tenir compte d'un accord d'élection de for au seul motif qu'il ne serait pas contraignant en droit interne.

154 **La quatrième exception: impossibilité de mise en œuvre.** La quatrième exception concerne la situation où, pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre. Elle a vocation à s'appliquer aux situations où il ne serait pas possible d'engager une procédure devant le tribunal élu. Une impossibilité absolue à cet égard n'est pas requise, mais la situation doit être exceptionnelle. Une situation de guerre dans l'État

[182] Lorsque le tribunal serait de toute manière incompétent en vertu de son propre droit, il n'est pas tenu d'examiner si l'une des exceptions résultant de l'art. 6 est applicable.
[183] Par ex., selon le droit appliqué par le tribunal, il peut être empêché d'exercer sa compétence par une règle de litispendance.
[184] Il est rappelé que «le droit de l'État du tribunal élu» comprend les règles de droit international privé de cet État.
[185] Examinée ci-dessus aux para. 125 et s.
[186] Voir *supra*, note 159.
[187] Voir l'art. II(3).
[188] Aux art. 6 *b)* et 9 *b)*, le terme «partie» désigne l'une des parties initiales à l'accord d'élection de for, et non une autre personne partie à l'instance.
[189] Voir *supra*, para. 125.
[190] Dans les procédures de reconnaissance ou d'exécution, le tribunal requis appliquera également ses propres règles de conflit de lois pour trancher les questions de capacité en vertu de l'art. 9 *b)*: voir *infra*, para. 184.
[191] Voir le Procès-verbal No 8 de la Vingtième session, Commission II, para. 50 à 59.
[192] «L'ordre public» comprend ici l'ordre public international de l'État en cause; voir le Procès-verbal No 9 de la Commission spéciale sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (21 au 27 avril 2004), p. 1 à 3.

then prevent the court from exercising such jurisdiction as it may have under its own law. Article 6 does not, however, create a Convention-based ground of jurisdiction, nor does it *require* the court seised to exercise any jurisdiction that exists under its law: the law of the court seised determines whether or not it has jurisdiction[182] and whether or not it can exercise that jurisdiction.[183]

147 Paragraphs *a)* and *b)* of Article 6 correspond to the "null and void" provision in Article II(3) of the 1958 New York *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, while paragraphs *d)* and *e)* cover the same ground as "inoperative or incapable of being performed" in the same provision of the New York Convention. Paragraph *c)* of Article 6 was necessary because, under the Convention, the court seised but not chosen will not normally be able to apply its own law to determine the validity of the choice of court agreement; an exception therefore had to be made for the case where giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice or would be manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised. These exceptions may seem more complex than those in the New York Convention, but on closer examination it will be seen that they are similar to, and no wider than, those in the New York Convention. This was also the clear intent of the Diplomatic Session. The apparent complexity of the provisions is due to the fact that the Diplomatic Session was aiming for greater clarity and precision than that found in the rather skeletal provisions of Article II(3) of the New York Convention. Nevertheless, case law under the New York Convention could furnish a valuable guide to the interpretation of the Convention.

148 The first two exceptions – in sub-paragraphs *a)* and *b)* – are fairly standard, but the third and fourth – in sub-paragraphs *c)* and *d)* – are intended to apply only in the most exceptional circumstances. If these latter two exceptions were applied too widely, the whole purpose of the Convention would be undermined.

149 **The first exception: null and void.** The first exception is where the agreement is null and void on any ground including incapacity under the law of the State of the chosen court.[184] This is the counterpart of the provision in Article 5(1).[185] However, while under Article 5(1) the court seised will be the chosen court under the parties' agreement and will apply its own law, under Article 6 *a)* the court seised (but not chosen) will not be applying its own law.[186] This is different from the 1958 New York Convention, which does not specify what law must be applied to determine the validity of an arbitration agreement.[187] By specifying the applicable law, Article 6 *a)* of the Convention helps to ensure that the court seised and the chosen court give consistent judgments on the validity of the choice of court agreement.

150 **The second exception: incapacity.** The second exception is where a party lacked capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seised.[188] Here again "law" includes the choice-of-law rules of that State.[189] In deciding whether the choice of court agreement is null and void, the law of the chosen court must be applied by courts in all the Contracting States under Articles 5, 6 and 9. In the case of capacity, however, it was considered too ambitious to lay down a uniform choice-of-law rule for all the Contracting States; accordingly, under Article 6 *b)* the court seised will in addition apply the law designated by its own choice-of-law rules to the issue of capacity.[190] Since lack of capacity would also render the agreement null and void in terms of Article 6 *a)*, this means that capacity is determined *both* by the law of the chosen court *and* by the law of the court seised.[191] If, under either law, a party lacked the capacity to conclude the agreement, the court seised will not be required to suspend or dismiss the proceedings.

151 **The third exception (first limb): manifest injustice.** The third exception is where giving effect to the agreement would lead to a "manifest injustice" or would be "manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised". In some legal systems, the first phrase would be regarded as covered by the second. Lawyers from those systems would consider it axiomatic that an agreement leading to a manifest injustice would necessarily be contrary to public policy. In the case of such legal systems, the first phrase might be redundant. In other legal systems, however, the concept of public policy refers to general interests – the interests of the public at large – rather than the interests of any particular individual, including a party. It is for this reason that both phrases are necessary.

152 The phrase "manifest injustice" could cover the exceptional case where one of the parties would not get a fair trial in the foreign State, perhaps because of bias or corruption, or where there were other reasons specific to that party that would preclude him or her from bringing or defending proceedings in the chosen court. It might also relate to the particular circumstances in which the agreement was concluded – for example, if it was the result of fraud. The standard is intended to be high: the provision does not permit a court to disregard a choice of court agreement simply because it would not be binding under domestic law.

153 **The third exception (second limb): public policy.** The phrase "manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised" is intended to set a high threshold. It refers to basic norms or principles of that State; it does not permit the court seised to hear the case simply because the chosen court might violate, in some technical way, a mandatory rule of the State of the court seised.[192] As in the case of manifest injustice, the standard is intended to be high: the provision does not permit a court to disregard a choice of court agreement simply because it would not be binding under domestic law.

154 **The fourth exception: incapable of performance.** The fourth exception is where for exceptional reasons beyond the control of the parties the agreement cannot reasonably be performed. This is intended to apply to cases where it would not be possible to bring proceedings before the chosen court. It need not be absolutely impossible, but the situation must be exceptional. One example would be where there is a war in

[182] If the court would in any event have no jurisdiction under its own law, it does not have to consider whether any of the exceptions under Art. 6 applies.
[183] For example, according to the law applied by the court, it may be prevented from exercising jurisdiction due to a *lis pendens* rule.
[184] It must be remembered that "the law of the State of the chosen court" includes the choice-of-law rules of that State.
[185] Discussed above at paras 125 *et seq.*
[186] See note 159, *supra.*
[187] See Art. II(3).
[188] In Art. 6 *b)* and 9 *b)*, "party" refers to one of the original parties to the choice of court agreement, not to some other person who is a party to proceedings.
[189] See para. 125, *supra.*
[190] In recognition or enforcement proceedings, the court addressed will also apply its own choice-of-law rules when deciding questions of capacity under Art. 9 *b)*: see *infra*, para. 184.
[191] See Minutes No 8 of the Twentieth Session, Commission II, paras 50 to 59.
[192] Here "public policy" includes the international public policy of the State concerned: see Minutes No 9 of the Special Commission on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (21 to 27 April 2004), pp. 1 to 3.

Hartley/Dogauchi Report

concerné, pendant laquelle ses tribunaux ne fonctionnent pas, en constitue un exemple. Un autre exemple se présenterait si le tribunal élu cesse d'exister ou change si profondément qu'il ne pourrait plus être considéré comme étant le même tribunal. Cette exception pourrait être considérée comme une application du principe de l'impossibilité d'exécution (ou autres semblables), en vertu duquel un contrat est annulé si, du fait d'un changement de circonstances imprévu et fondamental après sa conclusion, il n'est plus possible de l'exécuter[193].

155 **Cinquième exception : le tribunal ne connaît pas du litige.** La cinquième exception concerne la situation dans laquelle le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige. Cela pourrait être considéré comme relevant de la quatrième exception, mais est suffisamment différent pour justifier un traitement distinct. Son but est d'éviter un déni de justice : il faut bien qu'*un* tribunal puisse connaître de l'affaire.

156 **Renvoi de l'affaire.** Il a été expliqué ci-dessus[194] que l'article 5 n'affecte pas les règles de répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant. En vertu de l'article 5(3) *b)*, les tribunaux d'un État contractant peuvent donc renvoyer l'affaire du tribunal devant lequel elle a été engagée à un autre tribunal du même État contractant. Si l'accord d'élection de for visait d'une manière générale les tribunaux de l'État en question (par exemple « les tribunaux suédois »), un renvoi vers un autre tribunal de cet État serait sans conséquence à l'égard de l'article 6. Le jugement serait encore rendu par le tribunal élu, de sorte que l'article 6 *e)* ne serait pas applicable. Si, par contre, l'accord d'élection de for désignait un tribunal particulier de cet État (par exemple « le tribunal de district de Stockholm »), un renvoi à un autre tribunal de ce même État déclencherait l'application de l'article 6 *e)* car le tribunal élu (le tribunal de district de Stockholm) aurait décidé de ne pas connaître du litige.

157 **Premier exemple.** Cette distinction sera explicitée par deux exemples[195]. Dans le premier, les parties choisissent « les tribunaux suédois ». Une partie engage une procédure devant le tribunal de district de Stockholm, et ce tribunal renvoie l'affaire au tribunal de district de Göteborg. Comme ce dernier est également un tribunal suédois, il compte comme tribunal élu. Par conséquent, on ne peut dire que le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige. L'article 6 *e)* ne s'applique pas. Si l'une des parties engageait alors la même instance devant un tribunal russe, l'article 6 imposerait donc au tribunal russe de surseoir à statuer ou se dessaisir.

158 **Second exemple.** Si, par contre, les parties ont choisi « le tribunal de district de Stockholm » qui, lorsque la procédure est engagée devant lui, la renvoie devant le tribunal de district de Göteborg, le tribunal élu aura décidé de ne pas connaître du litige. L'article 6 *e)* serait applicable : le tribunal de district de Göteborg ne serait pas le tribunal élu. Si l'une des parties engageait alors la même instance devant un tribunal russe, l'article 6 n'interdirait donc pas au tribunal russe de connaître du litige[196].

159 Lorsque le tribunal auquel le litige a été renvoyé a rendu son jugement, les articles 8 et 9 déterminent si ce jugement doit être reconnu et exécuté dans les autres États contractants. Lorsqu'un tribunal, en vertu de la seconde phrase de l'article 8(5), est autorisé à refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement d'un tribunal auquel le litige a été renvoyé par le tribunal élu, l'article 6 ne lui interdira pas de connaître lui-même du litige si l'article 6 *e)* est applicable.

Article 7 – Mesures provisoires et conservatoires

160 L'article 7 dispose que les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas régies par la Convention. Il n'interdit ni n'exclut l'octroi, le rejet ou la levée de telles mesures par un tribunal d'un État contractant, ni n'affecte le droit d'une partie de demander de telles mesures. Cela concerne principalement les mesures provisoires destinées à protéger la situation de l'une des parties, dans l'attente du jugement du tribunal élu[197], mais pourrait également recouvrir des mesures accordées après le jugement et destinées à faciliter son exécution. Une décision immobilisant les biens du défendeur en est un exemple évident. Un autre exemple serait une ordonnance temporaire interdisant au défendeur un acte qui est prétendu porter atteinte aux droits du demandeur. Un troisième exemple serait une ordonnance de production d'éléments de preuve en vue de leur utilisation dans la procédure devant le tribunal élu. Toutes ces mesures ont pour but de soutenir l'accord d'élection de for en le rendant plus efficace. Elles contribuent donc à atteindre l'objectif de la Convention. Elles restent néanmoins exclues de son champ d'application.

161 Un tribunal accordant une mesure provisoire et conservatoire le fait selon son propre droit. La Convention n'impose pas que la mesure soit accordée mais n'interdit pas au tribunal de le faire. Les tribunaux d'autres États contractants ne sont pas tenus de la reconnaître ou de l'exécuter ; toutefois, cela ne leur est pas interdit. Tout dépend du droit national.

162 Il va sans dire que le tribunal désigné par l'accord d'élection de for peut accorder toute mesure provisoire qu'il juge appropriée. Si une mesure provisoire – par exemple, une injonction – accordée par ce tribunal est ensuite pérennisée, elle devra recevoir exécution en vertu de la Convention dans les autres États contractants[198]. Si elle n'est que temporaire, elle ne constituera pas un « jugement » au sens de l'article 4(1)[199]. En pareil cas, les tribunaux des autres États contractants pourraient lui donner exécution en vertu de leur droit national, mais ne seraient pas tenus de le faire en vertu de la Convention.

163 Si, après que le tribunal élu a rendu son jugement[200], une procédure est engagée pour la reconnaissance et l'exécution de ce jugement dans un État contractant dans lequel des mesures provisoires ont été accordées, l'État requis sera tenu par l'article 8 de rapporter les mesures provisoires (si elles sont encore en vigueur) dans la mesure où elles sont incompatibles avec les obligations de l'État requis en vertu de la Convention. Par exemple, si un tribunal autre que le tribunal élu accorde une ordonnance d'immobilisation de biens pour protéger un droit auquel prétend le demandeur, mais le tribunal élu rejette cette prétention du demandeur, le tribunal ayant accordé l'ordonnance d'immobilisation de biens doit en ordonner la mainlevée si le jugement du tribunal élu doit être reconnu en vertu de la Convention et qu'il est demandé au tribunal ayant accordé la mesure d'immobilisation de le reconnaître.

[193] En droit allemand, par ex., cela pourrait relever du principe de *Wegfall der Geschäftsgrundlage*.
[194] Voir *supra*, para. 139 et s.
[195] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.
[196] Il pourra décider que son propre droit lui impose de refuser d'exercer sa compétence (litispendance).
[197] La mesure pourrait être accordée avant ou après l'engagement de la procédure devant le tribunal élu.
[198] Art. 8.
[199] Voir *supra*, para. 116.
[200] Il est rappelé qu'en vertu de l'art. 4(1) de la Convention, « jugement » signifie une décision sur le fond.

Rapport Hartley/Dogauchi

the State concerned and its courts are not functioning. Another example would be where the chosen court no longer exists, or has changed to such a fundamental degree that it could no longer be regarded as the same court. This exception could be regarded as an application of the doctrine of frustration (or similar doctrines), under which a contract is discharged if, due to an unanticipated and fundamental change of circumstances after its conclusion, it is no longer possible to carry it out.[193]

155 **The fifth exception: case not heard.** The fifth exception is where the chosen court has decided not to hear the case. This could be regarded as covered by the fourth exception, but it is sufficiently different to deserve separate treatment. Its purpose is to avoid a denial of justice: it must be possible for *some* court to hear the case.

156 **Transfer of the case.** It was explained above[194] that Article 5 does not affect rules on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State. Thus, under Article 5(3) *b)* the courts of a Contracting State can transfer the case from the court in which it was brought to another court in the same Contracting State. If the choice of court agreement referred in general to the courts of the State in question (for example, "the courts of Sweden"), a transfer to another court in that State would have no consequences with regard to Article 6. The judgment would still be given by the chosen court; so Article 6 *e)* would not apply. If, on the other hand, the choice of court agreement referred to a specific court in that State (for example, "the Stockholm district court"), a transfer to another court in the same State would trigger the application of Article 6 *e)*, since the chosen court (the Stockholm district court) would have decided not to hear the case.

157 **First example.** This distinction is made clearer if we give two examples.[195] In the first, the parties choose "the courts of Sweden". One party brings proceedings before the Stockholm district court, and that court transfers the case to the Göteborg district court. Since the latter is also a court of Sweden, it counts as the chosen court. Consequently, one cannot say that the chosen court has decided not to hear the case. Article 6 *e)* does not apply. Therefore, if one party then brings the same case before a court in Russia, the Russian court would be required by Article 6 to suspend or dismiss the proceedings.

158 **Second example.** If, on the other hand, the parties had chosen "the Stockholm district court" and, when proceedings were brought before that court, it had transferred the case to the Göteborg district court, the chosen court would have decided not to hear the case. Article 6 *e)* would apply: the Göteborg district court would not be the chosen court. Therefore, if one of the parties were to commence proceedings in Russia, the Russian court would not be precluded by Article 6 from hearing the case.[196]

159 Where the court to which the case has been transferred has given judgment, Articles 8 and 9 determine whether that judgment must be recognised and enforced in other Contracting States. Where a court is entitled by virtue of the second sentence of Article 8(5) to refuse recognition or enforcement to the judgment of a court to which the case was transferred by the chosen court, it will not be precluded by Article 6 from itself hearing the proceedings if Article 6 *e)* applies.

[193] Under German law, for example, it could be covered by the doctrine of *Wegfall der Geschäftsgrundlage*.
[194] See *supra*, paras 139 *et seq.*
[195] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.
[196] It may decide that its own law requires it to decline jurisdiction (*lis pendens* doctrine).

Article 7 – Interim measures of protection

160 Article 7 states that interim measures of protection are not governed by the Convention. It neither requires nor precludes the grant, refusal or termination of such measures by a court of a Contracting State, nor does it affect the right of a party to request such measures. This refers primarily to interim (temporary) measures to protect the position of one of the parties, pending judgment by the chosen court,[197] though it could also cover measures granted after judgment that are intended to facilitate its enforcement. An order freezing the defendant's assets is an obvious example. Another example is an interim injunction preventing the defendant from doing something that is alleged to be an infringement of the plaintiff's rights. A third example would be an order for the production of evidence for use in proceedings before the chosen court. All these measures are intended to support the choice of court agreement by making it more effective. They thus help to achieve the objective of the Convention. Nevertheless, they remain outside its scope.

161 A court that grants an interim measure of protection does so under its own law. The Convention does not require the measure to be granted but it does not preclude the court from granting it. Courts in other Contracting States are not required to recognise or enforce it; however, they are not precluded from doing so. It all depends on national law.

162 It goes without saying that the court designated in the choice of court agreement can grant any interim measure it thinks appropriate. If an interim measure – for example, an injunction – granted by that court is subsequently made permanent, it will be enforceable under the Convention in other Contracting States.[198] If it is merely temporary, it will not constitute a "judgment" as defined by Article 4(1).[199] In such a case, courts in other Contracting States could enforce it under their national law, but would not be obliged to do so under the Convention.

163 If, after the chosen court has given judgment,[200] proceedings are brought to recognise and enforce that judgment in a Contracting State in which interim measures were granted, the requested State would be required under Article 8 to rescind the interim measures (if they were still in force) to the extent that they were inconsistent with the obligations of the requested State under the Convention. For example, if a court other than that chosen grants an asset-freezing order to protect a right claimed by the plaintiff but the chosen court rules that the plaintiff has no such right, the court that granted the asset-freezing order must lift it where the judgment of the chosen court is subject to recognition under the Convention and the court that granted the asset-freezing order is requested to recognise it.

[197] The measure might be granted either before, or after, proceedings are commenced in the chosen court.
[198] Art. 8.
[199] See para. 116, *supra*.
[200] It must be remembered that, under Art. 4(1) of the Convention, "judgment" means a decision on the merits.

164 L'article 8 est la troisième disposition clé de la Convention. Il dispose qu'un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for est reconnu et exécuté dans les autres États contractants[201]. La première condition et la plus importante pour la reconnaissance et l'exécution est donc l'existence d'un accord exclusif d'élection de for désignant le tribunal d'origine, qui doit être situé dans un État contractant[202]. Il n'est pas nécessaire que le tribunal ait effectivement fondé sa compétence sur l'accord. L'article 8 couvre également les situations où le tribunal d'origine, bien que désigné par un accord exclusif d'élection de for, a fondé sa compétence sur un autre motif, tel que le domicile du défendeur.

165 **Révision au fond.** L'article 8(2) interdit la révision au fond du jugement (bien qu'il autorise une révision limitée pour permettre d'appliquer les dispositions du chapitre III de la Convention). Il s'agit d'une disposition courante dans les conventions de ce type. En son absence, les jugements étrangers pourraient, dans certains pays, être révisés par le tribunal requis comme s'il s'agissait d'une juridiction d'appel connaissant d'un appel depuis le tribunal d'origine.

166 **Constatations de fait.** La seconde phrase de l'article 8(2) dispose que le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut. Dans cette disposition, « compétence » signifie compétence en vertu de la Convention ; l'article 8(2) ne s'applique donc pas lorsque le tribunal d'origine a fondé sa compétence sur un motif autre que l'accord d'élection de for. Lorsque, par contre, le tribunal d'origine a fondé sa compétence sur l'accord d'élection de for, la disposition s'applique aux constatations de fait portant sur la validité formelle ou matérielle de l'accord, y compris la capacité des parties pour le conclure. Ainsi, lorsque le tribunal requis applique par exemple l'article 8(1) et doit décider si le tribunal d'origine a été « désigné dans un accord exclusif d'élection de for », il devra accepter les constatations de fait réalisées par le tribunal d'origine. Toutefois, il ne sera pas lié par sa qualification juridique de ces faits. Par exemple, si le tribunal d'origine a constaté que l'accord d'élection de for a été conclu par un moyen électronique remplissant les conditions de l'article 3 *c) ii)*, le tribunal requis sera lié par la constatation selon laquelle l'accord a été conclu par un moyen électronique. Toutefois, il pourra néanmoins décider que les conditions de l'article 3 *c) ii)* n'ont pas été remplies parce que le degré d'accessibilité n'était pas suffisant pour remplir les conditions de l'article 3 *c) ii)*. Il en serait de même de la question de la capacité en vertu de l'article 9 *b)* : le tribunal requis serait lié par les constatations de fait du tribunal d'origine à cet égard, mais les qualifierait selon son propre droit[203].

167 Il en va différemment des motifs de refus de reconnaissance prévus par les alinéas *c)*, *d)* et *e)* de l'article 9. Ceux-ci ne traitent pas de compétence en vertu de la Convention, mais d'ordre public et d'équité procédurale. Le tribunal requis devra ainsi pouvoir décider par lui-même, conformément à ces alinéas, si le défendeur a reçu notification ; s'il y a eu une fraude ; ou s'il y a eu un procès équitable : une constatation du juge d'origine selon laquelle il n'a pas accepté un pot-de-vin, par exemple, ne saurait lier le tribunal requis[204].

168 Il en est de même à l'égard de l'équité procédurale en vertu de l'alinéa *e)*. Supposons que le défendeur s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution au motif que la procédure est incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de l'État requis. Il prétend ne pas avoir pu se rendre dans l'État d'origine pour défendre sa cause parce qu'il aurait risqué un emprisonnement pour motifs politiques. Une constatation du tribunal selon laquelle c'est faux ne saurait lier le tribunal requis. En ce qui concerne les questions d'équité procédurale, le tribunal requis doit pouvoir décider par lui-même.

169 Le résultat est le suivant : les décisions du tribunal d'origine sur le fond de l'affaire ne peuvent être révisées par le tribunal requis, qu'elles concernent des questions de fait ou de droit. Les décisions du tribunal d'origine concernant la validité et la portée de l'accord d'élection de for ne peuvent pas être révisées dans la mesure où elles concernent des questions de fait[205] ; les décisions du tribunal d'origine concernant les motifs de refus en vertu des alinéas *c)*, *d)* et *e)* ne lient pas le tribunal requis, qu'elles concernent le fait ou le droit.

170 **« Reconnaissance » et « exécution ».** L'article 8(3) dispose qu'un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine. Cela soulève la distinction entre la reconnaissance et l'exécution. La reconnaissance signifie que le tribunal requis donne effet à la détermination des droits et obligations juridiques réalisée par le tribunal d'origine. Par exemple, si le tribunal d'origine juge que le demandeur avait, ou n'avait pas, un certain droit, le tribunal requis accepte qu'il en soit ainsi[206]. L'exécution signifie l'application des procédures juridiques du tribunal requis afin d'assurer que le défendeur se conforme au jugement rendu par le tribunal d'origine. Ainsi, si le tribunal d'origine juge que le défendeur doit verser 1000 euros au demandeur, le tribunal requis assurera que les fonds sont remis au demandeur. Comme cela serait juridiquement indéfendable si le défendeur n'était pas redevable de 1000 euros envers le demandeur, une décision d'exécution du jugement doit logiquement être précédée ou accompagnée de la reconnaissance du jugement. Par contre, la reconnaissance n'est pas nécessairement accompagnée ou suivie d'une exécution. Par exemple, si le tribunal d'origine a jugé que le défendeur ne devait aucune somme au demandeur, le tribunal requis pourra simplement reconnaître cette constatation. Si le demandeur poursuit le défendeur à nouveau avec cette même prétention devant le tribunal requis, la reconnaissance du jugement étranger suffira à régler l'affaire.

171 À la lumière de cette distinction, il est facile de comprendre pourquoi l'article 8(3) indique qu'un jugement ne sera reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine. Produire ses effets signifie qu'il est juridiquement valable et opérant. S'il ne produit pas ses effets, il ne constituera pas une détermination valable des droits et obligations des parties. Ainsi, s'il ne produit pas ses effets dans l'État d'origine, il ne devrait être reconnu en vertu de la Convention dans aucun autre État contractant. En outre, s'il cesse de produire ses effets dans l'État d'origine, le jugement ne devrait pas par

[201] Toutefois, il était entendu par la Session diplomatique qu'un État contractant n'est pas tenu d'exécuter un jugement accordant une mesure non pécuniaire qui n'est pas autorisée par son système juridique. Néanmoins, il devra donner au jugement étranger tout l'effet possible en vertu de son droit interne. Voir *supra*, para. 89.

[202] La situation où le tribunal élu renvoie l'affaire à un autre tribunal du même État contractant est traitée par l'art. 8(5).

[203] Toutefois, dans l'application de l'art. 9 *a)*, le tribunal requis serait lié non seulement par les constatations de fait en vertu de l'art. 8(2) mais également par la qualification (positive) du tribunal d'origine quant à la validité de l'accord d'élection de for, voir *infra*, para. 183.

[204] Il en est de même d'une constatation d'une juridiction d'appel selon laquelle le juge en première instance ne s'est pas rendu coupable de corruption.

[205] Toutefois, dans l'application de l'art. 9 *a)*, le tribunal requis serait lié non seulement par les constatations de fait en vertu de l'art. 8(2) mais également par la qualification (positive) du tribunal d'origine quant à la validité de l'accord d'élection de for, voir *infra*, para. 183.

[206] Si le tribunal d'origine a rendu un jugement déclaratif concernant l'existence ou l'inexistence d'un rapport de droit particulier entre les parties, le tribunal requis accepte ce jugement comme tranchant les questions qui lui sont soumises.

164 Article 8 is the third "key provision" in the Convention. It states that a judgment given by a court in a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement must be recognised and enforced in other Contracting States.[201] The first and most important condition for recognition and enforcement is, therefore, the existence of an exclusive choice of court agreement designating the court of origin, which must be in a Contracting State.[202] It is not necessary that the court actually based its jurisdiction on the agreement. Article 8 also covers situations where the court of origin, though designated in an exclusive choice of court agreement, based its jurisdiction on some other ground, such as the domicile of the defendant.

165 ***Révision au fond.*** Article 8(2) prohibits review as to the merits of the judgment (though it permits such limited review as is necessary to apply the provisions of Chapter III of the Convention). This is a standard provision in conventions of this kind. Without it, foreign judgments might in some countries be reviewed by the court addressed as if it were an appellate court hearing an appeal from the court of origin.

166 **Findings of fact.** The second sentence of Article 8(2) provides that the court addressed is bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default. In this provision, "jurisdiction" means jurisdiction under the Convention; therefore, Article 8(2) does not apply where the court of origin based its jurisdiction on some ground other than the choice of court agreement. Where, on the other hand, the court of origin based its jurisdiction on the choice of court agreement, the provision applies to findings of fact that relate to the formal or substantive validity of the agreement, including the capacity of the parties to conclude it. Thus, when the court addressed is applying, *e.g.*, Article 8(1) and has to determine whether the court of origin was "designated in an exclusive choice of court agreement", it will have to accept findings of fact made by the court of origin. It will not, however, have to accept its legal evaluation of those facts. For example, if the court of origin found that the choice of court agreement was concluded by electronic means that satisfy the requirements of Article 3 *c) ii)*, the court addressed is bound by the finding that the agreement was concluded by electronic means. However, it may, nevertheless, decide that Article 3 *c) ii)* was not satisfied because the degree of accessibility was not sufficient to meet the requirements of Article 3 *c) ii)*. The same rule would apply to the question of capacity under Article 9 *b)*: the court addressed would be bound by the findings of fact which the court of origin made on this issue, but it would evaluate these facts under its own law.[203]

167 The position is different with regard to the grounds of non-recognition laid down in sub-paragraphs *c)*, *d)* and *e)* of Article 9. These are not concerned with jurisdiction under the Convention, but with public policy and procedural fairness. Thus, the court addressed must be able to decide for itself, in accordance with these sub-paragraphs, whether the defendant was notified; whether there was fraud; or whether there was a fair trial: a finding by the judge of origin that he did not take a bribe, for example, cannot be binding on the court addressed.[204]

168 The same is true with regard to procedural fairness under sub-paragraph *e)*. Assume that the defendant resists recognition and enforcement on the ground that the proceedings were incompatible with the fundamental principles of procedural fairness of the requested State. He claims that he was not able to go to the State of origin to defend the case because he would have been in danger of imprisonment on political grounds. A finding by the court of origin that this was not true cannot be binding on the court addressed. Where matters of procedural fairness are concerned, the court addressed must be able to decide for itself.

169 The result is as follows: rulings by the court of origin on the merits of the case cannot be reviewed by the court addressed, irrespective of whether they relate to questions of fact or law; rulings by the court of origin on the validity and scope of the choice of court agreement cannot be reviewed in so far as they relate to questions of fact;[205] rulings by the court of origin on the grounds for refusal under sub-paragraphs *c)*, *d)* and *e)* are not binding on the court addressed, irrespective of whether they relate to fact or law.

170 **"Recognition" and "enforcement".** Article 8(3) provides that a judgment will be recognised only if it has effect in the State of origin, and will be enforced only if it is enforceable in the State of origin. This raises the distinction between recognition and enforcement. Recognition means that the court addressed gives effect to the determination of the legal rights and obligations made by the court of origin. For example, if the court of origin held that the plaintiff had, or did not have, a given right, the court addressed accepts that this is the case.[206] Enforcement means the application of the legal procedures of the court addressed to ensure that the defendant obeys the judgment given by the court of origin. Thus, if the court of origin rules that the defendant must pay the plaintiff 1000 euros, the court addressed will ensure that the money is handed over to the plaintiff. Since this would be legally indefensible if the defendant did not owe 1000 euros to the plaintiff, a decision to enforce the judgment must logically be preceded or accompanied by the recognition of the judgment. In contrast, recognition need not be accompanied or followed by enforcement. For example, if the court of origin held that the defendant did not owe any money to the plaintiff, the court addressed may simply recognise this finding. Therefore, if the plaintiff sues the defendant again on the same claim before the court addressed, the recognition of the foreign judgment will be enough to dispose of the case.

171 In the light of this distinction, it is easy to see why Article 8(3) says that a judgment will be recognised only if it has effect in the State of origin. Having effect means that it is legally valid and operative. If it does not have effect, it will not constitute a valid determination of the parties' rights and obligations. Thus, if it does not have effect in the State of origin, it should not be recognised under the Convention in any other Contracting State. Moreover, if it ceases to have effect in the State of origin, the judgment should not there-

[201] However, it was understood by the Diplomatic Session that a Contracting State is not obliged to enforce a judgment for a non-monetary remedy if this is not possible under its legal system. Nevertheless, it should give the foreign judgment the maximum effect that is possible under its internal law. See para. 89, *supra*.

[202] The position where the chosen court transfers the case to another court in the same Contracting State is dealt with by Art. 8(5).

[203] When applying Art. 9 *a)*, however, the court addressed would not only be bound by the findings of fact under Art. 8(2) but also by the (positive) legal evaluation of the court of origin as to the validity of the choice of court agreement, see *infra*, para. 182.

[204] The same applies to a finding by an appeal court that the first instance judge was not guilty of corruption.

[205] When applying Art. 9 *a)*, however, the court addressed would not only be bound by the findings of fact under Art. 8(2) but also by the (positive) legal evaluation of the court of origin as to the validity of the choice of court agreement, see *infra*, para. 182.

[206] If the court of origin rendered a declaratory judgment on the existence or non-existence of a particular legal relationship between the parties, the court addressed accepts that judgment as determining the issues before it.

la suite être reconnu en vertu de la Convention dans les autres États contractants[207].

172 De même, si le jugement n'est pas exécutoire dans l'État d'origine, il ne devrait pas être exécuté ailleurs en vertu de la Convention. Bien entendu, il est possible que le jugement produise ses effets dans l'État d'origine sans y être exécutoire. Le caractère exécutoire peut être suspendu pendant une procédure d'appel (de plein droit ou sur décision du tribunal). En pareil cas, l'exécution ne sera pas possible dans les autres États contractants jusqu'à ce que la question soit réglée dans l'État d'origine. En outre, si le jugement cesse d'être exécutoire dans l'État d'origine, il ne devrait pas par la suite être exécuté dans un autre État contractant en vertu de la Convention[208].

173 **Jugements faisant l'objet d'un recours.** L'article 8(4) dispose que la reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer un recours ordinaire[209] n'est pas forclos[210]. Cela signifie que le tribunal requis peut différer ou refuser la reconnaissance ou l'exécution si et tant que le jugement est susceptible d'être annulé ou réformé par une autre juridiction de l'État d'origine. Il n'est cependant pas tenu de le faire[211]. Certains tribunaux pourront préférer exécuter le jugement[212]. S'il est par la suite infirmé dans l'État d'origine, le tribunal requis rapportera l'exécution. Il peut être demandé au créancier du jugement de fournir une garantie afin d'assurer que le débiteur du jugement ne subira pas de préjudice.

174 L'article 8(4) offre la possibilité au tribunal requis de suspendre le processus d'exécution ou de refuser l'exécution du jugement. Il poursuit en indiquant toutefois que si le tribunal requis choisit cette dernière option, cela n'empêchera pas une nouvelle demande d'exécution, une fois clarifiée la situation dans l'État d'origine. Dans cette situation, le refus signifie donc un rejet sans préjudice pour l'avenir.

175 **Instances renvoyées.** L'article 8(1) dispose que le jugement doit avoir été rendu par un tribunal désigné dans un accord d'élection de for. On se rappelle que l'article 5(3) *b)* autorise le renvoi d'une affaire du tribunal devant lequel elle est engagée vers un autre tribunal du même État contractant. Comme expliqué ci-dessus[213], cela ne soulève aucune difficulté si l'accord d'élection de for a désigné les tribunaux d'un État contractant en général (par exemple « les tribunaux suédois »). Si, toutefois, il a désigné un tribunal particulier (par exemple, « le tribunal de district de Stockholm ») et que ce tribunal renvoie l'affaire vers un autre tribunal (par exemple, le tribunal de district de Göteborg), un jugement de ce dernier ne sera pas un jugement rendu par le tribunal élu : il ne relèvera pas des termes de l'article 8(1).

176 L'article 8(5) dispose cependant que l'article s'applique également à un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant à la suite d'un renvoi[214] de l'affaire comme l'autorise l'article 5(3). L'application de l'article 8 est ainsi étendue à ces situations. Toutefois, l'article 8(5) poursuit en indiquant que lorsque le tribunal élu avait le pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire, la reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée à l'égard d'une partie qui s'était opposée au renvoi en temps opportun dans l'État d'origine. Dans les cas où cette réserve s'applique, l'extension de l'article 8 n'est plus opérante.

177 La réserve ne s'applique que lorsque le tribunal élu avait le pouvoir discrétionnaire d'effectuer le renvoi. Dans certains pays, le renvoi doit être effectué dans certains cas, et le tribunal concerné n'a pas de pouvoir discrétionnaire. La réserve ne s'applique pas dans ces cas. Dans d'autres pays, toutefois, le tribunal devant lequel la procédure a été engagée a le pouvoir discrétionnaire de décider si le renvoi doit être effectué ou non. Cette décision est souvent prise pour la commodité des parties et des témoins, dans l'intérêt de la justice[215]. En pareil cas, les parties ont normalement le droit de s'opposer au renvoi, et les tribunaux des autres États contractants ne sont pas tenus de reconnaître ou d'exécuter le jugement à l'encontre d'une partie qui s'y est opposée en temps opportun[216]. Par contre, bien entendu, la Convention n'impose pas aux autres États contractants de refuser la reconnaissance ou l'exécution.

178 **Premier exemple.** Le demandeur engage une procédure devant le tribunal élu et le défendeur demande le renvoi vers un tribunal autre que le tribunal élu. Le demandeur s'oppose à cette requête, mais le renvoi est accordé. Le tribunal auquel l'affaire est renvoyée rend son jugement en faveur du défendeur et condamne le demandeur aux dépens. Il ne sera pas nécessaire de reconnaître ou d'exécuter cette décision à l'encontre du demandeur en vertu de la Convention.

179 **Deuxième exemple.** Le demandeur engage une procédure devant le tribunal élu et le défendeur demande le renvoi vers un tribunal autre que le tribunal élu. Le demandeur s'y oppose, mais le renvoi est accordé. Le tribunal auquel l'affaire est renvoyée rend son jugement en faveur du demandeur et lui accorde des dommages et intérêts. Le jugement est soumis à la reconnaissance et à l'exécution en vertu de la Convention.

180 **Troisième exemple.** Le demandeur engage une procédure devant le tribunal élu et le tribunal renvoie l'affaire d'office vers un tribunal autre que le tribunal élu. Le défendeur s'y oppose, mais pas le demandeur. Le tribunal auquel l'affaire est renvoyée rend son jugement en faveur du demandeur et lui accorde des dommages et intérêts. Il ne sera pas néces-

[207] Lors de la Dix-neuvième session diplomatique de juin 2001, le texte suivant a été inséré, entre crochets, à l'art. 25 de l'avant-projet de Convention 1999 : « Le jugement visé au paragraphe premier est reconnu dès que et aussi longtemps qu'il produit ses effets dans l'État d'origine. » La Vingtième session diplomatique qui s'est tenue en juin 2005 a entendu donner la même signification au texte actuel.

[208] Lors de la Dix-neuvième session diplomatique de juin 2001, le texte suivant a été inséré, entre crochets, à l'art. 25 de l'avant-projet de Convention 2000 : « Le jugement visé aux paragraphes précédents est exécutoire dès que et aussi longtemps qu'il est exécutoire dans l'État d'origine. » La Vingtième session diplomatique qui s'est tenue en juin 2005 a entendu donner la même signification au texte actuel.

[209] Le « recours ordinaire » n'est pas un concept connu de la plupart des systèmes de *common law*. Il recouvre toutes les formes d'appel courantes. Pour une étude, voir le rapport de Peter Schlosser sur la *Convention d'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni du 9 octobre 1978 à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JO 1979 C 59, p. 71, para. 195 à 204.

[210] En matière d'exécution, cette règle ne sera appliquée que si l'exécution du jugement n'a pas été suspendue dans l'État d'origine en raison de l'appel. Si elle a été suspendue, c'est la règle de l'art. 8(3) qui sera applicable. Voir *supra*, para. 172. Pour la reconnaissance, voir *supra*, para. 171.

[211] Cela résulte de l'utilisation du terme « peut » au lieu de « doit » dans l'art. 8(4). Dans certains systèmes de droit, cela suffira pour permettre aux tribunaux d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de différer ou refuser la reconnaissance ou non. Dans les systèmes de droit où ce n'est pas le cas, une législation pourrait être adoptée pour permettre aux tribunaux d'exercer une discrétion à cet égard. La discrétion permise par l'art. 8(4) pourrait également être exercée par le législateur ; en ce cas, la législation elle-même indiquerait si, et dans quelles circonstances, les tribunaux différeraient ou refuseraient la reconnaissance.

[212] Cela suppose que le jugement reste exécutoire dans l'État d'origine.

[213] Para. 156 à 158.

[214] Dans le cadre des art. 5 et 8, le terme de « renvoi » a un sens général : il ne correspond à la terminologie utilisée dans aucun système juridique national. Il s'applique chaque fois qu'une instance engagée devant un tribunal est déplacée vers un autre. Cela peut résulter d'une ordonnance du tribunal saisi en premier (par ex. « *transfer* » dans la terminologie de la procédure fédérale des États-Unis d'Amérique) ou d'une ordonnance du tribunal auprès duquel l'affaire est déplacée (par ex. « *removal* » dans la terminologie de la procédure fédérale des États-Unis d'Amérique).

[215] Voir par ex. la disposition permettant le renvoi d'une affaire d'un tribunal fédéral de district vers un autre aux États-Unis d'Amérique : 28 *United States Code* § 1404(a).

[216] Si l'une des parties s'est opposée et pas l'autre, il ne sera pas nécessaire de reconnaître et d'exécuter le jugement à l'encontre de la première des parties, mais ce sera le cas à l'encontre de cette dernière. De sorte que tout pourrait dépendre de la question de savoir si l'opposition est le fait de la partie ayant gain de cause ou de la partie ayant succombé. Il a été convenu par la Session diplomatique que, si l'effet du jugement devant être reconnu ou exécuté ne peut être divisé en un jugement à l'encontre de la partie A (qui s'oppose au renvoi et demande la reconnaissance et l'exécution) et un autre à l'encontre de la partie B (qui ne s'oppose pas au renvoi et à l'encontre de laquelle la reconnaissance et l'exécution sont recherchées) conformément au droit de certains pays, le jugement dans son ensemble peut recevoir reconnaissance ou exécution en vertu de l'art. 8(5).

after be recognised under the Convention in other Contracting States.[207]

172 Likewise, if the judgment is not enforceable in the State of origin, it should not be enforced elsewhere under the Convention. It is of course possible that the judgment will be effective in the State of origin without being enforceable there. Enforceability may be suspended pending an appeal (either automatically or because the court so ordered). In such a case, enforcement will not be possible in other Contracting States until the matter is resolved in the State of origin. Moreover, if the judgment ceases to be enforceable in the State of origin, it should not thereafter be enforced in another Contracting State under the Convention.[208]

173 **Judgments subject to review.** Article 8(4) provides that recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review[209] has not expired.[210] This means that the court addressed may postpone or refuse recognition or enforcement if, and as long as, the judgment might be set aside or amended by another court in the State of origin. It is not, however, obliged to do this.[211] Some courts might prefer to enforce the judgment.[212] If it is subsequently set aside in the State of origin, the court addressed will rescind the enforcement. The judgment-creditor may be required to provide security to ensure that the judgment-debtor is not prejudiced.

174 Article 8(4) gives the court addressed the option of either suspending the enforcement process or refusing to enforce the judgment. It goes on to provide, however, that if the court addressed chooses the latter option, that will not prevent a new application for enforcement once the situation in the State of origin is clarified. Here, therefore, refusal means dismissal without prejudice.

175 **Proceedings transferred.** Article 8(1) provides that the judgment must have been given by a court designated in an exclusive choice of court agreement. It will be remembered that Article 5(3) *b)* permits a case to be transferred from the court in which the proceedings were brought to another court in the same Contracting State. As was explained above,[213] this causes no problem if the choice of court agreement designated the courts of a Contracting State in general (for example, "the courts of Sweden"). However, if it designated a particular court (for example, "the Stockholm district court"), and that court transfers the case to another court (for example, the Göteborg district court), a judgment by the latter will not be a judgment given by the designated court: it will not come within the terms of Article 8(1).

176 Article 8(5), however, provides that Article 8 also applies to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer[214] of the case as permitted by Article 5(3). The application of Article 8 is thus extended to cover such cases. However, Article 8(5) goes on to say that, where the chosen court had discretion to transfer the case, recognition or enforcement of the judgment may be refused against a party who objected to the transfer in a timely manner in the State of origin. Where this proviso applies, the extension of Article 8 no longer operates.

177 The proviso applies only where the chosen court had discretion to make the transfer. In some countries, a transfer must be made in certain circumstances, and the court concerned has no discretion. The proviso will not apply in such cases. In other countries, however, the court before which the proceedings are brought has discretion as to whether or not the transfer should be made. Often it is done for the convenience of parties and witnesses, in the interests of justice.[215] In such cases, the parties normally have the right to object to the transfer, and courts in other Contracting States are not required to recognise or enforce the judgment against a party who made an objection at the appropriate time.[216] On the other hand, of course, the Convention does not require other Contracting States to refuse recognition or enforcement.

178 **First example.** The plaintiff sues in the chosen court and the defendant requests transfer to a court that has not been chosen. The plaintiff objects, but the transfer is made. The court to which the case is transferred finds for the defendant and awards costs against the plaintiff. Such an order does not have to be recognised or enforced against the plaintiff under the Convention.

179 **Second example.** The plaintiff sues in the chosen court and the defendant requests transfer to a court that has not been chosen. The plaintiff objects, but the transfer is made. The court to which the case is transferred finds for the plaintiff and awards him damages. The judgment is subject to recognition and enforcement under the Convention.

180 **Third example.** The plaintiff sues in the chosen court and the court transfers the case of its own motion to a court that has not been chosen. The defendant objects, but the plaintiff does not. The court to which the case is transferred finds for the plaintiff and awards him damages. The judgment does

[207] At the Nineteenth Diplomatic Session held in June 2001, the following text was inserted, in square brackets, into Art. 25 of the preliminary draft Convention 1999: "A judgment referred to in paragraph 1 shall be recognised from the time, and for as long as, it produces its effects in the State of origin." The current text was intended by the Twentieth Diplomatic Session held in June 2005 to have the same meaning.

[208] At the Nineteenth Diplomatic Session held in June 2001, the following text was inserted, in square brackets, into Art. 25 of the preliminary draft Convention 1999: "A judgment referred to in the preceding paragraphs shall be enforceable from the time, and for as long as, it is enforceable in the State of origin." The current text was intended by the Twentieth Diplomatic Session held in June 2005 to have the same meaning.

[209] "Ordinary review" is not a concept known to most common law systems. It covers all ordinary forms of appeal. For a discussion, see the Report by Peter Schlosser on the *Convention of Accession of 9 October 1978 of the Kingdom of Denmark, of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ 1979 C 59, p. 71, at paras 195 to 204.

[210] In enforcement cases, this rule will be applied only if enforcement of the judgment has not been suspended in the State of origin by reason of the appeal. If it has been suspended, the rule in Art. 8(3) will be applicable: see para. 171, *supra*. On recognition see para. 171, *supra*.

[211] This is indicated by the use of "may" instead of "shall" in Art. 8(4). In some legal systems, this will be sufficient to enable courts to exercise their discretion whether or not to postpone or refuse recognition. In legal systems where this is not the case, legislation could be adopted to permit courts to exercise discretion in this regard. The discretion permitted under Art. 8(4) could also be exercised by the legislator, in which case the legislation itself would specify whether and, if so, in what circumstances, courts would postpone or refuse recognition.

[212] This assumes that the judgment is still enforceable in the State of origin.

[213] Paras 156 to 158.

[214] As used in Art. 5 and Art. 8, "transfer" is a general term and does not refer to the terminology of any national system of law. It applies whenever a case that is begun in one court is moved to another. This can occur following an order by the court first seised (for example, "transfer" in the terminology of United States federal procedure) or following an order by the court to which the case is moved (for example, "removal" in the terminology of United States federal procedure).

[215] See, for example, the provision allowing transfer of a case from one federal district court to another in the United States: 28 United States Code § 1404(a).

[216] If one party objected and the other did not, the judgment would not have to be recognised and enforced against the former but would have to be against the latter. So everything might depend on whether it was the successful or the unsuccessful party that objected. It was agreed by the Diplomatic Session that, if the effect of the judgment to be recognised or enforced cannot be divided into one against party A (being the party objecting to the transfer and requesting recognition and enforcement) and one against party B (being the party not objecting to the transfer and against whom recognition and enforcement is sought) in accordance with the laws of some countries, the judgment as a whole can be recognised or enforced under Art. 8(5).

saire de reconnaître ou d'exécuter le jugement à l'encontre du défendeur en vertu de la Convention.

181 Il faut souligner enfin que la réserve à l'article 8(5) ne s'applique que lorsque le jugement n'a pas été rendu par le tribunal élu. Si le tribunal auquel l'affaire est renvoyée compte également comme tribunal élu – par exemple, lorsque l'accord d'élection de for désigne les tribunaux de l'État d'origine en général (« les tribunaux suédois ») sans préciser un tribunal particulier –, l'article 8(5) n'entrera pas en jeu : le jugement aura été rendu par le tribunal désigné et l'affaire relèvera de l'article 8(1). En pareil cas, il ne saurait être question de refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement au motif que l'affaire a été renvoyée.

Article 9 – Refus de reconnaissance ou d'exécution

182 **Sept exceptions.** Si l'article 8 établit le principe de la reconnaissance et de l'exécution, l'article 9 indique les exceptions à celui-ci. Il y en a sept, figurant aux alinéas *a)* à *f)*[217]. Lorsqu'elles s'appliquent, la Convention n'exige pas du tribunal requis la reconnaissance et l'exécution, bien qu'elle ne les lui interdise pas[218].

183 **Première exception : nullité.** Les deux premières exceptions sont le pendant de celles de l'article 6 *a)* et *b)*. L'alinéa *a)* indique que la reconnaissance ou l'exécution peut être refusée si l'accord était nul pour un motif quelconque, y compris l'incapacité, en vertu du droit de l'État du tribunal élu[219]. Il ajoute toutefois « à moins que celui-ci n'ait constaté que l'accord est valable », indiquant ainsi que le tribunal requis ne peut substituer son jugement à celui du tribunal élu[220]. L'objet de cette disposition est d'éviter les décisions contradictoires relatives à la validité de l'accord entre États contractants différents : ils sont tous tenus d'appliquer le droit de l'État du tribunal élu, et doivent respecter toute décision à cet égard prise par ce tribunal.

184 **Deuxième exception : incapacité.** La deuxième exception, exposée à l'alinéa *b)*, suit la formulation de l'article 6 *b)*. Dans l'article 9 *b)* comme dans l'article 6 *b)*, la capacité est déterminée selon la loi du for (y compris ses règles de conflit de lois). Toutefois, le for est différent entre ces deux cas : dans l'article 6 *b)* c'est un tribunal devant lequel une procédure incompatible avec l'accord est engagée ; dans l'article 9 *b)* il s'agit du tribunal auquel la reconnaissance ou l'exécution du jugement du tribunal élu est demandée. Comme indiqué précédemment, il a été jugé trop ambitieux de chercher à unifier les règles de conflit de lois en matière de capacité. L'argument présenté au paragraphe 150 ci-dessus est applicable ici aussi : comme le défaut de capacité rendrait également l'accord nul aux termes de l'article 9 *a)*, la capacité est déterminée à la fois par le droit du tribunal élu et par le droit du tribunal saisi : l'accord d'élection de for est nul si une partie[221] est dépourvue de capacité en vertu de l'un ou l'autre droit[222].

185 **Troisième exception : notification.** La troisième exception, exposée à l'alinéa *c)*, permet de refuser la reconnaissance si le défendeur n'a pas reçu une notification appropriée[223]. Deux règles sont en cause : la première, exposée à l'alinéa *c) i)*, traite des intérêts du défendeur ; la seconde, exposée à l'alinéa *c) ii)*, traite des intérêts de l'État de notification[224].

186 **Protection du défendeur.** L'alinéa *c) i)* établit un critère purement factuel[225] pour assurer que le défendeur a reçu une notification appropriée. Il indique que le tribunal requis peut refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense. Toutefois, du fait de la proposition commençant par « à moins que... » à l'article 9 *c) i)*, cette règle ne s'applique pas si le défendeur a comparu et présenté sa défense sans contester la notification, même s'il a disposé d'un délai insuffisant pour lui permettre d'organiser sa défense. Cette disposition a pour but d'interdire au défendeur de soulever des questions au stade de l'exécution qu'il aurait pu soulever lors de la procédure initiale. En pareil cas, le recours évident pour lui serait de demander un report d'audience. S'il ne le fait pas, il ne devrait pas avoir le droit de soulever l'absence d'une notification appropriée comme motif de non-reconnaissance du jugement[226].

187 **Protection de l'État de notification.** 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. Il n'aura rien fait de mal. Certains 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 procédure devant être suivie[227]. 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 *c) ii)* tient compte de ce point de vue en disposant que le tribunal requis peut refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement si l'assignation a été notifiée au défendeur dans l'État requis d'une manière incompatible avec les principes fondamentaux de l'État requis relatifs à la signification de documents. Contrairement aux autres motifs de refus de reconnaissance, l'alinéa *c) ii)* ne s'applique qu'à la reconnaissance ou l'exécution du jugement dans l'État où la signification a eu lieu.

[217] Pour d'autres exceptions, voir les art. 8(5), 10 et 11. Voir également l'art. 20.
[218] Cela résulte de l'utilisation du terme « peut » au lieu de « doit » dans le chapeau de l'art. 9. Dans certains systèmes de droit, cela suffirait pour permettre aux tribunaux d'exercer un pouvoir discrétionnaire de refuser la reconnaissance ou non. Lorsque ce n'est pas le cas, l'État concerné pourrait adopter une législation prévoyant des règles déterminant si, et dans quelles circonstances, de tels jugements doivent recevoir reconnaissance et exécution – dans les limites autorisées par l'art. 9, bien entendu.
[219] Le droit de l'État du tribunal élu comprend les règles de conflit de lois de cet État ; voir *supra*, para. 125.
[220] Le fait que le tribunal d'origine a rendu un jugement n'implique pas nécessairement qu'il a jugé valable l'accord d'élection de for : il a pu se déclarer compétent pour un autre motif autorisé par son droit interne.
[221] Aux art. 6 *b)* et 9 *b)*, le terme « partie » désigne l'une des parties initiales à l'accord d'élection de for, et non une autre personne partie à l'instance.
[222] Voir le Procès-verbal No 8 de la Vingtième session, Commission II, para. 50 à 59.
[223] La notion de « notification » au sens de l'art. 9 *c)* est de nature générale et factuelle. Il ne s'agit pas d'un concept de technique juridique.
[224] L'art. 9 *c)* traite uniquement de la question de savoir si le *tribunal requis* peut ou non refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement. Le tribunal d'origine appliquera son propre droit procédural, y compris les conventions internationales sur la signification des actes en vigueur pour l'État en question et applicables au cas d'espèce. Ces règles, qui pourraient imposer la réalisation de la signification en conformité avec le droit de l'État où elle a lieu, ne sont pas affectées par l'art. 9 *c)*. Toutefois, sauf dans la mesure limitée autorisée par l'art. 9 *c) ii)*, le tribunal requis ne peut pas refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement au motif que la signification n'était pas conforme au droit de l'État où elle a eu lieu, au droit de l'État d'origine ou aux conventions internationales sur la signification des actes.
[225] Voir les Procès-verbaux de la Vingtième session, Commission II : le Procès-verbal No 9, para. 98, le Procès-verbal No 11, para. 27, et le Procès-verbal No 24, para. 28.
[226] Cette règle ne s'applique pas s'il n'était pas possible de contester la notification devant le tribunal d'origine.
[227] 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* en est l'exemple le plus important. Voir également le Règlement (CE) No 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, JO 2000 L 160, p. 37.

not have to be recognised or enforced against the defendant under the Convention.

181 It should finally be emphasised that the proviso in Article 8(5) applies only where the judgment was not given by the designated court. If the court to which the case was transferred also counts as the designated court – for example, where the choice of court agreement designated the courts of the State of origin in general ("the courts of Sweden"), without specifying a particular court – Article 8(5) will not come into operation: the judgment will have been given by the designated court and the case will fall under Article 8(1). In such a case, there can be no question of not recognising or enforcing the judgment on the ground that the case was transferred.

Article 9 – Refusal of recognition or enforcement

182 **Seven exceptions.** While Article 8 lays down the principle of recognition and enforcement, Article 9 sets out exceptions to it. There are seven of these, in sub-paragraphs *a)* to *f)*.[217] Where they apply, the Convention does not require the court addressed to recognise or enforce the judgment, though it does not preclude it from doing so.[218]

183 **The first exception: null and void.** The first two exceptions mirror those in Article 6 *a)* and *b)*. Sub-paragraph *a)* states that recognition or enforcement may be refused if the agreement was null and void on any ground including incapacity under the law of the State of the chosen court.[219] However, it adds, "unless the chosen court has determined that the agreement is valid", thus indicating that the court addressed may not substitute its judgment for that of the chosen court.[220] The purpose of this is to avoid conflicting rulings on the validity of the agreement among different Contracting States: they are all required to apply the law of the State of the chosen court, and they must respect any ruling on the point by that court.

184 **The second exception: incapacity.** The second exception, set out in sub-paragraph *b)*, follows the wording of Article 6 *b)*. In both Article 9 *b)* and Article 6 *b)*, capacity is determined by the law of the forum (including its choice-of-law rules). However, the forum is different in the two cases: in Article 6 *b)* it is a court before which proceedings inconsistent with the agreement are brought; in Article 9 *b)* it is the court asked to recognise or enforce the judgment of the chosen court. As mentioned previously, it was thought too ambitious to attempt to unify choice-of-law rules on capacity. The point made in paragraph 150, above, applies here too: since lack of capacity would also make the agreement null and void in terms of Article 9 *a)*, capacity is determined both by the law of the chosen court and by the law of the court seised: the choice of court agreement is null and void if a party[221] lacked capacity under either law.[222]

185 **The third exception: notification.** The third exception, set out in sub-paragraph *c)*, permits non-recognition if the defendant was not properly notified.[223] Two rules are involved: the first, laid down in sub-paragraph *c) i)*, is concerned with the interests of the defendant; the second, laid down in sub-paragraph *c) ii)*, is concerned with the interests of the State of notification.[224]

186 **Protection of the defendant.** Sub-paragraph *c) i)* lays down a purely factual test[225] to ensure that the defendant was properly notified. It states that the court addressed may refuse to recognise or enforce the judgment if the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence. However, because of the clause beginning "unless" in Article 9 *c) i)*, this rule does not apply if the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification, even if he had insufficient time to prepare his case properly. This is to stop the defendant raising issues at the enforcement stage that he could have raised in the original proceedings. In such a situation, the obvious remedy would be for him to seek an adjournment. If he fails to do this, he should not be entitled to put forward the lack of proper notification as a ground for non-recognition of the judgment.[226]

187 **Protection of the State of notification.** Many States, including the major common-law countries, have no objection to the service of a foreign writ on their territory without any participation of their authorities. They see it simply as a matter of conveying information. Thus if a foreign lawyer wants to serve a foreign writ in England, he can fly to London, take a taxi to the defendant's home, knock on the door and give it to him. He will have done nothing wrong. Some countries take a different view. They consider the service of a writ to be a sovereign act (official act) and they consider that it infringes their sovereignty for a foreign writ to be served on their territory without their permission. Permission would normally be given through an international agreement laying down the procedure to be followed.[227] Such States would be unwilling to recognise a foreign judgment if the writ was served in a way that they regarded as an infringement of their sovereignty. Sub-paragraph *c) ii)* takes account of this point of view by providing that the court addressed may refuse to recognise or enforce the judgment if the writ was notified to the defendant in the requested State in a manner that was incompatible with fundamental principles of that State concerning service of documents. Unlike the other grounds of non-recognition, sub-paragraph *c) ii)* applies only to recognition or enforcement in the State in which service took place.

[217] For other exceptions, see Art. 8(5), 10 and 11; see also Art. 20.
[218] This is indicated by the use of "may", rather than "shall", in the *chapeau* to Art. 9. In some legal systems, this would be sufficient to enable courts to exercise their discretion whether or not to refuse recognition. Where this is not the case, the State concerned might adopt legislation laying down rules as to whether and, if so, in what circumstances, such judgments should be recognised and enforced – of course, within the limits permitted by Art. 9. In the discussion on Art. 9, it should be remembered that this Report is concerned only with recognition and enforcement under the Convention, not with recognition or enforcement under internal law.
[219] The law of the State of the chosen court includes the choice-of-law rules of that State: see para. 125, *supra*.
[220] The fact that the court of origin gave judgment does not necessarily mean that it considered the choice of court agreement to be valid: it may have taken jurisdiction on some other ground permitted by its internal law.
[221] In Art. 6 *b)* and 9 *b)*, "party" refers to one of the original parties to the choice of court agreement, not to some other person who is a party to the proceedings.
[222] See Minutes No 8 of the Twentieth Session, Commission II, paras 50 to 59.

[223] The concept of "notification" as used in Art. 9 *c)* is of a general, factual nature. It is not a technical, legal concept.
[224] Art. 9 *c)* is concerned solely with whether or not the *court addressed* may refuse to recognise or enforce the judgment. The court of origin will apply its own procedural law, including international conventions on the service of documents which are in force for the State in question and are applicable on the facts of the case. These rules, which might require service to be effected in conformity with the law of the State in which it takes place, are not affected by Art. 9 *c)*. However, except to the limited extent provided in Art. 9 *c) ii)*, the court addressed may not refuse to recognise or enforce the judgment on the ground that service did not comply with the law of the State in which it took place, with the law of the State of origin or with international conventions on the service of documents.
[225] See Minutes of the Twentieth Session, Commission II: Minutes No 9, para. 98, Minutes No 11, para. 27 and Minutes No 24, para. 28.
[226] This rule does not apply if it was not possible to contest notification in the court of origin.
[227] The *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* is the most important example. See also Council Regulation (EC) No 1348/2000 of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, OJ 2000 L 160, p. 37.

188 **La quatrième exception : fraude.** La quatrième exception, exposée à l'alinéa *d)*, est que le jugement a été obtenu par une fraude relative à la procédure[228]. La fraude est une malhonnêteté intentionnelle ou une faute intentionnelle. Les exemples comprendraient une situation où le demandeur signifie l'assignation, ou la fait signifier, délibérément à une mauvaise adresse ; où le demandeur fournit sciemment des renseignements erronés au défendeur quant au lieu et à la date de l'audience ; ou lorsque l'une ou l'autre des parties cherche à suborner un juge, juré ou témoin, ou dissimule délibérément des éléments de preuve essentiels.

189 **La cinquième exception : ordre public.** La cinquième exception, exposée à l'alinéa *e)*, est que la reconnaissance ou l'exécution serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, y compris les situations où la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État. La première partie de cette disposition vise à fixer un niveau élevé conformément aux dispositions de l'article 6. La seconde a pour objet de concentrer l'attention sur les manquements procéduraux graves dans une espèce particulière[229].

190 On peut constater qu'il y a un chevauchement considérable entre les trois dernières exceptions, car elles concernent toutes, en tout ou partie, l'équité procédurale. Ainsi, par exemple, si du fait de la fraude du demandeur l'assignation n'a pas été signifiée au défendeur et que ce dernier n'avait pas connaissance de la procédure, les exceptions exposées aux alinéas *c)*, *d)* et *e)* sont toutes potentiellement applicables. La raison de cet accent mis sur l'équité procédurale est que dans certains pays les principes fondamentaux d'équité procédurale (désignés également sous les appellations de respect des droits de la défense, de justice naturelle ou de droit à un procès équitable) sont des normes constitutionnelles[230]. Dans de tels pays, 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.

191 **Sixième exception : jugements incompatibles.** Les alinéas *f)* et *g)* traitent de la situation où il existe un conflit entre le jugement dont la reconnaissance et l'exécution sont recherchées en vertu de la Convention et un autre jugement rendu entre les mêmes parties. Ils s'appliquent lorsque les deux jugements sont incompatibles. Toutefois, les alinéas *g)* et *f)* diffèrent dans leur mode de fonctionnement.

192 L'alinéa *f)* traite de la situation où le jugement incompatible a été rendu par un tribunal de l'État requis. En pareil cas, ce jugement prévaut, qu'il ait été rendu en premier ou non : le tribunal requis est autorisé à accorder la primauté à un jugement provenant d'un tribunal de son propre État, même si ce jugement a été rendu après le jugement en vertu de l'accord d'élection de for. Pour que cette disposition s'applique, les parties doivent être les mêmes, mais il n'est pas nécessaire que la cause soit la même.

193 L'alinéa *g)* traite de la situation dans laquelle les deux jugements ont été rendus par des tribunaux étrangers. Ici, la reconnaissance et l'exécution ne pourront être refusées au jugement rendu en vertu de l'accord d'élection de for que si les conditions suivantes sont remplies : premièrement, le jugement en vertu de l'accord d'élection de for doit avoir été rendu après le jugement incompatible ; deuxièmement, les parties doivent être les mêmes[231] ; troisièmement, la cause doit être la même ; et quatrièmement, le jugement incompatible doit remplir les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis.

Article 10 – Questions préalables

194 ***Estoppel* et jugements étrangers.** Un tribunal doit fréquemment trancher diverses questions de droit ou de fait à titre préalable avant de pouvoir rendre une décision sur la demande du demandeur. Par exemple, dans une instance en vertu d'un contrat de licence de brevet, il pourra devoir décider de la validité d'un brevet. Il s'agit d'une décision sur une question préalable. Elle ouvre la voie au jugement définitif, qui disposera que le défendeur est ou n'est pas condamné à verser des dommages et intérêts au demandeur. Il est clair que le tribunal requis doit reconnaître ce jugement définitif et, en cas de condamnation pécuniaire (par exemple, une redevance de licence ou des dommages et intérêts), faire exécuter le jugement (dans la mesure où il a été rendu en vertu d'un accord d'élection de for relevant de la Convention). Mais est-il tenu par la Convention de reconnaître les décisions concernant la question préalable ?

195 Dans les pays de droit civil, un jugement ne produit normalement ses effets qu'en ce qui concerne le dispositif en France ou ses équivalents dans d'autres systèmes juridiques – par exemple, le *Tenor* ou *Spruch* en Allemagne et en Autriche. Dans le monde de la *common law*, par contre, le principe désigné diversement sous les noms de « *issue estoppel* »[232], « *collateral estoppel* » ou « *issue preclusion* »[233] impose à un tribunal dans une affaire ultérieure de reconnaître des décisions rendues sur des questions préalables dans un jugement antérieur. Ceci peut s'appliquer à la fois lorsque le jugement initial a été rendu par un tribunal dans le même État ou par un tribunal d'un autre État[234]. Toutefois, la Convention n'impose jamais la reconnaissance ou l'exécution de telles décisions, mais n'interdit pas aux États contractants de les reconnaître en vertu de leur propre droit.

196 **Décisions sur des questions préalables.** L'article 10 traite des questions tranchées à titre préalable[235]. Le premier paragraphe indique que lorsqu'une matière exclue en vertu de l'article 2(2) ou de l'article 21 a été soulevée à titre préalable, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la Convention. Eu égard aux indications du paragraphe précédent, cette disposition pourrait être inutile ; toutefois, dans le cas de décisions sur des matières échappant au champ d'application de la Convention – notamment la validité de certains droits de propriété intellectuelle – la question est d'une telle importance qu'il a été jugé souhaitable d'avoir une disposition expresse. L'article 10(1) complète ainsi l'article 2(3) qui dispose qu'un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif que le tribunal rend une décision sur une matière exclue soulevée à titre préalable.

197 **Jugements fondés sur une question préalable.** L'article 10(2) ne traite pas du défaut de reconnaissance des décisions relatives aux questions préalables, mais du refus de

[228] La fraude relative au fond relèverait de l'exception d'ordre public de l'art. 9 *e)*. La Convention traite de la fraude relative à la procédure à titre de motif distinct de refus de reconnaissance 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.

[229] La seconde partie n'a pas vocation à limiter les effets de la première : l'ordre public au sens de la Convention n'est pas limité aux questions de procédure. Toutefois, l'enjeu doit être d'une importance fondamentale pour l'État requis.

[230] Pour l'Europe, voir l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; pour les États-Unis d'Amérique, voir les cinquième et quatorzième amendements de la Constitution des États-Unis d'Amérique. De nombreux autres pays sont dotés de dispositions semblables.

[231] Ceci s'applique également en vertu de l'alinéa *f)*. 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.

[232] Terminologie britannique et du Commonwealth de *common law*.

[233] Ces dernières expressions relèvent toutes deux de la terminologie des États-Unis d'Amérique.

[234] Sur ce dernier point, voir P. Barnett, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments*, Oxford University Press 2001.

[235] Sur la signification du terme de décision préalable, voir *supra*, para. 194 et 195. Voir également *supra*, note 77.

Rapport Hartley/Dogauchi

188 **The fourth exception: fraud.** The fourth exception, set out in sub-paragraph *d)*, is that the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure.[228] Fraud is deliberate dishonesty or deliberate wrongdoing. Examples would be where the plaintiff deliberately serves the writ, or causes it to be served, on the wrong address; where the plaintiff deliberately gives the defendant wrong information as to the time and place of the hearing; or where either party seeks to corrupt a judge, juror or witness, or deliberately conceals key evidence.

189 **The fifth exception: public policy.** The fifth exception, set out in sub-paragraph *e)*, is that recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State. The first part of this provision is intended to set a high standard in accordance with the provisions of Article 6. The second part is intended to focus attention on serious procedural failings in the particular case at hand.[229]

190 It will be seen that there is considerable overlap among the last three exceptions, since they all relate, partly or wholly, to procedural fairness. Thus, for example, if, owing to the plaintiff's fraud, the writ was not served on the defendant and (s)he was unaware of the proceedings, the exceptions set out in sub-paragraphs *c)*, *d)* and *e)* would all be potentially applicable. The reason for this emphasis on procedural fairness is that in some countries fundamental principles of procedural fairness (also known as due process of law, natural justice or the right to a fair trial) are constitutionally mandated.[230] In such countries, it might be unconstitutional to recognise a foreign judgment obtained in proceedings in which a fundamental breach of these principles occurred.

191 **The sixth exception: inconsistent judgments.** Sub-paragraphs *f)* and *g)* deal with the situation in which there is a conflict between the judgment for which recognition and enforcement are sought under the Convention and another judgment given between the same parties. They apply where the two judgments are inconsistent. However, there is a difference in the way that sub-paragraphs *f)* and *g)* operate.

192 Sub-paragraph *f)* is concerned with the case where the inconsistent judgment was granted by a court in the requested State. In such a situation, that judgment prevails, irrespective of whether it was given first: the court addressed is permitted to give preference to a judgment from a court in its own State, even if that judgment was given after the judgment under the choice of court agreement. For this provision to apply, the parties must be the same, but it is not necessary for the cause of action to be the same.

193 Sub-paragraph *g)* is concerned with the situation in which both judgments were given by foreign courts. Here, the judgment given under the choice of court agreement may be refused recognition and enforcement only if the following requirements are satisfied: first, the judgment under the choice of court agreement must have been given after the conflicting judgment; secondly, the parties must be the same;[231] thirdly, the cause of action must be the same; and fourthly, the conflicting judgment must fulfil the conditions necessary for its recognition in the requested State.

Article 10 – Preliminary questions

194 **Estoppel and foreign judgments.** Often a court has to rule on various questions of fact or law as preliminary matters before it can rule on the plaintiff's claim. For example, in actions under a patent-licensing agreement, it might have to rule on whether the patent is valid. This is a ruling on a preliminary question. It paves the way for the final judgment, which will be that the defendant is, or is not, liable to pay damages to the plaintiff. Clearly, the court addressed has to recognise this final judgment and, if the payment of money is ordered (*e.g.* a licensing fee or damages), to enforce it (in so far as it was rendered under a choice of court agreement covered by the Convention); but is it required by the Convention to recognise the ruling on the preliminary question?

195 In civil-law States, a judgment normally has effect only as regards the final order – the *dispositif* in France and its equivalents in other legal systems, for example, the *Tenor* or *Spruch* in Germany and Austria. In the common-law world, on the other hand, the doctrine known variously as issue estoppel,[232] collateral estoppel or issue preclusion[233] requires a court in certain circumstances to recognise rulings on preliminary questions given in an earlier judgment. This can apply both where the original judgment was given by a court in the same State and where it was given by a court in another State.[234] However, the Convention never requires the recognition or enforcement of such rulings, though it does not preclude Contracting States from recognising them under their own law.

196 **Rulings on preliminary questions.** Article 10 is concerned with matters decided as preliminary questions.[235] The first paragraph states that where a matter referred to in Article 2(2) or Article 21 arose as a preliminary question, the ruling on that question will not be recognised or enforced under the Convention. In view of what was said in the previous paragraph, this provision may be unnecessary; however, in the case of rulings on matters outside the scope of the Convention – in particular, the validity of certain intellectual property rights – the question is so important that it was thought desirable to have an express provision. Article 10(1) thus complements Article 2(3), which provides that proceedings are not excluded from the Convention just because the court gives a ruling on an excluded matter which arose as a preliminary question.

197 **Judgments based on a preliminary question.** Article 10(2) is not concerned with the non-recognition of rulings on preliminary questions, but with the non-recognition of certain judgments or parts thereof which are based on such

[228] Fraud as to the substance could fall under the public policy exception in Art. 9 *e)*. The Convention deals with procedural fraud as a separate ground of non-recognition because there may be some legal systems in which public policy cannot be used with regard to procedural fraud.
[229] The second part is not intended to limit the first part: public policy as understood in the Convention is not limited to procedural matters. However, the issues at stake must be of fundamental importance to the requested State.
[230] For Europe, see Art. 6 of the European Convention on Human Rights; for the United States of America, see the Fifth and Fourteenth Amendments to the United States Constitution. Many other countries have similar provisions.

[231] This also applies under sub-para. *f)*. The requirement that the parties must be the same will be satisfied if the parties bound by the judgments are the same even if the parties to the proceedings are different, for example where one judgment is against a particular person and the other judgment is against the successor to that person.
[232] British and common-law Commonwealth terminology.
[233] These latter two expressions are both United States terminology.
[234] On the latter, see P. Barnett, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments*, Oxford University Press 2001.
[235] On what is meant by a preliminary question, see paras 194 to 195, *supra*; see also note 77, *supra*.

reconnaissance de certains jugements ou parties de jugements fondés sur ces décisions. Il établit un nouveau motif de refus de reconnaissance, outre ceux exposés à l'article 9. Il prévoit que la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, *et dans la mesure où*, ce jugement est fondé sur une décision sur une matière exclue en vertu de l'article 2(2)[236]. Cette exception ne devra bien entendu être utilisée que lorsque le tribunal requis serait susceptible de trancher la question préalable d'une manière différente. Même assortie de cette limite, cette exception parait très large. Elle est cependant soumise à une importante condition supplémentaire, exposée au paragraphe 3, dans le domaine le plus probable de son application, à savoir la propriété intellectuelle.

198 **Décisions préalables sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle.** En l'absence des règles particulières de l'article 10(3), l'article 10(2) s'appliquerait seul lorsque le jugement du tribunal d'origine est fondé sur une décision préalable relative à la validité. Toutefois, à la suite d'une demande pour la plus grande clarté possible de la part des parties prenantes dans le domaine de la propriété intellectuelle, et parce que la question de l'incohérence peut être clairement définie en matière de propriété intellectuelle, la Session diplomatique a décidé de traiter de cette question particulière dans un paragraphe distinct. Par conséquent, lorsqu'un jugement est fondé sur une décision préalable relative à la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, l'article 10(2) est en outre soumis à la condition supplémentaire de l'article 10(3). Mis à part les motifs énumérés aux articles 9 et 11, la reconnaissance ou l'exécution d'un tel jugement ne peut être refusée ou différée en vertu de l'article 10(2) que lorsque les conditions de l'article 10(3) sont remplies.

199 **Alinéa *a)*.** En vertu de l'article 10(3) *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 est incompatible avec un jugement (ou une décision d'une autorité compétente, telle qu'un office des brevets) rendu dans l'État du droit duquel découle le droit de propriété intellectuelle[237]. Cela permet de reconnaître la primauté des tribunaux (ou autres autorités) de cet État, qui pourrait être l'État requis ou un État tiers. Ce n'est que si la décision préalable (ou implicite) du tribunal d'origine est incompatible avec un jugement ou une décision de cet État que les autres États sont autorisés à refuser de reconnaître ou d'exécuter le jugement en vertu de l'article 10(2).

200 Le fonctionnement de l'article 10(3) *a)* est plus facile à comprendre en prenant un exemple[238]. Supposons que A poursuive B dans l'État X, réclamant sa condamnation au paiement de redevances en application d'un contrat de licence de brevet comportant un accord exclusif d'élection de for attribuant la compétence aux tribunaux de l'État X. B répond en affirmant que le brevet est invalide ou nul. Si nous supposons que A n'ait droit aux redevances que si le brevet est valable, l'affirmation de B constituerait une bonne défense s'il peut l'étayer. Le tribunal doit donc décider de la validité du brevet à titre de question préalable. Supposons qu'il le fasse, et constate la validité du brevet. Il rend son jugement en faveur de A pour 1 million de dollars. A engage alors une procédure en vertu de la Convention pour obtenir l'exécution de ce jugement dans l'État Y. S'il y avait un jugement de l'État d'enregistrement du brevet (qui peut être soit l'État Y soit un État tiers, Z), le jugeant invalide ou nul, ce jugement serait incompatible non avec le jugement effectif dans l'affaire en vertu de la Convention – qui dispose simplement que B doit verser 1 million de dollars à A – mais avec la décision préalable constatant la validité du brevet. Toutefois, comme cette décision préalable constitue le postulat logique du jugement, il y aurait une incompatibilité entre les deux jugements, bien que de nature secondaire. L'article 10(3) a pour objet d'autoriser (mais non contraindre) les tribunaux de l'État Y à refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement en vertu de la Convention en pareille circonstance.

201 **Alinéa *b)*.** En vertu de l'article 10(3) *b)*, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être différée[239] si une procédure sur la validité de ce droit de propriété intellectuelle est pendante dans l'État du droit duquel découle le droit de propriété intellectuelle[240]. Cela accorde au tribunal requis le pouvoir de surseoir à statuer dans la procédure de reconnaissance ou d'exécution dans l'attente de l'issue de la procédure sur la validité. Si le jugement sur la validité est compatible avec celui du tribunal d'origine, la reconnaissance ou l'exécution ne pourra être refusée en vertu de l'article 10. S'il est incompatible, l'article 10(3) *a)* s'appliquera.

202 **Décisions préalables relatives à une matière exclue en vertu de l'article 21.** Le paragraphe 4 est exactement identique au paragraphe 2, sous la réserve qu'il concerne un jugement fondé sur une décision relative à une matière exclue par une déclaration de la part de l'État requis en vertu de l'article 21. Toutefois, il n'est pas soumis à la réserve du paragraphe 3 : il n'existe pas de règle particulière à l'égard des décisions préalables sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle.

Article 11 – *Dommages et intérêts*

203 L'article 11 traite des dommages et intérêts. Il permet au tribunal requis de refuser de reconnaître ou exécuter un jugement si, et dans la mesure où, il accorde des dommages et intérêts qui ne compensent pas le demandeur pour la perte ou le préjudice réels subis. La disposition équivalente du projet de Convention 2004 était contenue à l'article 15, avec une formulation plus détaillée et plus complexe[241]. Lors de la Session diplomatique de 2005, il a été convenu de supprimer cette disposition et de la remplacer par les dispositions plus simples de l'article 11. Les raisons sont exposées ci-dessous dans la déclaration du Groupe de travail qui l'a rédigé.

204 L'article 11 vise les dommages et intérêts exemplaires et punitifs. Ces deux termes désignent la même chose : ils visent les dommages et intérêts destinés à punir le défendeur et le

[236] Pour la situation où le jugement est fondé sur une matière exclue en vertu de l'art. 21, voir l'art. 10(4) et *infra*, para. 202.

[237] Dans le cas d'un droit enregistré, il s'agirait de l'État d'enregistrement ou l'État dans lequel l'enregistrement est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale.

[238] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

[239] Le chapeau de l'art. 10(3) mentionne à la fois le refus et le différé. Le premier s'appliquera normalement en vertu de l'alinéa *a)* et le second en vertu de l'alinéa *b)*. Toutefois, même en vertu de l'alinéa *b)*, le tribunal requis pourrait se dessaisir s'il n'avait pas le pouvoir de surseoir à statuer, à condition que le créancier du jugement ait la possibilité d'engager une nouvelle procédure une fois tranchée la question de la validité.

[240] Elle peut être pendante devant le tribunal compétent ou un office des brevets ou autre autorité semblable.

[241] Les dispositions de l'art. 15 du projet de Convention 2004, auquel il est fait référence au para. 205 ci-dessous, sont les suivantes :

« Article 15 – Dommages et intérêts

1. Un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnu et exécuté dans la mesure où des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis. Ce paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine.

2. a) Lorsque le débiteur convainc le tribunal requis, après que le créancier a eu la possibilité d'être entendu, que dans les circonstances en ce compris celles existant dans l'État d'origine, des dommages et intérêts manifestement excessifs ont été accordés, la reconnaissance et l'exécution peuvent être accordées pour un montant inférieur.

b) En aucun cas, le tribunal requis ne peut reconnaître ou exécuter le jugement pour un montant inférieur à celui qui aurait pu être accordé par les tribunaux de l'État requis, dans les mêmes circonstances, en prenant en considération également celles existant dans l'État d'origine.

3. Pour l'application des paragraphes précédents, le tribunal requis prend en considération le montant éventuellement accordé par le tribunal d'origine pour couvrir les frais et dépens du procès. »

rulings. What it does is to lay down another ground of non-recognition, in addition to those set out in Article 9. It provides that recognition or enforcement of a judgment may be refused if, *and to the extent that*, the judgment was based on a matter excluded under Article 2(2).[236] This exception should of course be used only where the court addressed would decide the preliminary question in a different way. Even with this restriction, it seems like a sweeping exception; however, in the area in which it is most likely to apply – intellectual property – it is subject to an important qualification, set out in paragraph 3.

198 **Preliminary rulings on the validity of intellectual property rights.** Without the special rules in Article 10(3), Article 10(2) alone would apply where the judgment of the court of origin was based on a preliminary ruling on validity. However, following a request by the intellectual property stakeholders for the utmost clarity and because the question of inconsistency can be clearly defined with regard to intellectual property, the Diplomatic Session decided to deal with this particular issue in a separate paragraph. Consequently, where a judgment is based on a preliminary ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or a related right, Article 10(2) is further qualified by Article 10(3). Apart from the grounds listed in Articles 9 and 11, recognition or enforcement of such a judgment may be refused or postponed under Article 10(2) only where the conditions of Article 10(3) are met.

199 **Sub-paragraph *a).*** Under Article 10(3) *a)*, recognition or enforcement of the judgment may be refused if, and to the extent that, the ruling on the validity of the intellectual property right is inconsistent with a judgment (or a decision of a competent authority, such as a patent office) given in the State under the law of which the intellectual property right arose.[237] This recognises the pre-eminence of the courts (or other authorities) of that State, which might be the requested State or a third State. It is only if the preliminary ruling by the court of origin conflicts with a judgment or decision of that State that other States are entitled to refuse to recognise or enforce the judgment under Article 10(2).

200 The operation of Article 10(3) *a)* is easier to understand if we take an example.[238] Assume that A sues B in State X, seeking to have B ordered to pay royalties under a patent-licensing agreement that contains an exclusive choice of court clause granting jurisdiction to the courts of State X. B responds by arguing that the patent is invalid. If we assume that A is entitled to claim the royalties only if the patent is valid, B's assertion would be a good defence if he could substantiate it; so the court must decide the validity of the patent as a preliminary question. Let us assume it does so, and holds the patent valid. It gives judgment in favour of A for 1 million dollars. A then brings proceedings under the Convention to enforce this judgment in State Y. Now, if there was a judgment from the State of registration of the patent (which may be either State Y or a third State, State Z), holding it invalid, this judgment would conflict not with the actual judgment in the case under the Convention – this merely says that B must pay A 1 million dollars – but with the preliminary ruling that the patent was valid. However, since this preliminary ruling provides the logical premise on which the judgment was based, there would be an inconsistency between the two judgments, though an inconsistency of a secondary nature. The purpose of Article 10(3) is to permit (but not oblige) the courts of State Y to refuse to recognise or enforce the judgment under the Convention in these circumstances.

201 **Sub-paragraph *b).*** Under Article 10(3) *b)*, recognition or enforcement of the judgment may be postponed[239] if proceedings concerning the validity of the intellectual property right are pending in the State under the law of which the intellectual property right arose.[240] This gives the court addressed the power to stay (suspend) the proceedings for recognition or enforcement to await the outcome of the proceedings on validity. If the judgment on validity is consistent with that of the court of origin, recognition or enforcement may not be refused under Article 10; if it is inconsistent, Article 10(3) *a)* will apply.

202 **Preliminary rulings on a matter excluded under Article 21.** Paragraph 4 is exactly the same as paragraph 2, except that it relates to a judgment based on a ruling on a matter excluded by a declaration made by the requested State under Article 21. However, it is not subject to the qualification laid down in paragraph 3: there is no special rule with regard to preliminary rulings on the validity of an intellectual property right.

Article 11 – Damages

203 Article 11 is concerned with damages. It permits the court addressed to refuse recognition or enforcement of a judgment if, and to the extent that, the award of damages does not compensate the plaintiff for actual loss or harm suffered. The equivalent provision in the 2004 draft Convention was Article 15, a more detailed and complex formulation.[241] At the 2005 Diplomatic Session it was agreed to delete this provision and replace it with the simpler provisions of Article 11. The reasons are explained below in the statement agreed by the Working Group which drafted it.

204 Article 11 refers to exemplary and punitive damages. These two terms mean the same thing: they refer to damages that are intended to punish the defendant and to deter him

[236] For the position where the judgment was based on a matter excluded under Art. 21, see Art. 10(4) and *infra*, para. 202.

[237] In the case of a registered right, this would be the State of registration or the State in which registration is deemed to have taken place under the terms of an international convention.

[238] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

[239] The *chapeau* to Art. 10(3) refers to both refusal and postponement. The former would normally apply under sub-para. *a)* and the latter under sub-para. *b)*. Even under sub-para. *b)*, however, the court addressed could dismiss the proceedings if it had no power to suspend them, provided the judgment-creditor could bring new proceedings once the issue of validity had been decided.

[240] They may be pending either in the appropriate court or in a patent office or similar authority.

[241] Art. 15 of the 2004 draft Convention, which is referred to in para. 205, *infra*, reads as follows:

"*Article 15 – Damages*

1. A judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced to the extent that a court in the requested State could have awarded similar or comparable damages. Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.

2. a) Where the debtor, after proceedings in which the creditor has the opportunity to be heard, satisfies the court addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages have been awarded, recognition and enforcement may be limited to a lesser amount.

b) In no event shall the court addressed recognise or enforce the judgment for an amount less than that which could have been awarded in the requested State in the same circumstances, including those existing in the State of origin.

3. In applying the preceding paragraphs, the court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings."

dissuader ainsi que d'autres de commettre de tels actes pour l'avenir. Ils sont à contraster avec les dommages et intérêts compensatoires, destinés à compenser la perte subie par le demandeur, c'est-à-dire le rétablir dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de l'acte fautif.

205 Lors de la Session diplomatique de 2005, les membres du Groupe de travail ayant rédigé l'article 11 sont convenus de la déclaration suivante, adoptée par la Session[242]:

« (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 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) Le paragraphe premier ainsi que le paragraphe 2 de l'ancien article 15 comportaient des règles très élaborées quant à la mesure dans laquelle les dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine devaient être reconnus et exécutés dans tous les cas. Le Groupe de travail a été d'avis que cela pourrait être compris comme donnant une impression erronée. 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. 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) L'article 11(2) est l'ancien article 15(3). 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.

(k) En résumé : le nouvel article 11 est plus court que l'ancien article 15, il est mieux aligné sur la rédaction d'ensemble de la Convention, et il traite des questions réelles sans ajouter de règles complexes et élaborées susceptibles d'être mal comprises. Le Groupe de travail propose donc l'adoption de cette disposition. »

***Article 12** – Transactions judiciaires*

206 L'article 12 dispose que les transactions qui, au cours d'une instance, sont homologuées par un tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for

[242] Voir le Procès-verbal No 19 de la Vingtième session, Commission II, para. 13 et 14. Les membres du Groupe de travail étaient des délégués et représentants de l'Allemagne, de l'Australie, de l'Autriche, du Canada, de la Chine, de la Communauté européenne, des États-Unis d'Amérique, du Japon, de la Nouvelle-Zélande, du Royaume-Uni, de la Fédération de Russie et de la Suisse. Le Président était M. Gottfried Musger (Autriche). Dans le texte qui suit, les mentions d'articles particuliers (initialement fondées sur le projet de Convention 2004) ont été modifiées pour les adapter à la numérotation adoptée dans le texte définitif.

Rapport Hartley/Dogauchi

and others from doing something similar in the future. They may be contrasted with compensatory damages, which are intended to compensate the plaintiff for the loss he has suffered, that is to say, to put him in the position in which he would have been if the wrongful act had not occurred.

205 At the 2005 Diplomatic Session, the following statement was agreed by the members of the Working Group which drew up Article 11 and was adopted by the Session:[242]

"(a) Let us start with a basic and never disputed principle: judgments awarding damages are within the scope of the Convention. So a judgment given by a court designated in an exclusive choice of court agreement which, in whole or in part, awards damages to the plaintiff, will be recognised and enforced in all Contracting States under the Convention. As such judgments are not different from other decisions falling within the scope of the Convention, Article 8 applies without restriction. This means both the obligation to recognise and enforce and all the grounds for refusal.

(b) During the negotiations, it has become obvious that some delegations have problems with judgments awarding damages that go far beyond the actual loss of the plaintiff. Punitive or exemplary damages are an important example. Some delegations thought that the public policy exception in Article 9 e) could solve those problems, but others made it clear that this was not possible under their limited concept of public policy. Therefore it was agreed that there should be an additional ground for refusal for judgments on damages. This is the new Article 11. As in the case of all other grounds for refusal, this provision should be interpreted and applied in as restrictive a way as possible.

(c) Article 11 is based on the undisputed primary function of damages: they should compensate for the actual loss. Therefore the new Article 11(1) says that recognition and enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the damages do not compensate a party for actual loss or harm suffered. It should be mentioned that the English word 'actual' has a different meaning from the French 'actuel' (which is not used in the French text); so future losses are covered as well.

(d) This does not mean that the court addressed is allowed to examine whether it could have awarded the same amount of damages or not. The threshold is much higher. Article 11 only operates when it is obvious from the judgment that the award appears to go beyond the actual loss or harm suffered. In particular, this applies to punitive or exemplary damages. These types of damages are therefore explicitly mentioned. But in exceptional cases, damages which are characterised as compensatory by the court of origin could also fall under this provision.

(e) This provision also treats as compensation for actual loss or harm damages that are awarded on the basis of a party agreement (liquidated damages) or of a statute (statutory damages). With regard to such damages, the court addressed could refuse recognition and enforcement only if and to the extent that those damages are intended to punish the defendant rather than to provide for a fair estimate of an appropriate level of compensation.

(f) It would be wrong to ask whether the court addressed has to apply the law of the State of origin or the law of the requested State. Article 11 contains an autonomous concept. It is of course the court addressed which applies this provision, but this application does not lead to a simple application of the law of the requested State concerning damages.

(g) Recognition and enforcement may only be refused to the extent that the judgment goes beyond the actual loss or harm suffered. For most delegations, this might already be a logical consequence of the limited purpose of this provision. However, it is useful to state this expressly. This avoids a possible 'all or nothing approach' some legal systems apply to the public policy exception.

(h) Both paragraph 1 and paragraph 2 of the old Article 15 contained very sophisticated rules on how much of the damages awarded by the court of origin had to be recognised and enforced in any case. The Working Group felt that this might be understood as giving the wrong message. Article 11 only provides for a review whether the judgment awards damages not compensating for actual loss; it does not allow any other review as to the merits of the case. Like all other grounds of refusal, it will only apply in exceptional cases. Any over-drafting with respect to those cases would have given them too much political weight.

(i) Article 11 does not oblige the court to refuse recognition and enforcement. This is obvious from its wording – the court may refuse – and it is consistent with the general approach in Article 9. So the provision in no way limits recognition and enforcement of damages under national law or other international instruments, and it allows (but does not require) recognition and enforcement under the Convention. Once again, the Working Group felt that an express provision would have been an over-drafting giving too much weight to the issue of damages.

(j) Article 11(2) is the old Article 15(3). Under Article 11(1), it could be argued that damages intended to cover the costs of proceedings were not compensating for an actual loss. This would of course be wrong from a comparative perspective. But it is nevertheless reasonable to have an express reference to this problem within the provision. This reference does not contain a hard rule; the fact that damages are intended to cover costs and expenses is only to be taken into account.

(k) To sum up: the new Article 11 is shorter than the old Article 15, it is more in line with the general drafting of the Convention, and it addresses the real issues without adding complex and sophisticated rules which might be understood in the wrong way. Therefore the Working Group proposes that this provision be adopted."

***Article 12** – Judicial settlements (transactions judiciaires)*

206 Article 12 provides that settlements which, in the course of proceedings, are approved by, or concluded before, a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of

[242] See Minutes No 19 of the Twentieth Session, Commission II, paras 13 and 14. The members of the Working Group were delegates and representatives of: Australia, Austria, Canada, China, the European Community, Germany, Japan, New Zealand, the Russian Federation, Switzerland, the United Kingdom and the United States of America. The Chairman was Mr Gottfried Musger (Austria). In the text that follows references to individual Articles (which were originally based on the 2004 draft of the Convention) have been changed to conform to the numbering adopted in the final text.

ou passées devant celui-ci et qui sont exécutoires au même titre qu'un jugement dans cet État, doivent être exécutées dans les autres États contractants aux mêmes conditions qu'un jugement[243]. Lorsqu'une procédure d'exécution est engagée, la personne qui l'initie doit produire les documents nécessaires pour établir que la transaction judiciaire est exécutoire dans l'État d'origine au même titre qu'un jugement[244].

207 Une telle transaction judiciaire est parfois désignée «*judicial settlement*» en anglais, traduction du terme français de transaction judiciaire. Dans le sens utilisé ici, les transactions judiciaires sont inconnues des pays de *common law*[245]. En France et dans les autres pays de droit civil, ce sont des contrats passés devant un juge par lesquels les parties mettent fin à un contentieux, généralement au moyen de concessions réciproques. Les parties soumettent leur accord au juge, qui l'enregistre dans un acte officiel. De tels accords ont généralement une partie, voire l'intégralité des effets d'un jugement définitif. Une transaction judiciaire diffère d'un *consent order* au sens de la *common law* (une ordonnance rendue avec le consentement des deux parties), parce qu'un *consent order* est un jugement et peut bénéficier de la reconnaissance et de l'exécution en tant que tel en vertu de l'article 8 de la Convention. Par contre, la transaction judiciaire diffère d'une transaction simple parce qu'elle est conclue devant un juge, qu'elle met fin à l'instance et est généralement exécutoire au même titre qu'un jugement. Pour ces motifs, une disposition spéciale lui est consacrée dans la Convention.

208 L'article 12 ne prévoit pas la reconnaissance des transactions judiciaires, mais uniquement leur exécution[246]. Un exemple est le meilleur moyen d'illustrer l'importance de ce point[247]. Supposons que A et B concluent un contrat comportant une clause exclusive d'élection de for en faveur des tribunaux de l'État X. Par la suite, A poursuit B devant un tribunal de cet État en réclamant 1000 euros, une somme qu'il prétend être due en vertu du contrat. Les parties concluent alors une transaction judiciaire dans le cadre de laquelle B accepte de verser 800 euros à A, l'État X étant un pays qui le permet.

209 Si B manque au paiement, A pourra engager une procédure pour faire exécuter la transaction dans l'État Y, un autre État contractant. Cette procédure relèvera de l'article 12 de la Convention. Supposons, cependant, que B verse la somme conformément à la transaction sans qu'il soit nécessaire d'engager une procédure d'exécution. Si A engage néanmoins une nouvelle procédure portant sur les 200 euros restants devant les tribunaux de l'État Y, B ne peut demander au tribunal de reconnaître la transaction en vertu de la Convention comme moyen de défense procédural contre la réclamation (ce qui rendrait la demande irrecevable dans certains systèmes juridiques). La Convention ne le prévoit pas, principalement parce que les effets des transactions sont si différents entre différents systèmes de droit. Cependant, la Convention n'interdit pas à un tribunal de traiter la transaction comme un moyen contractuel de défense au fond contre la réclamation.

Article 13 – *Pièces à produire*

210 L'article 13(1) énumère les pièces à produire par la partie recherchant la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement en vertu de la Convention[248]. Le fait que la reconnaissance est mentionnée dans le chapeau de l'article 13 ne signifie pas qu'il doit y avoir une procédure particulière[249]. Toutefois, même dans les systèmes de droit ne disposant pas d'une procédure particulière, la partie réclamant la reconnaissance doit produire les pièces exigées par l'article 13 si l'autre partie conteste la reconnaissance du jugement.

211 L'article 13(1) *a)* exige la production d'une copie complète et certifiée conforme du jugement. Cela fait référence au jugement entier (y compris, le cas échéant, la motivation du tribunal), et non pas au seul dispositif. L'article 13(1) *b)* exige la production de l'accord exclusif d'élection de for, d'une copie certifiée de celui-ci ou d'une autre preuve de son existence. Les termes « ou autre preuve de son existence » ont été insérés principalement pour recouvrir les accords conclus par voie électronique. Dans le cas de tels accords, il est généralement impossible de produire « l'accord » lui-même. L'article 13(1) *c)* exige la production de documents prouvant la notification au défendeur, mais cela ne s'applique que si le jugement a été rendu par défaut. Dans les autres cas, on suppose que le défendeur a reçu la notification, à moins qu'il ne produise des éléments de preuve contraires. Le droit de l'État requis fixe les conséquences du défaut de production des documents exigés. Il convient toutefois 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 omissions.

212 L'article 13(2) dispose que le tribunal requis peut exiger la production de documents supplémentaires nécessaires pour vérifier que les exigences du chapitre III de la Convention ont été remplies. La liste du paragraphe premier n'est donc pas exhaustive. Il convient toutefois d'éviter les charges excessives pour les parties.

213 L'article 13(3) permet à une personne recherchant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement d'utiliser un formulaire recommandé et publié par la Conférence de La Haye de droit international privé. Le formulaire figure en annexe à la Convention. Il pourra être modifié par une Commission spéciale de la Conférence de La Haye[250]. L'utilisation du formulaire n'est pas obligatoire. Le tribunal requis pourra se fier aux renseignements qui y figurent en l'absence de contestation. Ces informations ne sont pas irréfutables : même en l'absence d'une contestation, le tribunal requis peut toutefois décider de la question à la lumière de tous les éléments de preuve dont il dispose.

214 L'article 13(4) dispose que si les documents mentionnés à l'article 13 ne sont pas rédigés dans une langue officielle de l'État requis, ils doivent être accompagnés d'une traduction certifiée dans une langue officielle, sauf si la loi de l'État requis en dispose autrement. Les États peuvent donc prévoir, dans leur réglementation d'application ou leur droit procédural, qu'aucune traduction n'est nécessaire, ou qu'une traduction libre est suffisante, même si elle n'est pas certifiée.

Article 14 – *Procédure*[251]

215 L'article 14 dispose que la procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, et l'exécution du jugement, sont régies par le droit de l'État requis sauf si la Convention en dispose

[243] La disposition équivalente de l'avant-projet de Convention 1999 est l'art. 36. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure aux para. 379 et s. Voir également la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, art. 19.
[244] Art. 13(1) *e)*.
[245] Le terme de transaction à l'art. 12 ne vise pas un «*settlement*» au sens de la *common law*.
[246] Sur la distinction entre la reconnaissance et l'exécution, voir *supra*, para. 170.
[247] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.
[248] Cette disposition est semblable aux alinéas *a)* à *c)* de l'art. 29(1) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant dans le Rapport Nygh / Pocar figure aux p. 109 et 110.
[249] Voir *infra*, para. 215.
[250] Voir également *infra*, l'art. 24 et les observations figurant au para. 257.
[251] Pour d'autres questions de procédure, voir les para. 88 à 92 et 138.

Rapport Hartley/Dogauchi

court agreement, and which are enforceable in the same manner as a judgment in that State, must be enforced in other Contracting States in the same manner as a judgment.[243] When enforcement proceedings are brought, the person bringing the proceedings must produce the documents necessary to establish that the judicial settlement is enforceable in the State of origin in the same manner as a judgment.[244]

207 Such a settlement is sometimes called a "judicial settlement", a translation of the French "*transaction judiciaire*". In the sense in which the term is used here, judicial settlements are unknown in the common-law world.[245] In France and other civil law countries, they are contracts concluded before a judge by which the parties put an end to litigation, usually by making mutual concessions. Parties submit their agreement to the judge, who records it in an official document. Such agreements usually have some, or even all, of the effects of a final judgment. A judicial settlement is different from a consent order in the common-law sense (an order made by the court with the consent of both parties), since a consent order is a judgment and may be recognised and enforced as such under Article 8 of the Convention. On the other hand, a judicial settlement is different from an out-of-court settlement, since it is made before a judge, puts an end to the proceedings and is usually enforceable in the same manner as a judgment. For these reasons, a special provision is devoted to it in the Convention.

208 Article 12 does not provide for the recognition of judicial settlements, but only for their enforcement.[246] The significance of this is best explained by an example.[247] Assume that A and B conclude a contract with an exclusive choice of court clause in favour of the courts of State X. Subsequently, A sues B before a court in that State for 1000 euros, a sum which he claims is due under the contract. The parties then enter into a judicial settlement under which B agrees to pay A 800 euros, State X being a State where this may be done.

209 If B fails to pay, A may bring proceedings to enforce the settlement in State Y, another Contracting State. Such proceedings will be covered by Article 12 of the Convention. Assume, however, that B pays the money in compliance with the settlement without any need for enforcement proceedings. If A nevertheless brings a new action for the remaining 200 euros before the courts of State Y, B cannot ask the court to recognise the settlement under the Convention as a procedural defence to the claim (which would make the claim inadmissible in some legal systems). The Convention does not provide for this, mainly because the effects of settlements are so different in different legal systems. However, the Convention does not preclude a court from treating the settlement as a contractual defence to the claim on the merits.

Article 13 – *Documents to be produced*

210 Article 13(1) lists the documents to be produced by the party seeking recognition or enforcement of a judgment under the Convention.[248] The fact that recognition is mentioned in the *chapeau* to Article 13 does not mean that there has to be any special procedure.[249] However, even in legal systems in which there is no special procedure, the party requesting recognition must produce the documents required by Article 13 if the other party disputes the recognition of the judgment.

211 Article 13(1) *a)* requires the production of a complete and certified copy of the judgment. This refers to the whole judgment (including, where applicable, the court's reasoning) and not just to the final order (*dispositif*). Article 13(1) *b)* requires the production of the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence. The words "or evidence of its existence" were inserted mainly to provide for agreements concluded electronically. In the case of such agreements, it is not usually possible to produce "the agreement" itself. Article 13(1) *c)* requires documentary evidence that the defendant was notified, but this applies only in the case of a default judgment. In other cases, it is assumed that the defendant was notified unless he or she produces evidence to the contrary. The law of the requested State determines the consequences of failure to produce the required documents. Excessive formalism should, however, be avoided: if the judgment-debtor was not prejudiced, the judgment-creditor should be allowed to rectify omissions.

212 Article 13(2) provides that the court addressed may require the production of further documents to the extent that it is necessary to verify that the requirements of Chapter III of the Convention have been satisfied. This makes clear that the list in paragraph 1 is not exhaustive. Unnecessary burdens on the parties should, however, be avoided.

213 Article 13(3) allows a person seeking recognition or enforcement of a judgment under the Convention to use a form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law. The form is set out in an annex to the Convention. It may be changed by a Special Commission of the Hague Conference.[250] The use of the form is not obligatory. Information contained in it may be relied on by the court addressed in the absence of challenge. Even if there is no challenge, however, the information is not conclusive: the court addressed can decide the matter in the light of all the evidence before it.

214 Article 13(4) provides that if the documents referred to in Article 13 are not in an official language of the requested State, they must be accompanied by a certified translation into an official language, unless the law of the requested State provides otherwise. States may, therefore, provide in their implementing legislation or in their law of procedure that a translation is not necessary at all, or that an informal translation is sufficient, even if it is not certified.

Article 14 – *Procedure*[251]

215 Article 14 provides that the procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment are governed by the law of the requested State unless the Convention provides

[243] The equivalent provision in the preliminary draft Convention 1999 is Art. 36. The commentary in the Nygh / Pocar Report is at para. 379. See also the Hague *Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, Art. 19.
[244] Art. 13(1) *e)*.
[245] As used in Art. 12, "settlement" does not refer to a settlement in the common-law sense.
[246] On the distinction between recognition and enforcement, see para. 170, *supra*.
[247] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.
[248] This provision is similar to sub-para. *a)* to *c)* of Art. 29(1) in the preliminary draft Convention 1999. The commentary on the latter in the Nygh / Pocar Report is at pp. 109 and 110.
[249] See para. 215, *infra*.
[250] See also Art. 24 and the comments in para. 257, *infra*.
[251] With regard to other procedural matters, see paras 88 to 92 and 138.

autrement[252]. Lorsque le droit de l'État requis ne prévoit aucune procédure particulière pour la reconnaissance (par opposition à l'exécution) d'un jugement étranger, un jugement sera reconnu de plein droit, sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Le droit procédural national ne couvre naturellement pas les motifs permettant de refuser la reconnaissance ou l'exécution. Ceux-ci sont régis exclusivement par la Convention : voir la deuxième phrase de l'article 8(1).

216 Dans toutes les procédures relevant de l'article 14, le tribunal requis doit agir avec célérité. Cela signifie que le tribunal doit utiliser la procédure la plus rapide dont il dispose. Les États contractants devraient envisager les moyens d'assurer que les retards inutiles sont évités.

Article 15 – Divisibilité

217 L'article 15 prévoit la reconnaissance et l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement lorsqu'elle est demandée, ou lorsque seule une partie du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu de la Convention[253]. Par exemple, si une condamnation à des dommages et intérêts punitifs n'est pas exécutée en application de l'article 11, le reste de la condamnation doit être exécuté s'il remplit les conditions de l'article 8. Afin d'être dissociable, la partie en question doit pouvoir exister de manière autonome : cela dépendra normalement de la question de savoir si l'exécution de cette partie du jugement seule affecterait de manière significative les obligations des parties[254]. Dans la mesure où ceci dépend d'une règle de droit, le droit du tribunal requis doit être appliqué[255].

Article 16 – Dispositions transitoires

218 **Règle de base.** L'article 16 comporte des dispositions transitoires[256]. La règle de base, établie par l'article 16(1), est que la Convention s'applique aux accords d'élection de for conclus après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État du tribunal élu. En application de cette règle, la date d'engagement de la procédure est sans importance.

219 **Règle supplémentaire.** Lorsque la procédure se déroule dans l'État du tribunal élu, la règle de base de l'article 16(1) est la seule applicable. Cependant, lorsque la procédure a lieu dans un autre État (en vertu de l'art. 6 ou des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution figurant au chapitre III), une règle supplémentaire établie par l'article 16(2) doit être observée. En vertu de cette règle, la Convention ne sera toujours pas applicable si l'instance a été engagée avant l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État du tribunal saisi. Cela signifie que lorsqu'une procédure est engagée devant un tribunal autre que le tribunal élu, la Convention ne sera applicable que si, *à la fois*, (a) l'accord d'élection de for a été conclu après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État du tribunal élu, *et* (b) la procédure a été engagée après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État dans lequel la procédure a été engagée.

220 L'effet de ces deux règles peut être illustré par les exemples suivants. Supposons à cet effet que la Convention entre en vigueur pour l'État P le premier janvier 2008 et pour l'État R le premier juillet 2008. X et Y concluent un accord exclusif d'élection de for désignant les tribunaux de l'État P.

– **Exemple 1.** L'accord d'élection de for est conclu le premier décembre 2007 et X engage une procédure devant les tribunaux de P le premier juillet 2008. La Convention ne s'appliquera pas, car l'accord d'élection de for a été conclu avant l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État P, l'État du tribunal élu, bien que la procédure ait été engagée après cette date. Les tribunaux de l'État P ne seront pas tenus par l'article 5 de connaître du litige.

– **Exemple 2.** L'accord d'élection de for est conclu le 15 janvier 2008. Le premier mars 2008, Y engage une procédure relevant de l'accord devant les tribunaux de l'État P. Le premier avril 2008, les tribunaux rendent un jugement par défaut qui devient exécutoire dans l'État P. Le premier août 2008, Y engage une procédure d'exécution dans l'État R. Comme l'accord d'élection de for a été conclu après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État P (État du tribunal élu) et que la Convention est en vigueur pour l'État R (État requis) lorsque la procédure d'exécution est engagée, l'exécution relèvera de la Convention.

– **Exemple 3.** L'accord d'élection de for est conclu le 15 janvier 2008. Le premier juin 2008, Y engage une procédure relevant de l'accord devant les tribunaux de l'État R. Même si la Convention entre en vigueur pour l'État R le premier juillet 2008, l'article 6 de la Convention n'interdit pas aux tribunaux de l'État R de connaître du litige, car la procédure a été engagée avant son entrée en vigueur pour l'État R, bien que l'accord ait été conclu après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État P, l'État du tribunal élu.

Article 17 – Contrats d'assurance et de réassurance[257]

221 L'assurance ne fait pas partie des matières exclues du champ d'application de la Convention par l'article 2 : elle relève pleinement de la Convention[258]. Il en est ainsi même si le risque assuré concerne une matière qui est elle-même hors du champ d'application de la Convention, soit parce qu'elle est exclue en vertu de l'article 2 soit à cause d'une déclaration en vertu de l'article 21. Ceci résulte clairement de l'article 17(1), qui dispose qu'une procédure en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance n'est pas exclue du champ d'application de la Convention au seul motif que le contrat d'assurance ou de réassurance porte sur une matière exclue du champ d'application de la Convention[259]. Ainsi, par exemple, bien que le transport maritime de marchandises échappe au champ d'application de la Convention[260], un contrat d'assurance de marchandises devant être transportées par mer relève de son champ d'application.

222 **Exemple**[261]**.** Supposons qu'une société d'assurances résidant en France conclue un contrat d'assurance avec Y, une société résidant au Canada, en vertu duquel la société d'assurances indemnisera Y de toute détérioration de ses marchandises qui surviendrait pendant leur transport de Rotterdam à New York. Le contrat d'assurance comporte un accord d'élection de for accordant une compétence exclusive aux tribunaux français. Les marchandises sont endommagées en cours de transport. Cependant, la société d'assurances refuse l'indemnisation. Toute procédure engagée par Y (l'assuré) à l'encontre de la société d'assurances en vertu du contrat d'assurance sera soumise à la compétence exclusive des tribunaux français. Bien que le transport de marchandises

[252] À l'exception de modifications de pure forme, cette disposition est identique à l'art. 30 de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant figure au para. 355 du Rapport Nygh / Pocar.
[253] La disposition correspondante dans l'avant-projet de Convention 1999 est l'art. 34. Le commentaire correspondant figure aux para. 372 à 374 du Rapport Nygh / Pocar.
[254] Rapport Nygh / Pocar, para. 373.
[255] *Ibid.*
[256] Les règles de l'art. 16 ne s'appliquent pas aux déclarations portant sur des accords non exclusifs d'élection de for en vertu de l'art. 22 : voir *infra*, para. 253 et 254.
[257] Aux para. 221 à 227, les références à l'assurance visent également la réassurance.
[258] Pour une exception secondaire, voir note 75, *supra* (demande directe en réparation d'un préjudice corporel d'un salarié à l'encontre de l'assureur de l'employeur).
[259] Par contre, la Convention ne s'appliquerait pas à une procédure en vertu d'un contrat d'assurance si une déclaration de l'art. 21 effectuée par l'État en cause excluait les « questions d'assurance » de la Convention.
[260] Art. 2(2) *f)*.
[261] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

Rapport Hartley/Dogauchi

otherwise.[252] Where the law of the requested State makes no provision for any special procedure for the recognition (as distinct from enforcement) of a foreign judgment, a judgment will be recognised automatically by operation of law, based on Article 8 of the Convention. National procedural law does not of course cover the grounds on which recognition or enforcement may be refused. These are governed exclusively by the Convention: see Article 8(1) (second sentence).

216 In all proceedings covered by Article 14, the court addressed must act expeditiously. This means that the court must use the most expeditious procedure available to it. Contracting States should consider ways in which provision can be made to ensure that unnecessary delays are avoided.

Article 15 – Severability

217 Article 15 provides for the recognition and enforcement of a severable part of a judgment where this is applied for, or where only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under the Convention.[253] For example, if an award of punitive damages is not enforced by reason of Article 11, the remainder of the award must be enforced if it satisfies the requirements of Article 8. In order to be severable, the part in question must be capable of standing alone: this would normally depend on whether enforcing only that part of the judgment would significantly change the obligations of the parties.[254] In so far as this depends on a rule of law, the law of the court addressed must be applied.[255]

Article 16 – Transitional provisions

218 **Basic rule.** Article 16 contains transitional provisions.[256] The basic rule, laid down in Article 16(1), is that the Convention will apply to exclusive choice of court agreements concluded after the Convention came into force for the State of the chosen court. Under this rule, the date when the proceedings are commenced is irrelevant.

219 **Additional rule.** Where the proceedings are in the State of the chosen court, the basic rule of Article 16(1) is the only rule applicable. However, where the proceedings are in another State (pursuant to Art. 6 or to the provisions on recognition and enforcement found in Chapter III), an additional rule, laid down in Article 16(2), must also be satisfied. Under this rule, the Convention will still not apply if the proceedings were instituted before the entry into force of the Convention for the State of the court seised. This means that, where proceedings are brought in a court other than the chosen court, the Convention will not apply unless *both* (a) the choice of court agreement was concluded after the Convention entered into force for the State of the chosen court *and* (b) the proceedings were instituted after the Convention entered into force for the State in which proceedings were brought.

220 The effect of these two rules may be illustrated by the following examples. In them, we assume that the Convention enters into force for State P on 1 January 2008 and for State R on 1 July 2008. X and Y enter into an exclusive choice of court agreement designating the courts of State P.

– **Example 1.** The choice of court agreement is concluded on 1 December 2007 and X brings proceedings in the courts of State P on 1 July 2008. The Convention will not apply, since the choice of court agreement was concluded before the Convention entered into force for State P, the State of the chosen court, even though the proceedings were commenced after that date. The courts of State P will not be obliged under Article 5 to hear the case.

– **Example 2.** The choice of court agreement is concluded on 15 January 2008. On 1 March 2008, Y brings proceedings to which the agreement applies in the courts of State P. On 1 April 2008, the court gives a default judgment which becomes enforceable in State P. On 1 August 2008, Y brings enforcement proceedings in State R. Since the choice of court agreement was concluded after the Convention came into force for State P (State of the chosen court) and the Convention is in force for State R (requested State) when the enforcement proceedings are initiated, enforcement will be covered by the Convention.

– **Example 3.** The choice of court agreement is concluded on 15 January 2008. On 1 June 2008, Y brings proceedings to which the agreement applies in the courts of State R. Even if the Convention enters into force for State R on 1 July 2008, Article 6 of the Convention does not preclude the courts of State R from hearing the case, since the proceedings were brought before the Convention came into force for State R, even though the agreement was concluded after the Convention came into force for State P, the State of the chosen court.

Article 17 – Contracts of insurance and reinsurance[257]

221 Insurance is not one of the matters excluded from the scope of the Convention under Article 2: it is fully covered by the Convention.[258] This is so even if the risk insured against relates to a matter that is itself outside the scope of the Convention, either because it is excluded by virtue of Article 2 or because of a declaration made under Article 21. Article 17(1) makes this clear. It provides that proceedings under a contract of insurance or reinsurance are not excluded from the scope of the Convention just because the contract of insurance or reinsurance relates to a matter to which the Convention does not apply.[259] Thus, for example, even though carriage of goods by sea is outside the scope of the Convention,[260] a contract for the insurance of goods to be carried by sea is within its scope.

222 **Example.**[261] Assume that an insurance company resident in France concludes a contract of insurance with Y, a company resident in Canada, under which the insurance company will indemnify Y for any damage to its goods which might arise during their carriage from Rotterdam to New York. The insurance contract contains a choice of court agreement giving exclusive jurisdiction to the courts of France. The goods are damaged while in transit; however, the insurance company refuses to pay. Any proceedings brought by Y (the insured) against the insurance company under the contract of insurance will be subject to the exclusive jurisdiction of the courts of France. Although carriage of goods is excluded from the scope of the Convention under Article 2(2) *f)*, proceedings

[252] Except for purely verbal alterations, this is the same as Art. 30 of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on this Article is at para. 355 of the Nygh / Pocar Report.
[253] The equivalent provision in the preliminary draft Convention 1999 is Art. 34. The commentary on this provision is at paras. 372 of the Nygh / Pocar Report.
[254] Nygh / Pocar Report, para. 373.
[255] *Ibid.*
[256] The rules in Art. 16 do not apply to declarations concerning non-exclusive choice of court agreements under Art. 22: see paras 253 and 254, *infra*.

[257] In paras 221 to 227, references to insurance include reinsurance.
[258] For a minor exception, see note 75, *supra* (direct action by injured employee against employer's insurer).
[259] On the other hand, the Convention would not apply to proceedings under a contract of insurance if an Art. 21 declaration made by the State concerned were to exclude "insurance matters" from the Convention.
[260] Art. 2(2) *f)*.
[261] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

soit exclu du champ d'application de la Convention par l'article 2(2) *f)*, les procédures en vertu d'un contrat d'assurance de ces marchandises ne sont pas exclues : article 17(1).

223 Le deuxième paragraphe de l'article 17 traite de la reconnaissance et de l'exécution des jugements établissant la responsabilité, ou son absence, en vertu de contrats d'assurance ou de réassurance. Il dispose que la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement relatif à la responsabilité en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance ne peuvent être limitées ou refusées au motif que la responsabilité comprend celle d'indemniser l'assuré ou le réassuré à l'égard (a) d'une matière à laquelle la Convention ne s'applique pas ; ou (b) d'une décision accordant des dommages et intérêts auxquels l'article 11 pourrait s'appliquer.

224 L'article 17(2) *a)* recouvrirait les situations où le contrat d'assurance concerne un risque qui échappe lui-même au champ d'application de la Convention, soit parce qu'il est exclu en vertu de l'article 2, soit à cause d'une déclaration en vertu de l'article 21. Il réitère donc plus ou moins la règle du paragraphe premier.

225 L'article 17(2) *b)* traite des jugements concernant l'obligation de la société d'assurances d'indemniser l'assuré ou le réassuré contre une condamnation en dommages et intérêts susceptible de relever de l'article 11. Comme expliqué ci-dessus[262], l'article 11 traite de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires ; il autorise le tribunal requis à refuser la reconnaissance ou l'exécution de tout ou partie de la partie non compensatoire d'un tel jugement dans certains cas. Un tel jugement doit être distingué d'un jugement relatif à un contrat d'assurance en vertu duquel la société d'assurances s'engage à indemniser l'assuré contre les condamnations à des dommages et intérêts non compensatoires. Le fait qu'une condamnation dans une procédure entre un tiers et l'assuré pourrait ne pas être reconnue (en tout ou partie) en vertu de l'article 11 (parce que les dommages et intérêts sont de nature non compensatoire) ne signifie pas que la reconnaissance d'un jugement rendu dans une procédure entre l'assuré et sa société d'assurances, en vertu duquel la société d'assurances est tenue d'indemniser l'assuré d'une telle condamnation, peut être refusée.

226 **Exemple**[263]. Supposons qu'une société d'assurance résidant au Canada conclue un contrat d'assurance avec une personne résidant en Angleterre (« l'assuré »), en vertu duquel la société d'assurances indemnisera l'assuré au titre de sa responsabilité civile résultant de dommages corporels, y compris une responsabilité pour le versement de dommages et intérêts punitifs[264]. Le contrat comporte un accord d'élection de for en faveur des tribunaux de l'Angleterre. Un tiers poursuit alors l'assuré en Angleterre au titre d'un dommage corporel et le tribunal accorde au tiers 1 million de livres de dommages et intérêts compensatoires et 1 million de livres de dommages et intérêts punitifs. La société d'assurances refuse d'indemniser l'assuré. L'assuré poursuit la société d'assurances en Angleterre, sur la base de l'accord d'élection de for. Le tribunal condamne la société d'assurances à verser 2 millions de livres. L'assuré a droit à l'exécution de ce jugement à l'encontre de la société d'assurances pour la totalité de son montant au Canada. Il n'est pas pertinent qu'en vertu de l'article 2(2) *j)*, les demandes au titre de dommages corporels et moraux y afférents engagées par ou pour le compte de personnes physiques sont exclues du champ d'application de la Convention (art. 17(2) *a)*), ni qu'en vertu de l'article 11, un tribunal du Canada aurait pu ne pas être tenu de faire exécuter l'élément punitif du jugement entre le tiers et l'assuré (si le tribunal s'était déclaré compétent en vertu d'un accord d'élection de for) (art. 17(2) *b)*).

227 **Condamnation de l'assureur à des dommages et intérêts punitifs.** Si toutefois, dans la procédure en Angleterre entre l'assuré et la société d'assurances dans l'exemple ci-dessus, le tribunal avait non seulement condamné la société d'assurances à verser à l'assuré 2 millions de livres mais avait ajouté 1 million de livres de dommages et intérêts punitifs (car la société d'assurances avait refusé de verser le montant à l'assuré sans justification), ce million de livres supplémentaire ne relèverait pas de l'article 17(2) *b)*. Si les conditions de l'article 11 sont remplies, les tribunaux du Canada ne seront pas tenus d'exécuter la condamnation supplémentaire en vertu de la Convention.

Article 18 – Dispense de légalisation

228 L'article 18 dispose que tous les documents transmis ou délivrés en vertu de la Convention sont dispensés de toute légalisation ou de toute formalité analogue, y compris une Apostille[265].

Article 19 – Déclarations limitant la compétence

229 La Convention a pour politique d'exclure les situations purement internes de son champ d'application. L'article premier donne effet à cette politique. Mais la politique qui sous-tend l'article 19 est inverse : cet article permet à un État de déclarer que ses tribunaux n'appliqueront pas l'article 5 de la Convention aux affaires qui sont purement *étrangères*. Il dispose qu'un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de connaître des litiges auxquels un accord d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige[266].

230 En pratique, les parties choisissent parfois les tribunaux d'un État avec lequel ni elles ni les faits de l'espèce ne sont liés d'une manière quelconque, car aucune des parties ne veut aller devant les tribunaux de l'État de l'autre partie : elles conviennent donc du choix des tribunaux d'un État neutre. Certains pays y sont favorables[267]. D'autres considèrent que cela impose une charge injustifiée à leur système judiciaire. L'article 19 a pour objet de satisfaire les États de cette dernière catégorie.

Article 20 – Déclarations limitant la reconnaissance et l'exécution

231 L'article 20 dispose qu'un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque

[262] Voir *supra*, para. 203 à 205.

[263] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

[264] Que la police couvre de tels dommages et intérêts ou non dépendra de ses termes, interprétés selon la loi qui la régit.

[265] La disposition équivalente de l'avant-projet de Convention 1999 est l'art. 29(2). Le commentaire de cette disposition dans le Rapport Nygh / Pocar figure au para. 353, où il est indiqué que cette pratique est bien établie dans le contexte des Conventions de La Haye.

[266] La Convention utilisant les termes « peuvent refuser », les tribunaux d'un État ayant fait une telle déclaration auraient un pouvoir discrétionnaire d'exercer leur compétence ou non. Il n'en résultera aucune difficulté dans les systèmes de droit dans lesquels les tribunaux jouissent généralement d'une certaine liberté pour décider d'exercer leur compétence ou non. Dans les systèmes de droit où il n'en est pas ainsi, une législation pourrait être adoptée pour permettre aux tribunaux d'exercer un pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 19. La discrétion permise par l'art. 19 pourrait également être exercée par le législateur, et dans ce cas la législation elle-même indiquerait dans quelles circonstances les tribunaux refuseraient de connaître de l'affaire.

[267] Par ex., les tribunaux anglais acceptent depuis de nombreuses années de connaître de telles affaires, et en 1984, New York a adopté des dispositions spéciales en vue de les faciliter, lorsque l'opération concerne 1 million de dollars américains au moins : voir *New York Civil Practice Law and Rules*, Règle 327(b) et *New York General Obligations Law* § 5-1402.

under a contract of insurance for such goods are not excluded: Article 17(1).

223 The second paragraph of Article 17 is concerned with the recognition and enforcement of judgments establishing liability, or the absence of liability, under insurance or reinsurance contracts. It provides that recognition or enforcement of a judgment in respect of liability under a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability includes liability to indemnify the insured or reinsured in respect of (a) a matter to which the Convention does not apply; or (b) an award of damages to which Article 11 might apply.

224 Article 17(2) *a)* would cover situations where the insurance contract relates to a risk that is itself outside the scope of the Convention, either because it is excluded by virtue of Article 2 or because of a declaration made under Article 21. It therefore more or less reiterates the rule of paragraph 1.

225 Article 17(2) *b)* relates to judgments concerning the obligation of the insurance company to indemnify the insured or reinsured in respect of an award for damages to which Article 11 might apply. As explained above,[262] Article 11 is concerned with the recognition or enforcement of a judgment for non-compensatory damages; it permits the court addressed to refuse recognition or enforcement of part or all of any non-compensatory portion of such a judgment in certain circumstances. Such a judgment must be distinguished from a judgment concerning a contract of insurance under which the insurance company undertakes to indemnify the insured against liability to pay non-compensatory damages. The fact that a judgment for damages given in proceedings between a third party and the insured might not be recognised (in whole or in part) under Article 11 (because the damages are non-compensatory) does not mean that recognition may be refused to a judgment given in proceedings between the insured and his insurance company under which the insurance company is required to indemnify the insured against payment of such damages.

226 **Example.**[263] Assume that an insurance company resident in Canada concludes a contract of insurance with a person resident in England ("the insured"), under which the insurance company will indemnify the insured for third-party liability for personal injury, including liability to pay punitive damages.[264] The contract contains a choice of court clause in favour of the courts of England. Then a third party sues the insured for personal injury in England and the court awards the third party 1 million pounds compensatory damages plus 1 million pounds punitive damages. The insurance company refuses to indemnify the insured. The insured sues the insurance company in England, relying on the choice of court clause. The court gives judgment against the insurance company for 2 million pounds. The insured is entitled to enforce this judgment against the insurance company for the full amount in Canada. It is not relevant that, under Article 2(2) *j)*, claims for personal injury brought by or on behalf of natural persons are excluded from the scope of the Convention (Art. 17(2) *a)*), or that, under Article 11, a court in Canada might not have been obliged to enforce the punitive element in the judgment between the third party and the insured (if the court had taken jurisdiction under a choice of court agreement) (Art. 17(2) *b)*).

227 **Punitive damages awarded against insurer.** If, however, in the proceedings in England between the insured and the insurance company in the above example, the court had not only ordered the insurance company to pay the insured 2 million pounds, but had awarded the insured an additional 1 million pounds punitive damages (because the insurance company had failed without justification to pay the insured on demand), this additional 1 million pounds would not fall under Article 17(2) *b)*. If the requirements of Article 11 were satisfied, the courts of Canada would not be obliged to enforce the additional award under the Convention.

Article 18 – *No legalisation*

228 Article 18 provides that all documents forwarded or delivered under the Convention must be exempt from legalisation or any analogous formality, including an *Apostille*.[265]

Article 19 – *Declarations limiting jurisdiction*

229 It is the policy of the Convention to exclude wholly domestic situations from its scope. Effect is given to this policy by Article 1. Article 19 pursues the opposite policy: it permits a State to make a declaration that its courts will not apply Article 5 of the Convention to cases that are wholly *foreign*. It provides that a State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.[266]

230 In practice, parties sometimes choose the courts of a State with which neither they nor the facts of the case have any connection. The reason is that neither party wants to go before the courts of the other party's State; so they agree to choose the courts of a neutral State. Some countries welcome this.[267] Others feel that it imposes an undue burden on their judicial systems. The purpose of Article 19 is to accommodate States in the latter category.

Article 20 – *Declarations limiting recognition and enforcement*

231 Article 20 provides that a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by a court of another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than

[262] See *supra*, paras 203 to 205.
[263] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 20, *supra*.
[264] Whether the policy covers such damages would depend on its terms, as interpreted by the law governing it.
[265] This is equivalent to Art. 29(2) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on that provision in the Nygh / Pocar Report is at para. 353, where it is stated that this is a practice that is well established in the context of the Hague conventions.
[266] Since the Convention uses the words "may refuse", the courts of a State that made such a declaration would have discretion whether or not to exercise jurisdiction. This will cause no difficulty in legal systems where courts generally enjoy a certain degree of discretion in deciding whether or not to exercise jurisdiction. In legal systems where this is not the case, legislation could be adopted to permit courts to exercise discretion under Art. 19. The discretion permitted under Art. 19 could also be exercised by the legislator, in which case the legislation itself would specify under what circumstances courts would refuse to hear the case.
[267] For example, English courts have for many years been willing to hear such cases, and in 1984 New York adopted special provisions to facilitate them, where the transaction covers at least 1 million US dollars: see New York Civil Practice Law and Rules, Rule 327(b) and New York General Obligations Law § 5-1402.

les parties avaient leur résidence dans l'État requis et que les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, autres que le lieu du tribunal élu, étaient liés uniquement à l'État requis[268]. Cette disposition poursuit la politique, examinée ci-dessus, consistant à exclure les situations purement internes du champ d'application de la Convention.

232 Afin de comprendre l'objet de l'article 20, il faut se rappeler que la Convention ne s'applique que dans les situations internationales[269]. Toutefois, la définition du terme « internationale » à cet égard varie, selon que l'on considère la compétence[270] ou la reconnaissance et l'exécution d'un jugement[271]. Pour la compétence, une situation n'est pas internationale si les parties sont résidentes du même État contractant, et si tous les autres éléments pertinents du litige (quel que soit le lieu du tribunal élu) ne sont liés qu'à cet État. Toutefois, pour la reconnaissance et l'exécution, une situation est toujours internationale si le jugement a été rendu par un tribunal d'un État autre que celui où sont recherchées la reconnaissance et l'exécution. Cela signifie qu'un litige qui est interne lors de son procès devient international si une procédure est engagée pour faire exécuter le jugement dans un autre État. L'article 20 a pour objet de permettre à un État contractant de déclarer qu'il ne reconnaîtra ou n'exécutera pas un tel jugement lorsque l'affaire aurait été considérée comme purement interne si l'instance initiale avait été engagée devant ses propres tribunaux.

233 **Exemple**[272]. Supposons que les parties résident dans l'État A et tous les autres éléments pertinents sont liés à ce seul État. Elles conviennent de ce qu'un tribunal de l'État B aura compétence exclusive. Si l'une d'entre elles engage une procédure devant un tribunal de l'État A, ce tribunal ne sera pas tenu de refuser d'exercer sa compétence en vertu de l'article 6 : la Convention ne sera pas applicable parce que la situation ne sera pas internationale en vertu de l'article 1(2). Toutefois, si la procédure était engagée dans l'État B, l'État A serait tenu par l'article 8 de reconnaître le jugement qui en résulterait : la situation deviendrait internationale aux termes de l'article 1(3). L'article 20 permet aux États de modifier ce résultat en faisant une déclaration appropriée : dans cette hypothèse, l'État A ne serait pas tenu de reconnaître le jugement.

Article 21 – Déclarations relatives à des matières particulières

234 On se rappelle que l'article 2(2) exclut certaines matières du champ d'application de la Convention. L'article 21 permet à chaque État contractant d'étendre cette liste, en ce qui le concerne, au moyen d'une déclaration. Il dispose que lorsqu'un État a un intérêt important à ne pas appliquer la Convention à une matière particulière, cet État peut déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention à cette matière[273]. Lorsqu'il fait une déclaration, il doit s'assurer que sa portée n'est pas plus étendue que nécessaire et que la matière particulière exclue est définie de façon claire et précise[274]. Lorsqu'une telle déclaration est faite, la Convention ne s'appliquera pas à l'égard de cette matière dans l'État qui l'a faite.

235 L'intention de la Session diplomatique était que cette disposition ne s'appliquerait qu'à des domaines délimités du droit, du type de ceux exclus par l'article 2(2). La déclaration ne peut pas utiliser un critère autre que la matière. Par exemple, elle pourrait exclure les « contrats d'assurance maritime », mais pas « les contrats d'assurance maritime lorsque le tribunal élu est situé dans un autre État ».

236 **Garanties.** Si de telles dérogations n'étaient pas possibles, certains États pourraient ne pas être en mesure de devenir Parties à la Convention. Toutefois, un État ne devrait pas faire de déclaration sans un motif important. Les intérêts des parties doivent aussi être protégés. Afin de parvenir à ces objectifs, la Convention applique trois principes : transparence, non-rétroactivité, et réciprocité.

237 **Transparence et non-rétroactivité.** En vertu de l'article 32, toute déclaration en vertu de l'article 21 doit être notifiée au dépositaire (le Ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas), qui en avisera les autres États. La transparence est ainsi assurée. Il est également envisagé que les déclarations soient affichées sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé[275]. Si la déclaration est faite après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État qui en est l'auteur, elle ne produira pas d'effets pendant au moins trois mois[276]. Comme elle ne s'appliquera pas rétroactivement aux contrats conclus avant qu'elle ne produise ses effets[277], il sera possible aux parties de savoir, lorsqu'elles concluent un contrat, s'il sera affecté. La sécurité juridique est ainsi protégée.

238 **Réciprocité.** L'article 21(2) dispose que lorsqu'un État fait une telle déclaration, les autres États ne sont pas tenus d'appliquer la Convention à l'égard de la matière en question lorsque le tribunal élu est situé dans l'État faisant la déclaration. Cela signifie que si un État contractant n'est pas disposé à accorder le bénéfice de la Convention aux autres États contractants, il ne peut espérer en bénéficier lui-même.

239 **Examen des déclarations.** Il est envisagé que le fonctionnement des déclarations en vertu de l'article 21 puisse être examiné périodiquement, soit lors de réunions d'examen du fonctionnement de la Convention, convoquées par le Secrétaire général de la Conférence de La Haye en vertu de l'article 24, soit à titre de mesure préparatoire, lors des réunions sur les affaires générales et la politique de la Conférence[278].

Article 22 – Déclarations réciproques sur les accords non exclusifs d'élection de for

240 En vertu de l'article 1(1), la Convention ne s'applique qu'aux accords exclusifs d'élection de for. Toutefois, les accords non exclusifs sont assez courants, notamment dans le secteur bancaire international. L'article 22 ouvre donc la possibilité aux États contractants d'étendre le champ d'application de la Convention pour couvrir de tels accords. Cela ne s'applique toutefois qu'aux dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements contenues au chapitre III de la Convention (art. 8-15)[279]. D'autres dispositions, notamment les articles 5 et 6, ne s'appliquent pas à de tels accords.

241 Pour que l'article 22 entre en jeu, l'État d'origine et l'État dans lequel la reconnaissance ou l'exécution sont recherchées doivent tous deux être États contractants et avoir

[268] La Convention utilisant les termes « peuvent refuser », les tribunaux d'un État ayant fait une telle déclaration auraient un pouvoir discrétionnaire de reconnaître et d'exécuter ou non de tels jugements en vertu de la Convention. Une réglementation d'application pourrait prévoir une obligation de ne pas reconnaître ou exécuter les jugements étrangers en pareil cas.
[269] Art. 1(1).
[270] Art. 1(2).
[271] Art. 1(3).
[272] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.
[273] Une telle déclaration pourrait même être faite à l'égard de matières exclues des dispositions d'exclusion de l'art. 2(2) – par ex., les « droits d'auteur et droits voisins » de l'art. 2(2) *n)*.
[274] Si l'État contractant auteur de la déclaration le souhaite, il peut tout d'abord adresser le projet de déclaration au Secrétaire général de la Conférence de La Haye aux fins de distribution auprès des autres États contractants pour observations.
[275] À l'adresse <www.hcch.net>.
[276] Art. 32(4).
[277] Art. 32(5).
[278] Voir *infra*. para. 257.
[279] Cela comprend les motifs permettant de refuser la reconnaissance ou l'exécution – par ex., l'art. 9.

Rapport Hartley/Dogauchi

the location of the chosen court, were connected only with the requested State.[268] This provision pursues the policy, discussed above, of excluding wholly domestic situations from the scope of the Convention.

232 To understand the purpose of Article 20, one must remember that the Convention applies only in international cases.[269] However, the definition of "international" for this purpose varies, depending on whether one is considering jurisdiction,[270] or the recognition and enforcement of a judgment.[271] For the purpose of jurisdiction, a case is not international if the parties are resident in the same Contracting State, and if all other elements relevant to the dispute (regardless of the location of the chosen court) are connected only with that State. However, for the purpose of recognition and enforcement, a case is always international if the judgment was given by a court in a State other than that in which recognition or enforcement is sought. That means that a case that is domestic when it is heard becomes international if proceedings are brought to enforce the judgment in another State. The purpose of Article 20 is to permit a Contracting State to declare that it will not recognise or enforce such a judgment if the case would have been wholly domestic to it, if the original proceedings had been brought in its courts.

233 **Example.**[272] Assume that the parties are resident in State A and all other relevant elements are connected only with that State. They agree that a court in State B will have exclusive jurisdiction. If one of them brings proceedings before a court in State A, that court would not be obliged to decline jurisdiction under Article 6: the Convention would not be applicable because the case would not be international under Article 1(2). However, if proceedings were brought in State B, State A would be required by Article 8 to recognise the resulting judgment: the case would have become international in terms of Article 1(3). What Article 20 does is to make it possible for States to change this by entering an appropriate declaration. If it did that, State A would not be required to recognise the judgment.

***Article 21** – Declarations with respect to specific matters*

234 It will be remembered that Article 2(2) excludes certain matters from the scope of the Convention. Article 21 permits individual Contracting States to extend this list, as far as they are concerned, by making a declaration. It provides that where a State has a strong interest in not applying the Convention to a specific matter, it may declare that it will not apply the Convention to that matter.[273] When making a declaration, it must ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.[274] Where such a declaration is made, the Convention will not apply with regard to that matter in the Contracting State that made the declaration.

235 It was intended by the Diplomatic Session that this provision should apply only to discrete areas of the law of the kind excluded by Article 2(2). The declaration cannot use any criterion other than subject matter. It could, for example, exclude "contracts of marine insurance", but not "contracts of marine insurance where the chosen court is situated in another State".

236 **Safeguards.** If such opt-outs were not possible, some States might not be able to become Parties to the Convention. However, a State should not make a declaration without compelling reasons. The interests of the parties must also be safeguarded. To achieve these objectives, the Convention applies three principles: transparency, non-retroactivity and reciprocity.

237 **Transparency and non-retroactivity.** Under Article 32, any declaration made under Article 21 must be notified to the depositary (the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands), which will inform the other States. This ensures transparency. It is also envisaged that declarations will be posted on the website of the Hague Conference on Private International Law.[275] If the declaration is made after the Convention comes into force for the State making it, it will not take effect for at least three months.[276] Since it will not apply retroactively to contracts concluded before it takes effect,[277] it will be possible for the parties to know, when they conclude a contract, whether it will be affected. This protects legal security.

238 **Reciprocity.** Article 21(2) provides that, where a State makes such a declaration, other States will not be required to apply the Convention with regard to the matter in question where the chosen court is in the State making the declaration. This means that if a Contracting State is not prepared to grant the benefits of the Convention to other Contracting States, it cannot expect to benefit from the Convention itself.

239 **Review of declarations.** It is envisaged that the operation of declarations under Article 21 may be considered from time to time, either at review meetings to be convened by the Secretary General of the Hague Conference under Article 24, or, as a preparatory step, at meetings on General Affairs and Policy of the Conference.[278]

***Article 22** – Reciprocal declarations on non-exclusive choice of court agreements*

240 Under Article 1(1), the Convention applies only to exclusive choice of court agreements. However, non-exclusive agreements are quite common, especially in international banking. Article 22, therefore, opens up the possibility for Contracting States to extend the scope of the Convention to cover such agreements. This, however, applies only to the provisions of the Convention in Chapter III concerning the recognition and enforcement of judgments (Art. 8–15).[279] Other provisions, in particular, Articles 5 and 6, do not apply to such agreements.

241 For Article 22 to operate, the State of origin and the State in which recognition or enforcement is sought must both be Contracting States and they must both have made a declara-

[268] Since the Convention uses the words "may refuse", the courts of a State that made such a declaration would have discretion whether or not to recognise and enforce such judgments under the Convention. However, implementing legislation could introduce an obligation not to recognise or enforce foreign judgments in such circumstances.
[269] Art. 1(1).
[270] Art. 1(2).
[271] Art. 1(3).
[272] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.
[273] Such a declaration may even be made with regard to matters excluded from the exclusionary provisions in Art. 2(2) – for example, "copyright and related rights" in Art. 2(2) *n)*.
[274] Where the Contracting State making the declaration so wished, the declaration could first be sent in draft to the Secretary General of the Hague Conference for circulation to the other Contracting States for their comments.
[275] This is <www.hcch.net>.
[276] Art. 32(4).
[277] Art. 32(5).
[278] See *infra*, para. 257.
[279] This includes the grounds on which recognition or enforcement may be refused – for example, under Art. 9.

Hartley/Dogauchi Report

fait une déclaration en vertu de l'article 22. En outre, les conditions suivantes doivent être remplies :

– le tribunal d'origine doit avoir été désigné dans un accord non exclusif d'élection de for ;

– il ne doit pas exister de jugement entre les mêmes parties sur la même cause rendu par un autre tribunal devant lequel une procédure aurait pu être engagée conformément à l'accord non exclusif d'élection de for[280] ;

– il ne doit pas exister de procédure pendante entre les mêmes parties sur la même cause devant un tel autre tribunal ;

– le tribunal d'origine doit avoir été le tribunal saisi en premier.

242 Afin de constituer un accord non exclusif d'élection de for aux fins de l'article 22, l'accord doit remplir les conditions suivantes[281] :

– il doit revêtir la forme prévue par l'article 3 *c)*[282] ;

– les parties doivent y avoir consenti[283] ;

– le tribunal élu doit être désigné aux fins de trancher les litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé[284] ;

– l'accord doit désigner un tribunal ou les tribunaux d'un ou plusieurs États contractants.

243 **Champ d'application.** Sous la réserve qu'il concerne les accords non exclusifs, le champ d'application de l'article 22 est exactement le même que celui de la Convention dans son ensemble : sous cette seule réserve, il ne s'applique pas à un accord d'élection de for qui ne relèverait pas des autres dispositions de la Convention. Ainsi, les restrictions résultant de l'article 2 et de l'article 21 s'appliqueraient également en vertu de l'article 22.

244 Sauf dans la mesure où elle établit la réciprocité, une déclaration en vertu de l'article 22 ne peut affecter aucun État autre que celui qui la fait.

245 **Article 22(2) *b).*** L'article 22(2) *b)* modifie l'exigence de reconnaissance et d'exécution en indiquant que cette reconnaissance ou exécution n'est pas obligatoire s'il existe un jugement d'un autre tribunal devant lequel des procédures pouvaient être engagées conformément à l'accord non exclusif d'élection de for ou lorsqu'il existe une procédure pendante entre les mêmes parties devant un tel autre tribunal ayant le même objet et la même cause, que ces procédures aient été engagées avant ou après celles devant le tribunal élu, et que ce jugement ait été rendu avant ou après celui du tribunal élu. Afin de comprendre le fonctionnement de cette disposition, il est nécessaire d'examiner quand une procédure peut être engagée devant un tribunal autre que le tribunal élu conformément à un accord non exclusif d'élection de for. Cela dépendra de la nature non exclusive sans restriction ou soumise à restrictions de l'accord d'élection de for.

246 **Accords non exclusifs sans restriction**[285]**.** Si l'accord est non exclusif sans restriction, il ne limite en rien les tribunaux devant lesquels la procédure peut être engagée. Il désigne simplement un tribunal ou les tribunaux d'un ou plusieurs États contractants d'une manière non exclusive – par exemple « les procédures dans le cadre du présent contrat pourront être engagées devant les tribunaux de Corée, mais cela n'interdira pas l'engagement de procédures devant tout autre tribunal compétent en vertu du droit de l'État où il est situé ». Lorsque l'accord d'élection de for revêt cette forme, une procédure devant un tribunal *quel qu'il* soit – même s'il n'est pas situé en Corée – serait conforme à l'accord d'élection de for et constituerait donc un motif de ne pas reconnaître le jugement d'un tribunal coréen en vertu de l'article 22(2) *b)* de la Convention.

247 **Accords de nature non exclusive soumis à restrictions**[286]**.** La situation est différente dans le cas d'un accord non exclusif d'élection de for soumis à restrictions. Un tel accord limite les tribunaux devant lesquels une procédure peut être engagée, mais ne constitue néanmoins pas un accord exclusif d'élection de for au sens de l'article 3 de la Convention. On pourrait donner comme exemple un accord qui désigne un tribunal ou les tribunaux d'un ou plusieurs États contractants *à l'exclusion de tous les autres* – par exemple, « les procédures dans le cadre du présent contrat ne pourront être engagées que devant les tribunaux de Corée ou les tribunaux de Chine » ou « les procédures dans le cadre du présent contrat ne pourront être engagées que devant le Tribunal de district de Séoul ou le Tribunal de district de Pékin ». Un accord sous cette forme attribue la compétence aux tribunaux indiqués et interdit à la fois aux autres tribunaux de se déclarer compétents : un tel accord constituerait un accord exclusif d'élection de for en vertu de l'article 3 de la Convention si ce n'est que les tribunaux élus sont situés dans des États contractants différents. Si A poursuit alors B à Séoul et obtient un jugement, toute procédure ayant le même objet et la même cause engagée par B à Pékin (ou un jugement obtenu à Pékin) constituera un obstacle au sens de l'article 22(2) *b)* à la reconnaissance et l'exécution du jugement de Séoul.

248 Dans un autre exemple[287], les fors à la disposition des parties sont encore plus limités mais l'effet serait identique : lorsque A et B ont conclu un accord en vertu duquel A peut poursuivre B *uniquement* devant le Tribunal de district de Séoul, et B peut poursuivre A uniquement devant le Tribunal de district de Pékin, chacune des parties dispose d'un seul for et non de deux comme dans l'exemple précédent. Si A poursuit alors B à Séoul et obtient un jugement, une procédure ayant le même objet et la même cause engagée par B à Pékin (ou un jugement obtenu à Pékin) constituera un obstacle au sens de l'article 22(2) *b)* à la reconnaissance et l'exécution du jugement de Séoul en vertu de la Convention[288].

249 **Accords asymétriques.** Les accords asymétriques ont été examinés ci-dessus[289]. Il s'agit d'accords en vertu desquels une partie ne peut engager des poursuites que devant le tribunal élu, mais l'autre peut également engager des poursuites devant d'autres tribunaux. De tels accords comptent comme accords non exclusifs aux fins de la Convention car ils excluent la possibilité d'engager une procédure devant d'autres tribunaux pour l'une des parties seulement.

[280] Il pourrait s'agir de n'importe quel tribunal qui n'est pas exclu par l'accord ; voir *infra*, para. 245 et s.
[281] En fait, toutes les conditions de l'art. 3 doivent être remplies sauf celle de l'exclusivité. Elles sont énumérées *supra*, para. 93.
[282] Voir *supra*, para. 110 à 114.
[283] Voir *supra*, para. 94 à 97.
[284] Voir *supra*, para. 101.

[285] Dans ce paragraphe on suppose que tous les États mentionnés sont Parties à la Convention et ont fait une déclaration en vertu de l'art. 22.
[286] Dans ce paragraphe on suppose que tous les États mentionnés sont Parties à la Convention et ont fait une déclaration en vertu de l'art. 22.
[287] Dans ce paragraphe on suppose que tous les États mentionnés sont Parties à la Convention et ont fait une déclaration en vertu de l'art. 22.
[288] Voir *supra*, para. 104.
[289] Voir *supra*, para. 105.

Rapport Hartley/Dogauchi

tion under Article 22. In addition, the following requirements must be satisfied:

– the court of origin must have been designated in a non-exclusive choice of court agreement;

– there must be no judgment between the same parties on the same cause of action given by another court before which proceedings could have been brought in accordance with the non-exclusive choice of court agreement;[280]

– there must be no proceedings pending between the same parties on the same cause of action in any other such court;

– the court of origin must have been the court first seised.

242 To constitute a non-exclusive choice of court agreement for the purpose of Article 22, the agreement must satisfy the following conditions:[281]

– it must be in the form laid down by Article 3 *c)*;[282]

– the parties must have consented to it;[283]

– the chosen court must be designated for the purpose of deciding disputes that have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship;[284]

– the agreement must designate a court or the courts of one or more Contracting States.

243 **Scope.** Except for the fact that it applies to non-exclusive agreements, the scope of Article 22 is exactly the same as that of the Convention as a whole: subject to this one exception, it does not apply to any choice of court agreement that would not be covered by the other provisions of the Convention. Thus the restrictions laid down by Article 2 and Article 21 would also operate under Article 22.

244 Except to the extent that it establishes reciprocity, a declaration under Article 22 cannot affect any State other than the State that makes it.

245 **Article 22(2) *b)*.** Article 22(2) *b)* modifies the requirement of recognition and enforcement of a judgment by stating that such recognition or enforcement is not mandatory when there exists a judgment given by any other court before which proceedings could be brought in accordance with the non-exclusive choice of court agreement or where there exists a proceeding pending between the same parties in any other such court on the same cause of action, regardless of whether such proceedings were commenced before or after those before the chosen court or whether such judgment was given before or after that of the chosen court. To understand the operation of this provision it is necessary to consider when proceedings can be brought in a court other than the chosen court in accordance with a non-exclusive choice of court agreement. This depends on whether the choice of court agreement is non-exclusive without limitation or non-exclusive with limitation.

246 **Agreements that are non-exclusive without limitation.**[285] If the agreement is non-exclusive without limitation, it imposes no restrictions on the courts before which proceedings may be brought. It simply designates a court or the courts of one or more Contracting States on a non-exclusive basis – for example, "proceedings under this contract may be brought in the courts of Korea, but this shall not preclude the bringing of proceedings in any other court that has jurisdiction under the law of the State in which it is located". Where the choice of court agreement is in this form, proceedings in *any* court – even if it is not in Korea – would be in accordance with the choice of court agreement and thus provide a reason under Article 22(2) *b)* not to recognise the judgment of a Korean court under the Convention.

247 **Agreements that are non-exclusive with limitation.**[286] The position is different in the case of an agreement that is non-exclusive with limitation. Such an agreement imposes restrictions on the courts before which proceedings may be brought but nevertheless does not constitute an exclusive choice of court agreement as defined in Article 3 of the Convention. One form would be an agreement that designates a court or the courts of two or more Contracting States *to the exclusion of all others* – for example, "proceedings under this contract may be brought only in the courts of Korea or the courts of China" or "proceedings under this contract may be brought only in the District Court of Seoul or the District Court of Beijing". An agreement in this form both grants jurisdiction to the courts specified and precludes other courts from taking it: such an agreement would constitute an exclusive choice of court agreement under Article 3 of the Convention were it not for the fact that the designated courts are in different Contracting States. If A now sues B in Seoul and obtains a judgment, any proceedings on the same cause of action brought by B in Beijing (or a judgment obtained there) would be an obstacle in the sense of Article 22(2) *b)* to the recognition and enforcement of the judgment from Seoul.

248 In another example[287] the fora available to the parties are even more limited but the effect would be the same: where A and B have concluded an agreement under which A may sue B *only* in the District Court of Seoul, and B may sue A only in the District Court of Beijing, each party has only one forum available and not two as in the previous example. If A now sues B in Seoul and obtains a judgment, any proceedings on the same cause of action brought by B in Beijing (or a judgment obtained there) would be an obstacle in the sense of Article 22(2) *b)* to the recognition and enforcement under the Convention of the judgment from Seoul.[288]

249 **Asymmetric agreements.** Asymmetric agreements were discussed above.[289] They are agreements under which one party may bring proceedings only in the chosen court but the other party may bring proceedings in other courts as well. Such agreements count as non-exclusive agreements for the purpose of the Convention because they exclude the possibility of initiating proceedings in other courts for only one of the parties.

[280] This could be any court that is not excluded by the agreement; see *infra*, paras 245 *et seq.*
[281] In effect, all the requirements laid down in Art. 3 must be satisfied except that of exclusivity. These requirements are listed in para. 93, *supra*.
[282] See paras 110 to 114, *supra*.
[283] See paras 94 to 97, *supra*.
[284] See para. 101, *supra*.
[285] In this paragraph, it is assumed that all States mentioned are Parties to the Convention and that they have made a declaration under Art. 22.
[286] In this paragraph, it is assumed that all States mentioned are Parties to the Convention and that they have made a declaration under Art. 22.
[287] In this paragraph, it is assumed that all States mentioned are Parties to the Convention and that they have made a declaration under Art. 22.
[288] See para. 104, *supra*.
[289] See para. 105, *supra*.

250 **Exemple**[290]. Supposons qu'un bailleur et un emprunteur concluent un contrat de prêt. Le contrat comporte une clause d'élection de for qui stipule que « les procédures de l'emprunteur à l'encontre du bailleur ne pourront être engagées que devant le Tribunal de district de Séoul, mais les procédures du bailleur à l'encontre de l'emprunteur pourront être engagées devant ce tribunal ou devant tout autre tribunal compétent en vertu du droit de l'État où il est situé ». Le Tribunal de district de Séoul rend un jugement et une procédure est engagée pour obtenir son exécution en Chine, les deux États ayant fait des déclarations en vertu de l'article 22. Une procédure dans le cadre du contrat de prêt est également pendante en Australie. Si cette dernière était engagée par le bailleur à l'encontre de l'emprunteur, elle interdirait l'exécution du jugement coréen en Chine en vertu de l'article 22 car elle serait conforme à l'accord non exclusif d'élection de for[291]. Si par contre, elle avait été engagée par l'emprunteur à l'encontre du bailleur, ce ne serait pas le cas. Par conséquent, elle n'interdirait pas l'exécution du jugement coréen en Chine[292].

251 **Article 22(2) *c)*.** Cette disposition est destinée à s'appliquer lorsqu'il existait une procédure devant l'autre tribunal mais qui n'a pas donné lieu à un jugement définitif et qui n'est plus pendante – par exemple, en cas de dessaisissement en vertu du principe de *forum non conveniens*. Si elle a donné lieu à un jugement définitif ou si elle est encore pendante, l'article 22(2) *b)* s'appliquera. Si ceci n'est pas le cas, l'article 22(2) *c)* exige en outre que le tribunal d'origine ait été le premier saisi. Si un autre tribunal non exclu par l'accord d'élection de for était saisi en premier dans une procédure entre les mêmes parties sur la même cause, le jugement ne pourrait être reconnu ou exécuté en vertu de la Convention[293].

252 L'intention de la Session diplomatique était que l'article 22(2) *c)* ne devrait pas s'appliquer lorsque le tribunal saisi en premier s'est déclaré compétent en contradiction avec les termes de l'accord d'élection de for. En d'autres termes, l'article 22(2) *c)* est soumis à la même restriction à cet égard que l'article 22(2) *b)*, et le seul fait qu'un tribunal non autorisé par l'accord a été saisi en premier n'exclura pas la reconnaissance et l'exécution en vertu du régime de déclaration.

253 **Entrée en vigueur.** L'entrée en vigueur des déclarations en vertu de l'article 22 est régie par l'article 32(3) et (4). L'entrée en vigueur sera également pertinente à l'égard du moment où la déclaration est « faite » au sens de l'article 22. Une déclaration qui n'est pas entrée en vigueur ne peut pas avoir d'effets juridiques.

254 Les dispositions transitoires prévues à l'article 16 ne s'appliquent pas aux déclarations en vertu de l'article 22. La Session diplomatique a voulu que l'État contractant faisant la déclaration puisse indiquer dans la déclaration dans quelle mesure (le cas échéant) la déclaration est d'effet rétroactif[294]. L'État faisant la déclaration peut donc décider s'il couvre les accords d'élection de for conclus, les procédures engagées ou les jugements rendus dans l'État d'origine avant l'entrée en vigueur de la déclaration pour l'État requis. En l'absence d'une telle déclaration, la procédure tendant à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement pourrait être engagée dans l'État requis dès que la déclaration est entrée en vigueur pour cet État. La reconnaissance ou l'exécution pourrait alors être accordée en vertu de l'article 22, même si l'accord d'élection de for a été conclu, la procédure devant le tribunal d'origine engagée, ou le jugement initial rendu avant cette date.

255 **Réciprocité.** Même s'il existe une déclaration en vigueur dans l'État de reconnaissance applicable au jugement en cause, une déclaration doit également être en vigueur dans l'État d'origine. Les deux déclarations doivent être en vigueur au moment où la reconnaissance est recherchée ; dans le cas contraire il n'y a pas de réciprocité. Ni l'article 22 ni l'article 32 n'indiquent expressément si la déclaration en vigueur dans l'État d'origine doit être telle qu'elle se serait appliquée à un jugement de l'État de reconnaissance rendu à la même date que le jugement en cause. Afin de lever toute ambiguïté à cet égard, un État faisant une déclaration en vertu de l'article 22 pourrait indiquer s'il doit également y avoir ou non ce qu'on pourrait appeler une « réciprocité dans le temps » dans le cadre de l'article 22.

Article 23 – Interprétation uniforme

256 L'article 23 indique qu'aux fins de l'interprétation de la Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Cette disposition est adressée aux tribunaux appliquant la Convention. Elle leur impose de l'interpréter dans un esprit international afin de promouvoir l'uniformité de l'application. Lorsque c'est raisonnablement possible, il sera donc tenu compte des décisions et écrits étrangers. Il faut également garder à l'esprit que des concepts et principes considérés comme axiomes d'un système juridique peuvent être inconnus ou rejetés dans un autre. Les objectifs de la Convention ne peuvent être atteints que si tous les tribunaux l'appliquent avec un esprit d'ouverture[295].

Article 24 – Examen du fonctionnement de la Convention

257 L'article 24 impose au Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé de prendre périodiquement des dispositions en vue d'examiner le fonctionnement de la Convention, y compris de toute déclaration faite en vertu de celle-ci, et examiner l'opportunité d'y apporter des modifications. L'un des principaux objectifs de ces réunions sera d'examiner le fonctionnement des déclarations en vertu de l'article 21 et d'examiner la nécessité du maintien de chacune d'entre elles.

Article 25 – Systèmes juridiques non unifiés

258 L'article 25 traite des problèmes résultant du fait que certains États sont composés de deux ou plusieurs unités territoriales, disposant chacune de sa propre organisation judiciaire. Cela se produit le plus couramment dans le cas de fédérations – telles que le Canada ou les États-Unis d'Amérique – mais peut également exister dans d'autres États – tels que la Chine ou le Royaume-Uni. Il peut en résulter une difficulté car il faut décider dans chaque affaire si l'unité appropriée est l'État dans son ensemble (« l'État » au sens international) ou s'il s'agit d'une unité territoriale particulière de cet État.

259 L'article 25(1) résout cette difficulté en disposant que, lorsque des systèmes juridiques différents s'appliquent dans les unités territoriales à l'égard de matières régies par la

[290] Dans ce paragraphe on suppose que tous les États mentionnés sont Parties à la Convention et ont fait une déclaration en vertu de l'art. 22.
[291] Il en serait ainsi même si elle était engagée après l'engagement de la procédure en Corée et en Chine.
[292] Toutefois, si le jugement australien est rendu en premier, le tribunal chinois pourrait avoir le droit de refuser l'exécution du jugement coréen en vertu de l'art. 9 *g)*.
[293] La Convention n'interdit pas sa reconnaissance ou son exécution en vertu du droit national.
[294] Voir les Procès-verbaux de la Vingtième Session, Commission II : le Procès-verbal No 24, para. 56 à 63, et le Procès-verbal No 22, para. 74 à 97.
[295] La disposition équivalente de l'avant-projet de Convention 1999 est l'art. 38(1). Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure au para. 386.

250 **Example.**[290] Assume that a lender and a borrower enter into a loan agreement. The agreement contains a choice of court clause that provides, "Proceedings by the borrower against the lender may be brought only in the District Court of Seoul, but proceedings by the lender against the borrower may be brought either in that court or in any other court having jurisdiction under the law of the State in which it is located". The District Court of Seoul grants a judgment and proceedings are brought to enforce it in China, both States having made declarations under Article 22. Proceedings under the loan agreement are also pending before a court in Australia. If the latter proceedings were brought by the lender against the borrower, they would preclude enforcement of the Korean judgment in China under Article 22, since they were in accordance with the non-exclusive choice of court agreement.[291] If, on the other hand, they had been brought by the borrower against the lender, this would not be the case; consequently, they would not preclude enforcement of the Korean judgment in China.[292]

251 **Article 22(2) *c).*** This provision was intended to apply where there were proceedings before the other court but they did not result in a final judgment and are not still pending – for example, where they were dismissed under the doctrine of *forum non conveniens*. If they did result in a final judgment or if they are still pending, Article 22(2) *b)* would apply. If this is not the case, Article 22(2) *c)* further requires that the court of origin must have been first seised. If another court not excluded by the choice of court agreement was seised first in proceedings between the same parties on the same cause of action, the judgment cannot be recognised or enforced under the Convention.[293]

252 It was the intention of the Diplomatic Session that Article 22(2) *c)* should not apply where the court first seised took jurisdiction contrary to the terms of the choice of court agreement. In other words, Article 22(2) *c)* is subject to the same restriction in this respect as Article 22(2) *b)*, and the mere fact that a court not permitted by the agreement was seised first will not exclude recognition and enforcement under the declaration system.

253 **Entry into force.** The entry into force of declarations under Article 22 is governed by Article 32(3) and (4). Entry into force will also be relevant with regard to when a declaration has been "made" in terms of Article 22. A declaration which has not entered into force cannot have legal effects.

254 The transitional provisions laid down in Article 16 do not apply to declarations under Article 22. It was the understanding of the Diplomatic Session that the Contracting State making the declaration can specify in the declaration to what extent (if any) the declaration has retroactive effect.[294] The State making the declaration may thus determine whether it covers choice of court agreements concluded, proceedings commenced, or judgments given in the State of origin before the declaration enters into force for the requested State. In the absence of such a statement, proceedings for the recognition or enforcement of a judgment could be brought in the requested State as soon as the declaration took effect for that State. Recognition or enforcement could then be granted under Article 22, even if the choice of court agreement was concluded, the proceedings in the court of origin commenced, or the original judgment given, before that date.

255 **Reciprocity.** Even if there is a declaration in force in the State of recognition that applies to the judgment in question, a declaration must also be in force in the State of origin. Both declarations must be in force when recognition is sought; otherwise there is no reciprocity. There is no explicit statement in either Article 22 or Article 32 as to whether the declaration in force in the State of origin must be such that it would have applied to a judgment from the State of recognition given on the same date as the judgment in question. To ensure clarity on this matter, a State making a declaration under Article 22 could specify whether or not there must also be what may be called "reciprocity as to time" under Article 22.

Article 23 – Uniform interpretation

256 Article 23 states that in the interpretation of the Convention regard must be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application. This provision is addressed to courts applying the Convention. It requires them to interpret it in an international spirit so as to promote uniformity of application. Where reasonably possible, therefore, foreign decisions and writings should be taken into account. It should also be kept in mind that concepts and principles that are regarded as axiomatic in one legal system may be unknown or rejected in another. The objectives of the Convention can be attained only if all courts apply it in an open-minded way.[295]

Article 24 – Review of the operation of the Convention

257 Article 24 requires the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law to make arrangements at regular intervals for the review of the operation of the Convention, including any declarations made under it, and for the consideration of the question whether any amendments to it are desirable. One of the major purposes of such review meetings would be to examine the operation of declarations under Article 21 and to consider whether each of them was still required.

Article 25 – Non-unified legal systems

258 Article 25 is concerned with the problems that result from the fact that some States are composed of two or more territorial units, each with its own judicial system. It occurs most often in the case of federations – for example, Canada or the United States of America – but can also occur in other States as well – for example, China or the United Kingdom. This can create a problem because one has to decide in any particular case whether the reference is to the State as a whole ("State" in the international sense) or whether it is to a particular territorial unit within that State.

259 Article 25(1) solves this problem by providing that, where different systems of law apply in the territorial units

[290] In this paragraph, it is assumed that all States mentioned are Parties to the Convention and that they have made a declaration under Art. 22.
[291] This would be the case even if they were commenced after the commencement of the proceedings in Korea and China.
[292] However, if the Australian judgment were given first, the Chinese court might be entitled to refuse to enforce the Korean judgment under Art. 9 *g)*.
[293] The Convention does not preclude its recognition or enforcement under national law.
[294] See Minutes of the Twentieth Session, Commission II: Minutes No 24, paras 56 to 63; Minutes No 22, paras 74 to 97.
[295] The equivalent provision in the preliminary draft Convention 1999 is Art. 38(1). The commentary on this in the Nygh / Pocar Report is at para. 386.

Hartley/Dogauchi Report

Convention[296], la Convention doit être interprétée comme s'appliquant soit à l'État au sens international soit à l'unité territoriale considérée, selon ce qui est approprié.

260 Les situations les plus importantes dans lesquelles la question se pose ont trait à la définition d'un accord exclusif d'élection de for (art. 3) et à l'obligation du tribunal élu de connaître du litige (art. 5). La manière dont l'article 25 s'applique à ces situations a déjà été examinée[297].

261 L'article 25(2) donne des effets complémentaires à la politique de non-application de la Convention aux situations purement internes. Il indique que nonobstant les dispositions de l'article 25(1), un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu d'appliquer la Convention à des situations impliquant uniquement ces différentes unités territoriales. Pour que cette disposition soit applicable, le tribunal élu doit également être situé dans l'État en question. S'il est situé dans un autre État contractant, l'article 20 s'appliquera (s'il existe une déclaration appropriée).

262 L'article 25(2) signifie que si, par exemple, le tribunal élu est situé en Angleterre et la situation est purement interne au Royaume-Uni, le Royaume-Uni n'est pas tenu d'appliquer la Convention au motif que l'une des parties réside en Écosse.

263 L'article 25(3) dispose qu'un tribunal situé dans une unité territoriale d'un État contractant n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter un jugement d'un autre État contractant au seul motif que le jugement a été reconnu ou exécuté en vertu de la Convention par un tribunal d'une autre unité territoriale du premier État contractant. Cela signifie, par exemple, qu'un tribunal de Pékin n'est pas tenu par la Convention de reconnaître un jugement japonais au seul motif qu'un tribunal de Hong Kong l'a fait[298]. Le tribunal de Pékin doit décider par lui-même si les conditions pour la reconnaissance ou l'exécution en vertu de la Convention sont remplies.

264 Le paragraphe 4 indique expressément que l'article 25 ne s'applique pas aux Organisations régionales d'intégration économique. En d'autres termes, il ne traite que des États (au sens international) et des unités territoriales au sein d'un État dans lesquels s'appliquent des systèmes de droit différents[299].

Article 26 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

265 L'article 26 traite du rapport entre la Convention et d'autres instruments internationaux concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements. Les instruments de ce type comprennent la Convention de Bruxelles[300], la Convention de Lugano[301], le Règlement de Bruxelles[302], la Convention de Minsk[303], et divers instruments des Amériques[304].

266 Les paragraphes 1 à 5 de l'article 26 traitent des conflits entre la Convention et d'autres accords internationaux. Le paragraphe 6 traite des conflits entre la Convention et les règles d'une Organisation régionale d'intégration économique. Nous examinerons tout d'abord la première de ces questions.

267 Le problème des traités incompatibles ne se pose que si deux conditions sont réunies. La première est qu'il doit exister une incompatibilité réelle entre les deux traités. En d'autres termes, l'application des deux traités doit conduire à des résultats différents dans une situation concrète. Si cela ne se produit pas, les deux traités peuvent être appliqués. Dans certains cas, une incompatibilité apparente peut être résolue par l'interprétation. Dans ce cas, le problème est réglé. Comme nous le verrons, c'est le but de l'article 26(1).

268 La seconde condition est que l'État du tribunal saisi doit être Partie aux deux traités. Si l'État n'est Partie qu'à l'un d'entre eux, ses tribunaux appliqueront simplement celui-là. L'article 26 est donc destiné aux États qui sont Parties à la fois à la Convention et à un autre traité en conflit avec celle-ci.

269 **La Convention de Vienne.** Les articles 30 et 41 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969 codifient les règles de droit international public à l'égard des traités portant sur la même matière[305]. Les règles de l'article 26 de la Convention doivent être lues dans ce contexte[306]. La Convention ne peut s'accorder la primauté sur d'autres instruments dans une mesure plus étendue que ce que permet le droit international. Toutefois, le droit international permet à un traité de disposer qu'il sera subordonné à un autre traité. L'article 26 a donc pour objet de préciser que, dans les cas indiqués, la Convention cédera la primauté à l'autre instrument, dans la mesure où ils sont en conflit. Lorsqu'aucune de ces règles de « céder le passage » ne s'applique, la Convention produit ses effets dans toute la mesure autorisée par le droit international.

270 **Interprétation.** Le premier paragraphe de l'article 26 comporte une règle d'interprétation. Il dispose que la Convention doit être interprétée de façon à être, autant que possible, compatible avec d'autres traités en vigueur pour les États contractants. Il en est ainsi, que l'autre traité ait été conclu avant ou après la Convention. Ainsi, lorsqu'une disposition de la Convention est raisonnablement susceptible de deux significations, la signification qui est la plus compatible avec l'autre traité doit être privilégiée. Cela ne signifie toutefois pas qu'une interprétation forcée devrait être adoptée afin de parvenir à la compatibilité.

271 **Première règle de « céder le passage ».** Le paragraphe 2 de l'article 26 contient la première règle de « céder le passage ». Elle s'applique, que le traité ait été conclu avant ou

[296] Le fait que certaines ou la totalité des unités territoriales pertinentes d'un État contractant appliquent la *common law* ne signifie pas nécessairement qu'elles n'appliquent pas des systèmes juridiques différents. Ce sera le cas si leur législation est différente – par ex., dans le cas des états d'Australie ou des provinces de *common law* du Canada.
[297] Voir *supra*, para. 107 et 128 à 131.
[298] Il peut bien entendu le reconnaître en vertu de son droit interne.
[299] Les Organisations régionales d'intégration économique sont régies par l'art. 29.
[300] *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* du 27 septembre 1968, JO 1998 C 27 p. 1 (voir *supra*, note 9).
[301] *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* du 16 septembre 1988, JO 1988 L 319, p. 9 (voir *supra*, note 10).
[302] 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, JO 2001 L 12, p. 1 (voir *supra*, note 50).
[303] *Convention de Minsk relative à l'entraide judiciaire et aux relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale* de 1993. La version actuelle modifiée au 28 mars 1997 figure en traduction française et anglaise en Annexe II du Doc. prél. No 27, « La relation entre le projet sur les jugements et certains instruments régionaux dans le cadre de la Communauté d'États Indépendants », préparé par E. Gerasimchuk pour le Bureau Permanent, supra p. 230, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.
[304] Voir A. Schulz, A. Muriá Tuñón et R. Villanueva Meza, « Les instruments américains du droit international privé. Une Note sur leurs rapports avec une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for », Doc. prél. No 31 à l'intention de la Vingtième session de juin 2005, supra p. 318, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.
[305] Les art. 30 et 41 sont généralement considérés comme indiquant les règles de droit international coutumier à cet égard, de sorte que même les États qui ne sont pas Parties à la Convention de Vienne les acceptent comme exposant de manière exacte la situation juridique.
[306] Pour un examen approfondi, voir A. Schulz, « La relation entre le projet sur les jugements et d'autres instruments internationaux », Doc. prél. No 24 de décembre 2003 à l'intention de la Commission spéciale de décembre 2003, supra p. 148, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

Rapport Hartley/Dogauchi

with regard to any matter dealt with in the Convention,[296] the Convention is to be construed as applying either to the State in the international sense or to the relevant territorial unit, whichever is appropriate.

260 The most important situations in which the question arises are in connection with the definition of an exclusive choice of court agreement (Art. 3) and the obligation of the chosen court to hear the case (Art. 5). The way in which Article 25 applies in these situations has already been discussed.[297]

261 Article 25(2) gives further effect to the policy of not applying the Convention to wholly domestic situations. It states that, notwithstanding the provisions of Article 25(1), a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law are applied is not bound to apply the Convention to situations involving solely such different territorial units. For this provision to apply, the chosen court must also be located in the State in question; if it is located in another Contracting State, Article 20 would apply (if there is an appropriate declaration).

262 Article 25(2) means that if, for example, the chosen court is in England and the situation is entirely internal to the United Kingdom, the United Kingdom is not required to apply the Convention by virtue of the fact that one of the parties is resident in Scotland.

263 Article 25(3) provides that a court in a territorial unit of a Contracting State is not bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced under the Convention by a court in another territorial unit of the first Contracting State. This means, for example, that a court in Beijing is not bound under the Convention to recognise a judgment from Japan solely because a court in Hong Kong has done so.[298] The Beijing court must decide for itself whether the conditions for recognition or enforcement under the Convention are fulfilled.

264 It is expressly stated in paragraph 4 that Article 25 does not apply to Regional Economic Integration Organisations. In other words, it is concerned only with States (in the international sense) and territorial units within a State in which different systems of law apply.[299]

Article 26 – Relationship with other international instruments

265 Article 26 is concerned with the relationship between the Convention and other international instruments that relate to jurisdiction, and the recognition and enforcement of judgments. Instruments of this kind include the Brussels Convention,[300] the Lugano Convention,[301] the Brussels Regulation,[302] the Minsk Convention[303] and various instruments in the Americas.[304]

266 Paragraphs 1 to 5 of Article 26 are concerned with conflicts between the Convention and other international agreements; paragraph 6 deals with conflicts between the Convention and the rules of a Regional Economic Integration Organisation. We shall consider the former question first.

267 The problem of conflicting treaties arises only if two conditions are fulfilled. The first is that there must be an actual incompatibility between the two treaties. In other words, the application of the two treaties must lead to different results in a concrete situation. Where this is not the case, both treaties can be applied. In some cases, an apparent incompatibility may be eliminated through interpretation. Where this is possible, the problem is solved. As we shall see, Article 26(1) tries to do this.

268 The second condition is that the State of the court seised must be a Party to both treaties. If that State is a Party to only one, the courts in it will simply apply that one. Article 26 is, therefore, addressed to States that are Parties to both the Convention and to another treaty that conflicts with it.

269 **The Vienna Convention.** Articles 30 and 41 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1969, codify the rules of public international law with regard to treaties relating to the same subject matter.[305] The rules in Article 26 of the Convention must be read against this background.[306] The Convention cannot make itself override other instruments to a greater extent than that permitted by international law. However, international law does permit a treaty to provide that another treaty will prevail over it. The purpose of Article 26, therefore, is to provide that, in the cases specified, the Convention will give way to the other instrument, in so far as the two conflict. Where none of these "give-way" rules applies, the Convention has effect to the fullest extent permitted by international law.

270 **Interpretation.** The first paragraph of Article 26 contains a rule of interpretation. It provides that the Convention must be interpreted, as far as possible, to be compatible with other treaties in force for Contracting States. This applies irrespective of whether or not the other treaty was concluded before or after the Convention. Thus, where a provision in the Convention is reasonably capable of two meanings, the meaning that is most compatible with the other treaty should be preferred. This does not, however, mean that a strained interpretation should be adopted in order to achieve compatibility.

271 **First "give-way" rule.** Paragraph 2 of Article 26 contains the first "give-way" rule. It applies irrespective of whether or not the treaty was concluded before or after the

[296] The fact that some or all of the relevant territorial units in a Contracting State apply the common law does not necessarily mean that they do not apply different systems of law. They will do so if they have different legislation – for example, in the case of Australian states or the common law Canadian provinces.
[297] See paras 107 and 128 to 131, *supra*.
[298] It may of course recognise it under its domestic law.
[299] Regional Economic Integration Organisations are governed by Art. 29.
[300] *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 27 September 1968, OJ 1998 C 27, p. 1 (see *supra*, note 9).
[301] *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 16 September 1988, OJ 1988 L 319, p. 9 (see *supra*, note 10).
[302] Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, OJ 2001 L 12, p. 1 (see *supra*, note 50).
[303] The Minsk *Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Cases* of 1993. The current version as amended on 28 March 1997 can be found in an English and French translation in Annex II to Prel. Doc. No 27, "The Relationship between the Judgments Project and certain Regional Instruments in the Arena of the Commonwealth of Independent States", prepared by E. Gerasimchuk for the Permanent Bureau, *supra*, p. 231 available at <www.hcch.net>.
[304] See A. Schulz, A. Muriá Tuñón and R. Villanueva Méza, "The American instruments on private international law. A paper on their relation to a future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements", Prel. Doc. No 31 of June 2005 for the attention of the Twentieth Session of June 2005, *supra*, p. 319 available at <www.hcch.net>.
[305] Art. 30 and 41 are generally regarded as stating the rules of customary international law on the point; so even those States that are not Parties to the Vienna Convention accept them as accurately setting out the legal position.
[306] For a full discussion, see A. Schulz, "The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments", Prel. Doc. No 24 of December 2003 for the attention of the Special Commission of December 2003, *supra*, p. 149 available at <www.hcch.net>.

Hartley/Dogauchi Report

après la Convention. Elle dispose que le traité incompatible primera si aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas Partie au traité incompatible. Cette règle ne s'appliquera pas si une des parties réside dans un État Partie à la Convention mais pas au traité incompatible.

272 Lorsqu'une partie réside dans plus d'un État (voir l'art. 4(2)), la Convention cédera la primauté à l'autre traité (dans la mesure de l'incompatibilité) si toutes les parties sont résidentes *uniquement* dans des États qui sont Parties au traité incompatible ou dans des États non contractants.

273 L'idée sous-tendant cette règle est que la Convention ne devrait pas primer dans une espèce donnée si aucun des États Parties n'a un « intérêt »[307] à sa primauté. On suppose que si un État est Partie à la fois à la Convention et au traité, il n'aura pas d'objection si ce dernier prime. Si un État n'est pas Partie à la Convention, il n'a pas d'« intérêt » à faire primer la Convention. Par conséquent, l'article 26(2) suppose que seuls les États qui sont Parties à la Convention et non au traité ont un « intérêt » à faire primer la Convention. Si aucun État de cette catégorie n'est impliqué dans une espèce particulière, il n'y a pas de raison que la Convention prime dans cette espèce.

274 La question suivante est de déterminer *quand* un État a un « intérêt » dans une espèce. La réponse donnée par la Convention est qu'il est intéressé si, mais seulement si, l'une des parties est résidente sur son territoire. Si une partie est résidente à la fois sur son territoire et sur le territoire d'un autre État – par exemple, une société constituée dans un État et ayant son principal établissement dans un autre –, il reste intéressé. C'est pourquoi la règle ne s'applique que si toutes les parties sont résidentes *uniquement* dans des États qui sont Parties au traité incompatible ou dans des États non contractants.

275 **Parties.** Qui est « partie » à l'effet de cette règle ? Comme l'effet de cette règle est de déterminer quand un État est intéressé à l'espèce, « partie » doit désigner une personne qui est partie à l'accord d'élection de for, ou qui est liée par celui-ci ou habilitée à l'invoquer[308]. Seules ces personnes ont un intérêt à l'application de la Convention, et ce n'est qu'à l'égard de ces personnes qu'un État est intéressé à l'espèce. En outre, la personne doit être partie au litige, car une personne qui n'est pas partie au litige n'a pas d'intérêt à l'application de la Convention à son égard. Une « partie » est donc une partie au litige qui est liée par l'accord d'élection de for ou habilitée à l'invoquer. Par contre, peu importe que cette personne soit l'une des parties initiales au litige ou soit intervenue à un stade ultérieur.

276 Nous sommes désormais en mesure de donner quelques illustrations. Nous utiliserons la Convention de Lugano comme exemple, bien que les conflits seront rares en pratique, car il y a peu d'incompatibilités entre celle-ci et la Convention. Les exceptions les plus importantes concernent la règle de litispendance et l'assurance[309]. Nous prendrons la première comme exemple[310]. La règle de la Convention de Lugano est que le tribunal élu n'est pas autorisé à connaître d'un litige si un tribunal d'un autre État contractant a été saisi en premier[311]. En vertu de la Convention, par contre, le tribunal élu doit connaître du litige même si un autre tribunal a été saisi en premier[312].

277 **Premier exemple.** Une société résidant en Norvège conclut un contrat avec une société résidant en Suisse, la Norvège et la Suisse étant toutes deux Parties à la Convention de Lugano et à la Convention de La Haye. Le contrat comporte une clause d'élection de for en faveur des tribunaux suisses. La société norvégienne assigne la société suisse en Norvège. Par la suite, la société suisse intente une procédure à l'encontre de la société norvégienne en Suisse. Le tribunal suisse et le tribunal norvégien devront tous deux décider d'appliquer la Convention de La Haye ou la Convention de Lugano. Aucune des parties n'étant résidente d'un État contractant qui n'est pas Partie à la Convention de Lugano, la Convention de Lugano prévaut. Le tribunal suisse ne peut pas connaître de l'affaire avant, et à moins que le tribunal norvégien décide qu'il n'est pas compétent.

278 **Second exemple.** Une société canadienne conclut un contrat avec une société norvégienne. Le contrat comporte une clause d'élection de for en faveur des tribunaux suisses. La société norvégienne poursuit la société canadienne en Norvège. Par la suite, la société canadienne poursuit la société norvégienne en Suisse. Là encore, le tribunal suisse et le tribunal norvégien doivent tous deux décider d'appliquer la Convention de La Haye ou la Convention de Lugano. Comme l'une des parties (la société canadienne) est résidente d'un pays qui est Partie à la Convention de La Haye mais pas à la Convention de Lugano, la Convention de Lugano ne prime pas, sur la base de l'article 26(2)[313]. Cela signifie que le tribunal suisse doit connaître du litige (art. 5). Il ne lui est pas possible d'attendre une décision du tribunal norvégien relative à sa compétence (ce qui serait obligatoire en vertu de l'art. 21 de la Convention de Lugano).

279 **Deuxième règle de « céder le passage ».** La deuxième règle de « céder le passage » figure dans le troisième paragraphe de l'article 26. Elle a pour objet d'aider les États qui sont Parties à la fois à la Convention et à un traité incompatible, lorsque toutes les Parties à ce dernier n'adhèrent pas à la Convention. Elle dispose que la Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité conclu[314] avant l'entrée en vigueur de la Convention pour cet État contractant, si l'application de la Convention est incompatible avec les obligations de cet État contractant envers un État non contractant. En l'absence de cette règle, certains États ne pourraient pas devenir Parties à la Convention.

280 La deuxième règle de « céder le passage » ne s'applique que dans la mesure où l'application de la Convention serait incompatible avec les obligations de l'État en question envers un État non contractant. Cela signifie qu'il doit y avoir au moins un État Partie à l'autre traité mais pas à la Convention. En outre, la Convention cède la primauté à l'autre traité uniquement lorsque l'État en question serait autrement contraint d'enfreindre ses obligations envers un tel État.

281 La première règle de « céder le passage » comporte un critère pour déterminer si un État est intéressé à une espèce de sorte qu'il peut exiger l'application de l'autre traité. La deuxième règle de « céder le passage » ne comporte aucun critère de ce type. Il n'est donc pas facile de dire quand l'application de la Convention sera incompatible avec les obligations d'un État contractant envers un État Partie à l'autre traité mais pas à la Convention. Cela dépendra des termes de l'autre traité et du droit international.

[307] Aux fins du présent Rapport, le terme « intérêt » ne vise aucun concept de droit interne, tel que « l'intérêt de l'État » ou « l'intérêt de l'administration », mais vise l'attente raisonnable par un État Partie de ce que la Convention primera dans une situation de fait donnée. Comme expliqué au para. 274, le facteur utilisé par la Convention pour en décider est la résidence des parties.

[308] Sur la question de savoir quand une personne qui n'est pas partie à un accord d'élection de for est néanmoins liée par celui-ci, voir *supra*, para. 97.

[309] Une autre exception est que, sous sa forme actuelle de 1988, la Convention de Lugano ne prévoit pas les formes électroniques.

[310] L'assurance est examinée *infra*, para. 302 à 303, en rapport avec le Règlement de Bruxelles.

[311] Cela résulte de l'interprétation de l'art. 17 de la Convention de Bruxelles donnée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Gasser* c. *MISAT*, Affaire C-116/02, [2003] Rec. I-14721 (disponible à l'adresse <http://curia.europa.eu/>), une interprétation qui s'appliquerait presque certainement à la Convention de Lugano également.

[312] Art. 5.

[313] Si le Canada, la Norvège et la Suisse sont tous Parties à la Convention, il semblerait ne pas y avoir de fondement permettant à la Convention de Lugano de primer.

[314] Voir para. 283 à 285.

Convention. It provides that the conflicting treaty will prevail where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Party to the conflicting treaty. This rule will not apply if any of the parties is resident in a State that is a Party to the Convention but not to the conflicting treaty.

272 Where a party is resident in more than one State (see Art. 4(2)), the Convention will give way to the other treaty (to the extent of the incompatibility) if all the parties are resident *solely* in States that are Parties to the conflicting treaty or in non-Contracting States.

273 The idea behind this rule is that the Convention should not prevail in a given case if none of the States that are Parties to it "has an interest"[307] in its prevailing. It is assumed that if a State is a Party to both the Convention and to the treaty, it will have no objection if the latter prevails. If a State is not a Party to the Convention, it does not have an "interest" that the Convention should prevail. Consequently, Article 26(2) assumes that only those States that are Parties to the Convention and not to the treaty have an "interest" in having the Convention prevail. If no such State is involved in a given case, there is no reason why the Convention should prevail in that case.

274 The next question is: *when* does a State have an "interest" in a case? The answer given by the Convention is that it has an interest if, but only if, one of the parties is resident in its territory. If a party is resident both in its territory and in the territory of another State – for example, a corporation incorporated in one State with its principal place of business in another – it still has an interest. This is the reason why the rule applies only if all the parties are resident *solely* in States that are Parties to the conflicting treaty or in non-Contracting States.

275 **Parties.** Who counts as a "party" for the purpose of this rule? Since the purpose of the rule is to determine when a State has an interest in the case, "party" must mean a person who is a party to the choice of court agreement, or who is bound by it or entitled to invoke it.[308] Only such persons have an interest in the application of the Convention, and it is only with regard to such persons that a State has an interest in the case. In addition, the person must be a party to the proceedings, since someone who is not a party to the proceedings has no interest in whether the Convention is applied to them. A "party", therefore, is a party to the proceedings who is bound by the choice of court agreement or entitled to invoke it. On the other hand, it does not matter whether such a person was one of the original parties to the proceedings or was joined at a later stage.

276 We are now in a position to give some illustrations. We shall use the Lugano Convention as an example, though conflicts are likely to be rare in practice, since there are few incompatibilities between it and the Convention. The most important exceptions concern the *lis pendens* rule and insurance.[309] We shall use the former as an example.[310] The rule in the Lugano Convention is that the chosen court is not permitted to hear a case if a court in another Contracting State was seised first.[311] Under the Convention, on the other hand, the chosen court must hear the case even if another court was seised first.[312]

277 **First example.** A company resident in Norway concludes a contract with a company resident in Switzerland, both Norway and Switzerland being parties to the Lugano Convention and to the Hague Convention. The contract contains a choice of court clause in favour of the courts of Switzerland. The Norwegian company sues the Swiss company in Norway. Subsequently, the Swiss company sues the Norwegian company in Switzerland. Both the Swiss court and the Norwegian court will have to decide whether to apply the Hague Convention or the Lugano Convention. Since none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Party to the Lugano Convention, the Lugano Convention prevails. The Swiss court cannot hear the case unless and until the Norwegian court decides that it has no jurisdiction.

278 **Second example.** A Canadian company concludes a contract with a Norwegian company. The contract contains a choice of court clause in favour of the courts of Switzerland. The Norwegian company sues the Canadian company in Norway. Subsequently, the Canadian company sues the Norwegian company in Switzerland. Again, both the Swiss court and the Norwegian court will have to decide whether to apply the Hague Convention or the Lugano Convention. Since one of the parties (the Canadian company) is resident in a country that is a Party to the Hague Convention but not to the Lugano Convention, the Lugano Convention does not prevail on the basis of Article 26(2).[313] This means that the Swiss court has to hear the case (Art. 5); it is not possible for it to wait for a decision of the Norwegian court on its competence (which would be obligatory under Art. 21 of the Lugano Convention).

279 **Second "give-way" rule.** The second "give-way" rule is contained in the third paragraph of Article 26. It is intended to help States that are Parties to both the Convention and to an inconsistent treaty, where not all Parties to the latter join the Convention. It provides that the Convention will not affect the application by a Contracting State of a treaty that was concluded[314] before the Convention entered into force for that Contracting State, if applying the Convention would be inconsistent with the obligations of that Contracting State to any non-Contracting State. If this rule did not exist, some States might be unable to become Parties to the Convention.

280 The second "give-way" rule applies only to the extent that the application of the Convention would be inconsistent with the obligations of the State in question towards a non-Contracting State. This means that there must be at least one State that is a Party to the other treaty but not to the Convention. Moreover, the Convention gives way to that other treaty only if the State in question would otherwise be obliged to violate its obligations towards such a State.

281 The first "give-way" rule contains a test to determine when a State has an interest in a case so that it is entitled to insist on the application of the other treaty. The second "give-way" rule contains no such test. It is not, therefore, easy to say when the application of the Convention would be inconsistent with the obligations of a Contracting State towards a State that is a Party to the other treaty but not to the Convention. It would depend on the terms of the other treaty and on international law.

[307] For the purposes of this Report, the word "interest" does not refer to any domestic legal concept such as "State interests" or "governmental interests" but is meant to refer to the reasonable expectation of a State Party that the Convention would prevail in a given factual situation. As explained in para. 274, the factor used by the Convention to make this determination is the residence of the parties.

[308] On the question of when a person who is not a party to a choice of court agreement is nevertheless bound by it, see para. 97, *supra*.

[309] Another exception is that, as it stands at present in its 1988 version, the Lugano Convention does not provide for electronic form.

[310] Insurance is discussed in paras 302 to 304, *infra*, in connection with the Brussels Regulation.

[311] This follows from the interpretation given by the Court of Justice of the European Communities to Art. 17 of the Brussels Convention in *Gasser* v. *MISAT*, Case C-116/02, [2003] ECR I-14721 (available at <http://curia.europa.eu/>), an interpretation that would almost certainly apply to the Lugano Convention as well.

[312] Art. 5.

[313] If Canada, Norway and Switzerland are all Parties to the Convention, there would appear to be no basis on which the Lugano Convention would prevail.

[314] See paras 283 to 285.

282 **Exemple.** Supposons que la Ruritanie (État imaginaire) soit Partie à la Convention de Lugano mais pas à la Convention de La Haye. La Suisse est Partie à la Convention de Lugano et devient Partie à la Convention de La Haye. Le Canada est Partie à la Convention de La Haye. Une société canadienne conclut un contrat avec une société ruritanienne. Le contrat comporte une clause d'élection de for en faveur des tribunaux suisses. La société ruritanienne intente une procédure à l'encontre de la société canadienne en Ruritanie. Par la suite, la société canadienne assigne la société ruritanienne en Suisse. Comme l'une des parties (la société canadienne) est résidente d'un État qui est Partie à la Convention de La Haye mais pas à la Convention de Lugano, l'article 26(2) ne s'appliquerait pas. La Convention ne céderait donc pas la primauté à la Convention de Lugano en Suisse. Cela signifie que le tribunal suisse devrait appliquer la Convention de La Haye; il ne lui serait donc pas possible d'attendre une décision du tribunal ruritanien relative à sa compétence. Cependant, le tribunal suisse serait tenu de le faire en vertu de l'article 21 de la Convention de Lugano. Afin de résoudre ce problème, l'article 26(3) dispose que la Convention cédera le pas devant l'obligation conventionnelle antérieure de la Suisse envers la Ruritanie.

283 **Traités antérieurs.** La deuxième règle de « céder le passage » ne s'applique qu'aux conflits avec un traité *antérieur*. La question de la détermination de l'antériorité d'un traité par rapport à un autre soulève des difficultés considérables en droit international. L'avis général est que le moment de la conclusion des traités en cause est déterminant, et non celui de leur entrée en vigueur[315]. Toutefois, l'article 26(3) de la Convention applique une règle différente qui combine ces deux démarches: la deuxième règle de « céder le passage » s'applique si l'autre traité a été *conclu*[316] avant que la Convention *n'entre en vigueur* pour l'État en question. En outre, si l'autre traité observe cette règle, la deuxième règle de « céder le passage » s'appliquera à un nouveau traité qui le révise ou le remplace, sauf dans la mesure où la révision ou modification crée de nouvelles incompatibilités avec la Convention.

284 **Premier exemple.** Supposons qu'après la conclusion de la Convention, un groupe d'États (dont certains ne deviennent pas Parties à la Convention) concluent un autre traité sur la même question. La Ruritanie ratifie alors la Convention, qui entre en vigueur pour elle. Elle ratifie ensuite l'autre traité, qui entre également en vigueur pour elle. Comme l'autre traité a été conclu avant que la Convention n'entre en vigueur pour la Ruritanie, la Convention cédera la primauté à l'autre traité dans la mesure où l'application de la Convention serait incompatible avec les obligations de la Ruritanie envers un État Partie à l'autre traité mais pas à la Convention.

285 **Second exemple.** Supposons que la Ruritanie soit Partie à la Convention de Lugano mais pas à la Convention. La Norvège et la Suisse sont Parties aux deux. La Convention entre en vigueur pour elles après la conclusion de la Convention de Lugano. Supposons en outre qu'après l'entrée en vigueur de la Convention pour elles, la Convention de Lugano soit remplacée par une nouvelle convention[317]. L'article 26(3) s'appliquerait à cette nouvelle convention dans la mesure où elle conserverait les mêmes incompatibilités avec la Convention que la Convention de Lugano, mais ne s'appliquerait pas à l'égard d'éventuelles nouvelles incompatibilités qu'elle introduirait.

286 **Troisième règle de « céder le passage ».** La troisième règle de « céder le passage » (résultant du quatrième paragraphe de l'art. 26) ne concerne que les traités pour la reconnaissance et l'exécution des jugements. Elle s'applique à ces traités qu'ils aient été conclus avant ou après la Convention. Lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par un État Partie à un tel traité est recherchée dans un autre État de cette catégorie, la Convention n'affectera pas l'application de ce traité, à condition que le jugement ne soit pas reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de la Convention.

287 Cette règle n'a de pertinence que si les deux États concernés sont Parties à la fois à la Convention et à l'autre traité: la Convention ne s'appliquerait que si les deux États y étaient Parties et l'autre traité ne s'appliquerait que si les deux États y étaient Parties. La règle a pour objet de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des jugements. Si l'autre traité le fait plus efficacement, ou dans une plus large mesure, il serait préférable de permettre son application. Ce n'est que lorsqu'un jugement serait reconnu ou exécuté dans une moindre mesure en vertu de l'autre traité que la Convention devrait s'appliquer. Sauf disposition contraire du droit de l'État requis, le créancier du jugement peut choisir de faire exécuter le jugement en vertu de la Convention ou de l'autre traité.

288 **Quatrième règle de « céder le passage ».** La quatrième règle de « céder le passage » (résultant du cinquième paragraphe de l'art. 26) concerne les traités en matière de compétence, ou de reconnaissance et d'exécution des jugements, mais uniquement à l'égard d'une « matière particulière ». Le terme de « matière particulière » désigne un domaine délimité du droit, du type mentionné dans l'article 2(2) ou l'article 21. Les exemples de matières particulières comprendraient l'agence commerciale, l'assurance maritime ou les licences de brevet. Dans le cas de tels traités, la Convention cède la primauté, dans la mesure de l'incompatibilité, qu'ils aient été conclus avant ou après la Convention et que toutes les Parties au traité soient ou non également Parties à la Convention.

289 **Déclaration.** Il y a toutefois une condition. Pour que cette règle s'applique, l'État contractant en question doit avoir fait une déclaration à l'égard du traité en application de l'article 26(5)[318]. Lorsqu'une telle déclaration est faite, les autres États contractants ne sont pas tenus d'appliquer la Convention, dans la mesure de l'incompatibilité, à l'égard de la matière visée dans la déclaration si le tribunal élu est situé dans l'État ayant fait la déclaration. Cela signifie que si, du fait de la déclaration, les États qui la font ne sont plus soumis à des obligations réciproques en vertu de la Convention, les autres États contractants ne sont pas tenus d'appliquer la Convention lorsque le tribunal élu est situé dans un État faisant la déclara-

[315] I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., Manchester University Press, Manchester 1984, p. 98; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 183; J.B. Mus, « *Conflicts between Treaties in International Law* », 45 *Netherlands International Law Review* 1998, p. 208, 220 à 222. Un avis différent est avancé dans E.W. Vierdag, « *The Time of the 'Conclusion' of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions* », 59 *British Yearbook of International Law* (1988), p. 75, mais il semble être erroné pour les motifs indiqués *supra* par J.B. Mus.

[316] À moins qu'il n'en dispose autrement, un traité bilatéral est généralement considéré comme étant conclu lors de sa signature; un traité multilatéral est généralement considéré comme étant conclu lors de la signature (ou autre adoption) de l'Acte final ou lorsqu'il est ouvert à la signature, à dernière échéance. Voir A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, p. 74. Dans ce contexte, il est utile de mentionner que pour la Conférence de La Haye cette Convention a apporté un changement: jusqu'à présent, une Convention de La Haye était réputée conclue à la date de la première signature, et non à la date d'adoption (la signature de l'Acte final lors de la cérémonie de clôture de la Session diplomatique) ou la date à laquelle elle était ouverte à la signature (normalement le même jour). Jusqu'à ce qu'elle reçoive sa première signature, elle était dite « projet de Convention », sans indication de la date. La *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* est la première Convention de La Haye à suivre la nouvelle règle selon laquelle elle est réputée avoir été conclue à la date de son adoption, lors de la signature de l'Acte final et de l'ouverture de la Convention à la signature, qu'un État quelconque signe en fait la Convention à cette date ou non.

[317] À l'heure où nous écrivons, des travaux en vue de la conclusion d'une Convention de Lugano révisée, alignant ses dispositions sur le Règlement de Bruxelles, sont en cours. Les Parties contractantes seront la Communauté européenne, l'Islande, la Norvège et la Suisse.

[318] L'art. 32 sera applicable à une telle déclaration.

Rapport Hartley/Dogauchi

282 **Example.** Let us assume that Ruritania (an imaginary State) is a Party to the Lugano Convention but not to the Hague Convention. Switzerland is a Party to the Lugano Convention and becomes a Party to the Hague Convention. Canada is a Party to the Hague Convention. A Canadian company concludes a contract with a Ruritanian company. The contract contains a choice of court clause in favour of the courts of Switzerland. The Ruritanian company sues the Canadian company in Ruritania. Subsequently, the Canadian company sues the Ruritanian company in Switzerland. Since one of the parties (the Canadian company) is resident in a State that is a Party to the Hague Convention but not to the Lugano Convention, Article 26(2) would not apply. So the Convention would not give way to the Lugano Convention in Switzerland. This would mean that the Swiss court would have to apply the Hague Convention; therefore, it would not be possible for it to wait for a decision by the Ruritanian court on its competence. However, the Swiss court would be obliged to do this under Article 21 of the Lugano Convention. To solve this problem, Article 26(3) provides that the Convention will give way to the prior treaty obligation of Switzerland towards Ruritania.

283 **Prior treaties.** This second "give-way" rule applies only to conflicts with a *prior* treaty. The question of determining when one treaty is prior to another raises considerable difficulties in international law. The general view is that the time of conclusion of the treaties in question is decisive and not their entry into force.[315] However, Article 26(3) of the Convention applies a different rule which combines these two approaches: the second "give-way" rule is applicable if the other treaty was *concluded*[316] before the Convention *entered into force* for the State in question. Moreover, if the other treaty complies with this rule, the second "give-way" rule will also apply to a new treaty that revises or replaces it, except to the extent that the revision or replacement creates new inconsistencies with the Convention.

284 **First example.** Assume that after the Convention is concluded, a group of States (some of which do not become Parties to the Convention) conclude another treaty on the same subject. Ruritania then ratifies the Convention and it enters into force for it. After this, it ratifies the other treaty and that also enters into force for it. Since the other treaty was concluded before the Convention entered into force for Ruritania, the Convention will give way to the other treaty to the extent that the application of the Convention would be inconsistent with the obligations of Ruritania towards a State that is a Party to the other treaty but not to the Convention.

285 **Second example.** Assume that Ruritania is a Party to the Lugano Convention but not to the Convention. Norway and Switzerland are Parties to both. The Convention enters into force for them after the Lugano Convention was concluded. Assume further that, after the Convention enters into force for them, the Lugano Convention is replaced by a new convention.[317] Article 26(3) would apply to that new convention to the extent that it retained the same inconsistencies with the Convention as the Lugano Convention, but would not apply with regard to any new inconsistencies introduced by it.

286 **Third "give-way" rule.** The third "give-way" rule (laid down by the fourth paragraph of Art. 26) is concerned only with treaties for the recognition and enforcement of judgments. It applies to such treaties irrespective of whether they were concluded before or after the Convention. Where a judgment granted by a State that is a Party to such a treaty is sought to be recognised or enforced in another such State, the Convention will not affect the application of that treaty, provided that the judgment is not recognised or enforced to a lesser extent than under the Convention.

287 This rule is of significance only when both States concerned are Parties to both the Convention and the other treaty: the Convention would not apply unless both States were Parties to it and the other treaty would not apply unless both were Parties to it. The purpose of the rule is to promote the recognition and enforcement of judgments. If the other treaty does this more efficiently, or to a greater extent, it would be better to allow its application. It is only where the judgment would be recognised or enforced to a lesser extent under the other treaty that the Convention should apply. Unless the law of the requested State provides otherwise, the judgment creditor can choose whether to enforce the judgment under the Convention or under the other treaty.

288 **Fourth "give-way" rule.** The fourth "give-way" rule (laid down by the fifth paragraph of Art. 26) is concerned with treaties dealing with jurisdiction, or the recognition or enforcement of a judgment, but only with regard to a "specific matter". By "specific matter" is meant a discrete area of the law of the kind referred to in Article 2(2) or Article 21. Examples of specific matters would include commercial agency, marine insurance or patent licensing. In the case of such treaties, the Convention gives way, to the extent of the inconsistency, irrespective of whether they are concluded before or after the Convention and irrespective of whether all the Parties to the treaty are also Parties to the Convention.

289 **Declaration.** There is, however, a condition. For this rule to apply, the Contracting State in question must have made a declaration in respect of the treaty under Article 26(5).[318] Where such a declaration is made, other Contracting States are not obliged to apply the Convention, to the extent of the inconsistency, with regard to the matter referred to in the declaration if the chosen court is in the State that made the declaration. This means that if, as a result of making the declaration, the States making it are no longer subject to reciprocal obligations under the Convention, other Contracting States are not obliged to apply the Convention when the chosen court is in a State making the declara-

[315] I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., Manchester University Press 1984, p. 98; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press 2000, p. 183; J.B. Mus, "Conflicts Between Treaties in International Law", 45 *Netherlands International Law Review* 1998, p. 208, at pp. 220 to 222. A different view is advanced in E.W. Vierdag, "The Time of the 'Conclusion' of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions", 59 *British Yearbook of International Law* 1988, p. 75, but this seems to be incorrect for the reasons given by J.B. Mus, *supra*.

[316] Unless it provides otherwise, a bilateral treaty is generally regarded as having been concluded when it is signed; a multilateral treaty is generally regarded as having been concluded when the Final Act is signed (or it is otherwise adopted) or when it is opened for signature, whichever is the later. See A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press 2000, p. 74. In this context, it is worth mentioning that for the Hague Conference this Convention has brought about a change: until now, a Hague Convention was deemed to be concluded at the date of the first signature, not at the date of its adoption (the signing of the Final Act at the closing ceremony of the Diplomatic Session) or the date it was opened for signature (which was normally on the same day). Until it received its first signature, it was referred to as a "draft Convention" without a date. The *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* is the first Hague Convention which follows the new rule that it is deemed to be concluded on the date of its adoption, when the Final Act is signed and the Convention is opened for signature, regardless of whether any State actually signs the Convention on that day.

[317] At the time of writing, work to conclude a revised Lugano Convention, bringing its content into line with the Brussels Regulation, is under way. Contracting Parties will be the European Community, Iceland, Norway and Switzerland.

[318] Art. 32 will apply to such a declaration.

tion[319]. Toutefois, cela ne s'applique que « dans la mesure de l'incompatibilité » ; en d'autres termes, cela ne s'applique que dans les cas où la réciprocité ne serait pas assurée[320].

290 **Exemple.** Supposons qu'un groupe d'États devenus Parties à la Convention (les « États de privilège maritime ») concluent par la suite un traité sur les privilèges maritimes (une matière également couverte par la Convention) comportant des dispositions en matière de compétence et de reconnaissance et d'exécution des jugements. S'ils font une déclaration appropriée, leurs tribunaux auront le droit d'appliquer le nouveau traité, plutôt que la Convention, dans la mesure de toute incompatibilité. Supposons que le traité sur les privilèges maritimes dispose que les accords d'élection de for sont nuls à l'égard de privilèges de catégorie A, qu'ils sont valables pour les privilèges de catégorie B uniquement s'ils sont conclus devant un notaire, qu'ils ne sont valables pour les privilèges de catégorie C que si le tribunal élu est situé dans l'État d'immatriculation du navire, et qu'il ne sont valables à l'égard des privilèges de catégorie D que si le tribunal élu est situé dans un État de privilège maritime. Lorsque, dans ces circonstances, le tribunal élu est situé dans un État de privilège maritime, les « autres États »[321] ne seraient pas tenus d'appliquer la Convention dans des affaires impliquant des privilèges de catégorie A ou de catégorie D. Ils ne seraient pas tenus de l'appliquer dans les affaires impliquant des privilèges de catégorie B si l'accord d'élection de for n'a pas été conclu devant un notaire ; et ils ne seraient pas tenus de l'appliquer dans les affaires impliquant des privilèges de catégorie C si le tribunal élu n'était pas situé dans l'État d'immatriculation.

291 **Organisations régionales d'intégration économique.** L'article 26(6) traite de la situation où une Organisation régionale d'intégration économique (ORIE) devient Partie à la Convention. Si cela se produit, il est possible que les dispositions (réglementation) adoptées par l'Organisation régionale d'intégration économique entrent en conflit avec la Convention. L'article 26(6) contient deux règles de « céder le passage » applicables en pareil cas. Elles s'appliquent que la règle de l'Organisation régionale d'intégration économique ait été adoptée avant ou après la Convention. Le principe sous-jacent est que lorsqu'une affaire est purement « régionale » en termes de résidence des parties, la Convention cède la primauté à l'instrument régional.

292 **Première règle de « céder le passage » pour les ORIE.** La première règle de « céder le passage » sur les conflits avec la réglementation d'une Organisation régionale d'intégration économique correspond à la première règle de « céder le passage » sur les traités incompatibles. Elle figure à l'article 26(6) *a)* et dispose que lorsqu'aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de l'Organisation régionale d'intégration économique, la Convention cède la primauté à la réglementation de l'Organisation régionale d'intégration économique.

293 Lorsqu'une partie réside dans plus d'un État (voir l'art. 4(2)), la Convention cèdera le passage à la réglementation de l'Organisation régionale d'intégration économique (dans la mesure de l'incompatibilité) si toutes les parties sont résidentes *uniquement* d'États membres de l'Organisation régionale d'intégration économique ou d'États non contractants[322].

294 **Parties.** Le terme de « partie » a le même sens au paragraphe 6 de l'article 26 que dans les paragraphes antérieurs : il désigne une personne partie à l'accord d'élection de for, ou liée par celui-ci ou autorisée à l'invoquer[323]. En outre, la personne doit être partie à la procédure. Une « partie » est donc une partie à la procédure qui est liée par l'accord d'élection de for ou autorisée à l'invoquer.

295 **La Communauté européenne.** Nous sommes désormais en mesure de fournir quelques illustrations. La Communauté européenne est une Organisation régionale d'intégration économique. Le Règlement de Bruxelles est un élément de réglementation communautaire recouvrant en grande partie le même domaine que la Convention. Les conflits les plus importants susceptibles de se produire entre le Règlement de Bruxelles et la Convention concernent la règle de litispendance et l'assurance. Nous utiliserons ces différences pour fournir des exemples du fonctionnement de l'article 26(6).

296 **Litispendance.** En vertu du Règlement de Bruxelles, un tribunal d'un État membre de la Communauté européenne ne peut connaître d'une affaire si un tribunal d'un autre État membre de la Communauté européenne est saisi en premier d'une procédure ayant la même cause et le même objet entre les mêmes parties (jusqu'à ce que, et à moins que, l'autre tribunal ne décline sa compétence). Il en est ainsi même si le tribunal saisi en second était désigné par un accord exclusif d'élection de for[324]. Le premier groupe d'exemples sera fondé sur cette situation.

297 **Premier exemple**[325]. Une société résidant en Autriche conclut un contrat avec une société résidant en Finlande. Le contrat comprend une clause d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam aux Pays-Bas. La société autrichienne engage une procédure en Autriche. La société finlandaise engage alors des poursuites à Rotterdam. Le tribunal de Rotterdam ne peut connaître du litige jusqu'à ce que, et à moins que, le tribunal autrichien ne renonce à sa compétence[326]. Il en est ainsi parce qu'aucune des parties n'est résidente d'un État contractant qui n'est pas un État membre de la Communauté européenne ; en vertu de l'article 26(6) *a)*, les dispositions communautaires ne sont donc pas affectées par la Convention.

298 **Deuxième exemple**[327]. Une société résidant en Autriche conclut un contrat avec une société résidant dans l'État X, qui n'est pas Partie à la Convention. Le contrat comporte un accord d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. La société autrichienne engage une procédure en Autriche. La société de l'État X engage alors une procédure à Rotterdam[328]. Le tribunal de Rotterdam ne peut pas connaître du litige avant et à moins que le tribunal autrichien renonce à exercer sa compétence[329]. Cela résulte du fait qu'aucune des parties n'est résidente d'un État contractant non membre de

[319] Cela signifie que dans l'exemple concernant les privilèges maritimes (voir *infra*, para. 290), si le tribunal élu est dans un État « de privilège maritime » (un État Partie au traité sur les privilèges maritimes), les tribunaux des « autres États » (États qui ne sont pas Parties au traité sur les privilèges maritimes) ne seraient pas tenus de surseoir à statuer ou se dessaisir en vertu de l'art. 6, ni ne seraient tenus de reconnaître ou d'exécuter les jugements en vertu de l'art. 8.

[320] Une déclaration en vertu de l'art. 26(5) diffère d'une déclaration en vertu de l'art. 21 parce que, selon ce dernier, la Convention ne s'appliquerait à aucune procédure concernant la matière particulière en cause ; selon l'art. 26(5) par contre, la Convention continue de s'appliquer lorsqu'il n'y a pas d'incompatibilité – en d'autres termes, dans les situations où les obligations en vertu de la Convention restant applicables aux États faisant la déclaration (parce qu'elles ne sont pas incompatibles avec le traité) assurent la réciprocité.

[321] Par « autres États » on désigne les États contractants qui ne sont pas Parties au traité sur les privilèges maritimes.

[322] Cela résulte des explications données aux para. 273 à 274, *supra*.

[323] Au sujet de la question de savoir dans quels cas une personne qui n'est pas partie à un accord d'élection de for peut néanmoins être liée par celui-ci, voir para. 97, *supra*.

[324] *Gasser* c. *MISAT*, Affaire C-116/02, [2003] Rec. I-14721 (disponible à l'adresse <http://curia.europa.eu/>) (Cour de justice des Communautés européennes). L'affaire concernait la disposition équivalente de la Convention de Bruxelles, mais s'appliquerait également en vertu du Règlement de Bruxelles.

[325] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

[326] Art. 27 du Règlement de Bruxelles.

[327] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

[328] L'art. 23 du Règlement de Bruxelles (la disposition du Règlement régissant les accords d'élection de for) recouvre également les situations où une seule des parties est domiciliée dans un État membre de la Communauté européenne.

[329] Art. 27 du Règlement de Bruxelles.

Rapport Hartley/Dogauchi

tion.[319] However, this applies only "to the extent of any inconsistency"; in other words, it applies only in those circumstances in which reciprocity would not be guaranteed.[320]

290 **Example.** Assume that a group of States that have become Parties to the Convention (the "maritime lien" States) subsequently conclude a treaty on maritime liens (a matter that is also covered by the Convention) that has provisions on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments. If they make an appropriate declaration, their courts will be entitled to apply the new treaty, rather than the Convention, to the extent of any inconsistency. Assume that the treaty on maritime liens provides that choice of court agreements are invalid with regard to liens in category "A"; that they are valid with regard to liens in category "B" only if they are made before a notary; that they will be valid with regard to liens in category "C" only if the chosen court is in the State of registration of the vessel; and that they will be valid with regard to liens in category "D" only if the chosen court is in a "maritime lien" State. Where, in these circumstances, the chosen court is in a "maritime lien" State, "non-maritime lien" States[321] would not be obliged to apply the Convention in any cases involving liens in category "A" or category "D"; they would not be obliged to apply it in cases involving liens in category "B" if the choice of court agreement was not made before a notary; and they would not be obliged to apply it in cases involving liens in category "C" if the chosen court was not in the State of registration.

291 **Regional Economic Integration Organisations.** Article 26(6) deals with the situation where a Regional Economic Integration Organisation (REIO) becomes a Party to the Convention. If this occurs, it is possible that the rules (legislation) adopted by the Regional Economic Integration Organisation might conflict with the Convention. Article 26(6) contains two "give-way" rules that apply in such a situation. They apply irrespective of whether the rule of the Regional Economic Integration Organisation is adopted before or after the Convention. The underlying principle is that where a case is purely "regional" in terms of residence of the parties, the Convention gives way to the regional instrument.

292 **First REIO "give-way" rule.** The first "give-way" rule on conflicts with the legislation of a Regional Economic Integration Organisation mirrors the first "give-way" rule on conflicting treaties. It is contained in Article 26(6) *a)* and provides that where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the Regional Economic Integration Organisation, the Convention will give way to the legislation of the Regional Economic Integration Organisation.

293 Where a party is resident in more than one State (see Art. 4(2)), the Convention will give way to the legislation of the Regional Economic Integration Organisation (to the extent of the incompatibility) if all the parties are resident *solely* in Member States of the Regional Economic Integration Organisation or in non-Contracting States.[322]

294 **Parties.** The word "party" has the same meaning in paragraph 6 of Article 26 as it does in the earlier paragraphs: it means a person who is a party to the choice of court agreement, or who is bound by it or entitled to invoke it.[323] In addition, the person must be a party to the proceedings. A "party", therefore, is a party to the proceedings who is bound by the choice of court agreement or entitled to invoke it.

295 **The European Community.** We are now in a position to give some illustrations. The European Community is a Regional Economic Integration Organisation. The Brussels Regulation is a piece of European Community legislation that covers much the same ground as the Convention. The most important conflicts that are likely to occur between the Brussels Regulation and the Convention concern the *lis pendens* rule and insurance. We shall use these differences to give examples of the operation of Article 26(6).

296 ***Lis pendens.*** Under the Brussels Regulation, a court of a Member State of the European Community cannot hear a case where a court of another Member State was seised first of proceedings involving the same cause of action and between the same parties (unless and until the other court declines jurisdiction). This applies even where the court seised second was designated in an exclusive choice of court agreement.[324] The first group of examples will be based on this point.

297 **First example.**[325] A company resident in Austria concludes a contract with a company resident in Finland. The contract contains a choice of court clause designating the Rotterdam District Court in the Netherlands. The Austrian company brings proceedings in Austria. The Finnish company then sues in Rotterdam. The Rotterdam court cannot hear the case unless and until the Austrian court gives up jurisdiction.[326] This is because none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the European Community; therefore, pursuant to Article 26(6) *a)*, the rules of the European Community are not affected by the Convention.

298 **Second example.**[327] A company resident in Austria concludes a contract with a company resident in State X, a State that is not a Party to the Convention. The contract contains a choice of court clause designating the Rotterdam District Court. The Austrian company brings proceedings in Austria. The company from State X then sues in Rotterdam.[328] The Rotterdam court cannot hear the case unless and until the Austrian court gives up jurisdiction.[329] This is because none of the parties is resident in a Contracting State that is not a

[319] This means that, in the example concerning maritime liens (para. 290, *infra*), if the chosen court is in a "maritime lien" State (a State that is a Party to the treaty on maritime liens), courts in "non-maritime lien" States (States that are not Parties to the treaty on maritime liens) would not be obliged to suspend or dismiss proceedings under Art. 6, nor would they be obliged to recognise or enforce judgments under Art. 8.

[320] A declaration under Art. 26(5) is different from a declaration under Art. 21 because, under the latter, the Convention would not apply to any proceedings involving the specific matter in question; under Art. 26(5), on the other hand, the Convention continues to apply where there is no inconsistency – in other words, in situations where those obligations under the Convention that still apply to the States making the declaration (because they are not inconsistent with the treaty) guarantee reciprocity.

[321] By "non-maritime lien" States is meant Contracting States that are not Parties to the treaty on maritime liens.

[322] This is based on the explanations given in paras 273 and 274, *supra*.

[323] On the question when a person who is not a party to the choice of court agreement is nevertheless bound by it, see para. 97, *supra*.

[324] *Gasser* v. *MISAT*, Case C-116/02, [2003] ECR I-14721 (available at <http://curia.europa.eu/>) (Court of Justice of the European Communities). This case was on the equivalent provision in the Brussels Convention, but would also apply under the Brussels Regulation.

[325] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

[326] Art. 27 of the Brussels Regulation.

[327] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

[328] Art. 23 of the Brussels Regulation (the Regulation's rule on choice of court agreements) also covers cases where only one of the parties is domiciled in a Member State of the European Community.

[329] Art. 27 of the Brussels Regulation.

la Communauté européenne ; en vertu de l'article 26(6) *a)*, les dispositions communautaires ne sont donc pas affectées par la Convention.

299 **Troisième exemple**[330]. Une société résidant en Autriche et une société résidant au Brésil concluent un contrat. Le contrat comporte une clause d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. La société autrichienne poursuit la société brésilienne en Autriche. La société brésilienne réagit en engageant une procédure à l'encontre de la société autrichienne devant le tribunal de Rotterdam. Le tribunal de Rotterdam doit connaître du litige conformément à l'article 5 de la Convention, car l'une des parties (la société brésilienne) est résidente d'un État contractant qui n'est pas un État membre de la Communauté européenne ; l'article 26(6) *a)* n'empêche donc pas la Convention d'affecter les dispositions communautaires. Par conséquent, le tribunal de Rotterdam n'est pas autorisé à appliquer la règle de litispendance de l'article 27 du Règlement de Bruxelles. Par contre, le tribunal autrichien serait tenu de se dessaisir de l'affaire à la fois en vertu de l'article 23 du Règlement de Bruxelles et de l'article 6 de la Convention.

300 **Quatrième exemple**[331]. Dans la situation exposée au paragraphe qui précède, supposons que le tribunal autrichien ne soit pas tenu de se dessaisir de l'affaire en vertu de l'article 6 de la Convention parce qu'une des exceptions à cette disposition est applicable. Supposons, toutefois, que l'obligation de respecter l'accord d'élection de for en vertu de l'article 23 du Règlement de Bruxelles – et donc de se dessaisir – reste applicable. En pareil cas, le tribunal autrichien serait tenu de se dessaisir de l'affaire en vertu de l'article 23 du Règlement de Bruxelles. L'article 26(6) de la Convention ne serait pas applicable parce qu'il n'y aurait pas d'incompatibilité entre la Convention et le Règlement : les exceptions à l'article 6 de la Convention ne font que *permettre* au tribunal autrichien de connaître de l'affaire ; elles ne l'*obligent* pas à le faire. Si on compare les troisième et quatrième exemples, il apparaît clairement qu'il est indifférent que l'un des motifs mentionnés à l'article 6 *a)* à *e)* s'applique ; le tribunal saisi mais non élu (saisi en premier) serait toujours tenu de se dessaisir en vertu de l'article 23 du Règlement de Bruxelles.

301 **Cinquième exemple**[332]. Une société résidant en Autriche et une société résidant au Brésil concluent un contrat. Le contrat comporte un accord d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. Le Tribunal de Rotterdam est saisi en premier. Par la suite, la société autrichienne poursuit la société brésilienne devant un tribunal autrichien. Le tribunal autrichien serait tenu de surseoir à statuer ou de se dessaisir[333] de la procédure en vertu de l'article 27 du Règlement de Bruxelles (litispendance)[334]. Il ne serait pas tenu d'examiner si l'une des exceptions à l'article 6 de la Convention était applicable car même dans ce cas, l'article 6 *n'imposerait* pas au tribunal autrichien de connaître de l'affaire[335]. En conséquence, l'article 26(6) *a)* de la Convention n'affecterait pas l'application du Règlement de Bruxelles par le tribunal autrichien.

302 **Assurance.** Les articles 8 à 14 du Règlement de Bruxelles établissent des règles de compétence pour les instances en matière d'assurance. L'article 13 interdit les accords d'élection de for dérogeant à ces règles, sauf dans certains cas limités[336]. L'interdiction des accords d'élection de for ne s'applique pas, toutefois, à divers types d'assurance maritime et aéronautique[337], ni aux « grands risques » définis par le droit communautaire[338]. Hormis ces exceptions, un accord d'élection de for dérogeant aux règles de compétence est nul en vertu du Règlement. La Convention, par contre, s'applique à toutes les sortes d'assurance, hormis celles auxquelles est partie une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur)[339]. Entre ces deux extrêmes, il existe un certain nombre de contrats d'assurance couverts par la Convention mais auxquels l'interdiction des accords d'élection de for en vertu du Règlement s'applique. C'est dans ces cas qu'un conflit est possible.

303 **Premier exemple**[340]. Une société d'assurances néerlandaise conclut un contrat d'assurance commerciale avec X, une société résidant en Espagne. Le contrat comporte une clause d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. Le contrat est couvert par l'interdiction des accords d'élection de for à l'article 13 du Règlement. La société d'assurances poursuit X devant le tribunal élu. Le tribunal élu ne peut pas connaître du litige : le Règlement de Bruxelles prime sur la Convention en vertu de l'article 26(6) *a)* de la Convention.

304 **Second exemple**[341]. Une société d'assurances canadienne constitue une succursale (dépourvue de personnalité morale distincte) en Espagne[342]. Elle conclut un contrat d'assurance commerciale avec X, une société résidant en Espagne. Le contrat comporte une clause d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. Le contrat est couvert par l'interdiction des accords d'élection de for de l'article 13 du Règlement. La société d'assurances poursuit X devant le tribunal élu. L'article 26(6) *a)* ne serait pas applicable parce que l'une des parties est résidente dans un État contractant qui n'est pas un État membre de la Communauté européenne (le Canada). Le tribunal de Rotterdam doit connaître du litige.

305 **Deuxième règle de « céder le passage » pour les ORIE.** La deuxième règle de « céder le passage » concernant les conflits avec la réglementation d'une Organisation régionale d'intégration économique est semblable à la troisième règle de « céder le passage » sur les traités incompatibles. Elle figure à l'article 26(6) *b)* et dispose que la Convention n'affecte pas les règles d'une Organisation régionale d'intégration économique qui ont trait à la reconnaissance ou l'exécution des jugements entre États membres de l'Organisation régionale d'intégration économique. Il existe toutefois une différence importante : il n'est pas prévu que le jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de la Convention.

[330] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.
[331] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.
[332] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.
[333] Il serait tenu de surseoir à statuer en vertu de l'art. 27(1) jusqu'à ce que la compétence du tribunal de Rotterdam soit établie ; il serait alors tenu de se dessaisir de l'affaire en vertu de l'art. 27(2).
[334] Il serait également tenu de se dessaisir en vertu de l'art. 23 du Règlement de Bruxelles (accords d'élection de for), à moins que l'accord d'élection de for ne soit pas conforme au paragraphe premier de cette disposition.
[335] Voir para. 146, *supra*.

[336] Les seuls accords d'élection de for autorisés sont ceux (1) conclus après la survenance du litige ; (2) permettant au titulaire du contrat, à l'assuré ou à un bénéficiaire (mais pas à l'assureur) d'engager une procédure devant des tribunaux autres que ceux indiqués par le Règlement ; (3) conclus entre un titulaire et un assureur tous deux domiciliés ou habituellement résidents dans le même État membre et attribuant une compétence aux tribunaux de cet État ; (4) conclus avec un titulaire qui n'est pas domicilié dans un État membre (sauf dans la mesure où l'assurance est obligatoire ou concerne un immeuble situé dans un État membre) ; ou (5) portant sur une assurance couvrant l'un des risques indiqués à l'art. 14 du Règlement.
[337] Art. 13(5) et para. 1 à 4 de l'art. 14 du Règlement.
[338] Art. 14(5) du Règlement, et art. 5 de la Directive No 88/357, JO 1988 L 172, p. 1, modifiant l'art. 5 de la Directive 73/239, JO 1973 L 228 p. 3.
[339] Art. 2(1) *a)* de la Convention.
[340] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.
[341] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.
[342] En vertu de l'art. 9(2) du Règlement de Bruxelles, la société d'assurances serait réputée domiciliée en Espagne. Selon la Convention, toutefois, elle serait résidente au Canada.

Rapport Hartley/Dogauchi

Member State of the European Community; therefore, pursuant to Article 26(6) *a)*, the rules of the European Community are not affected by the Convention.

299 **Third example.**[330] A company resident in Austria and a company resident in Brazil conclude a contract. The contract contains a choice of court clause designating the District Court of Rotterdam. The Austrian company sues the Brazilian company in Austria. The Brazilian company responds by bringing proceedings against the Austrian company before the Rotterdam court. The Rotterdam court must hear the case in accordance with Article 5 of the Convention, since one of the parties (the Brazilian company) is resident in a Contracting State that is not a Member State of the European Community; therefore, Article 26(6) *a)* does not prevent the rules of the Community from being affected by the Convention. Consequently, the Rotterdam court is not permitted to apply the *lis pendens* rule in Article 27 of the Brussels Regulation. On the other hand, the Austrian court would be obliged to dismiss the case both under Article 23 of the Brussels Regulation and under Article 6 of the Convention.

300 **Fourth example.**[331] On the facts set out in the previous paragraph, assume that the Austrian court is not obliged to dismiss the case under Article 6 of the Convention because one of the exceptions to that provision applies. Assume, however, that the obligation to respect the choice of court agreement under Article 23 of the Brussels Regulation – and therefore to dismiss the case – still applies. In such a situation, the Austrian court would be obliged to dismiss the case under Article 23 of the Brussels Regulation. Article 26(6) of the Convention would not apply because there would be no inconsistency between the Convention and the Regulation: the exceptions to Article 6 of the Convention only *allow* the Austrian court to hear the case; they do not *oblige* it to do so. If one compares the third and the forth example it becomes clear that it makes no difference whether one of the grounds mentioned in Article 6 *a)* to *e)* applies; the court seised but not chosen (which was seised first) would always have to dismiss the case under Article 23 of the Brussels Regulation.

301 **Fifth example.**[332] A company resident in Austria and a company resident in Brazil conclude a contract. The contract contains a choice of court clause designating the District Court of Rotterdam. The Rotterdam court is seised first. Subsequently, the Austrian company sues the Brazilian company before a court in Austria. The Austrian court would be required to stay or dismiss[333] the proceedings under Article 27 of the Brussels Regulation (*lis pendens*).[334] It would not be required to consider whether one of the exceptions to Article 6 of the Convention applied because, even if it did, Article 6 would not *require* the Austrian court to hear the case.[335] Consequently, Article 26(6) *a)* of the Convention would not affect the application of the Brussels Regulation by the Austrian court.

302 **Insurance.** Articles 8 to 14 of the Brussels Regulation lay down rules on jurisdiction for proceedings relating to insurance. Article 13 forbids choice of court agreements that depart from these rules, except in certain limited situations.[336] The prohibition against choice of court agreements does not, however, apply to various kinds of marine and aviation insurance,[337] nor does it apply to "large risks" as defined by Community law.[338] Outside these exceptions, a choice of court agreement that departs from the jurisdictional rules on insurance is invalid under the Regulation. The Convention, on the other hand, applies to all kinds of insurance, except those to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party.[339] Between these two extremes, there are a number of insurance contracts that are covered by the Convention but to which the ban on choice of court agreements under the Regulation applies. It is in these cases that a conflict is possible.

303 **First example.**[340] A Dutch insurance company enters into a contract of commercial insurance with X, a company resident in Spain. The contract contains a choice of court clause specifying the Rotterdam District Court. The contract is covered by the prohibition on choice of court agreements in Article 13 of the Regulation. The insurance company sues X before the chosen court. The chosen court cannot hear the case: the Brussels Regulation overrides the Convention by virtue of Article 26(6) *a)* of the Convention.

304 **Second example.**[341] A Canadian insurance company establishes a branch office (not separately incorporated) in Spain.[342] It enters into a contract of commercial insurance with X, a company resident in Spain. The contract contains a choice of court clause specifying the Rotterdam District Court. The contract is covered by the prohibition on choice of court agreements in Article 13 of the Regulation. The insurance company sues X before the chosen court. Article 26(6) *a)* would not apply because one of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the European Community (Canada). The Rotterdam court must hear the case.

305 **Second REIO "give-way" rule.** The second "give-way" rule on conflicts with the legislation of a Regional Economic Integration Organisation is similar to the third "give-way" rule on conflicting treaties. It is contained in Article 26(6) *b)* and provides that the Convention will not affect the rules of a Regional Economic Integration Organisation concerning the recognition or enforcement of judgments between Member States of the Regional Economic Integration Organisation. There is, however, one important difference: there is no provision that the judgment may not be recognised or enforced to a lesser extent than under the Convention.

[330] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.
[331] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.
[332] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.
[333] It would be required to stay the proceedings under Art. 27(1) until such time as the jurisdiction of the Rotterdam court was established; then it would be required to dismiss the proceedings under Art. 27(2).
[334] It would also be required to dismiss the proceedings under Art. 23 of the Brussels Regulation (choice of court agreements), unless the choice of court agreement did not comply with para. 1 of that provision.
[335] See para. 145, *supra*.
[336] The only choice of court agreements permitted are those that: (1) are entered into after the dispute has arisen; (2) allow the policyholder, the insured or a beneficiary (but not the insurer) to bring proceedings in courts other than those indicated by the Regulation; (3) are concluded between a policyholder and an insurer both of whom are domiciled or habitually resident in the same Member State and which confer jurisdiction on the courts of that State; (4) are concluded with a policyholder who is not domiciled in a Member State (except in so far as the insurance is compulsory or related to immovable property in a Member State) or (5) relate to insurance that covers one of the risks set out in Art. 14 of the Regulation.
[337] Art. 13(5) and paras 1 to 4 of Art. 14 of the Regulation.
[338] Art. 14(5) of the Regulation, and Art. 5 of Directive No 88/357, OJ 1988 L 172, p. 1, amending Art. 5 of Directive No 73/239, OJ 1973 L 228, p. 3.
[339] Art. 2(1) *a)* of the Convention.
[340] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.
[341] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.
[342] Under Art. 9(2) of the Brussels Regulation, the insurance company would be deemed to be domiciled in Spain. However, under the Convention, it would be resident in Canada.

Hartley/Dogauchi Report

306 **Le Règlement de Bruxelles.** En général, le Règlement de Bruxelles prévoit un degré de reconnaissance et d'exécution *plus élevé* que la Convention. Dans une large mesure, la reconnaissance et l'exécution sont de plein droit en vertu du Règlement. Les motifs de refus, exposés aux articles 33 à 37 du Règlement, sont plus limités que les motifs de refus en vertu de l'article 9 de la Convention. De sorte que l'absence d'une disposition prévoyant que le jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de la Convention n'a pas grande importance en ce qui concerne le Règlement de Bruxelles. L'assurance constitue toutefois une exception.

307 **Assurance.** L'article 35(1) du Règlement dispose qu'un jugement ne sera pas reconnu s'il est en conflit avec la section 3 du chapitre II. Cette section comporte les articles 8 à 14, qui (comme nous l'avons vu[343]) prévoient des règles de compétence pour les procédures en matière d'assurance. L'article 13 du Règlement interdit les accords d'élection de for dérogeant à ces règles, sauf dans certains cas limités[344]. Hors ces exceptions limitées, un accord d'élection de for dérogeant aux règles de compétence en matière d'assurance est nul en vertu du Règlement[345]. Cela signifie que, lorsque les articles 8 à 14 priment sur la Convention du fait de la première règle de « céder le passage » pour les ORIE (art. 26(6) *a)* de la Convention), un jugement rendu en violation de ces dispositions par un tribunal d'un État membre de la Communauté européenne ne sera reconnu ou exécuté dans aucun autre État membre de la Communauté européenne. Dans ce seul cas exceptionnel, le Règlement de Bruxelles est moins favorable à la reconnaissance et à l'exécution que la Convention.

308 Lorsque, par contre, la Convention prime sur le Règlement (parce que l'une des parties est résidente d'un État contractant extérieur à la Communauté européenne), les articles 8 à 14 du Règlement ne seraient pas applicables, de sorte que la règle de l'article 35(1) du Règlement ne s'appliquerait pas. Par conséquent, le jugement serait reconnu et exécuté en vertu de la Convention[346].

309 **Premier exemple**[347]**.** Une société d'assurances néerlandaise conclut un contrat d'assurance commerciale avec X, une société résidant en Espagne. Le contrat comporte une clause d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. Le contrat est couvert par l'interdiction des accords d'élection de for à l'article 13 du Règlement. La société d'assurances poursuit X devant le tribunal élu. Le tribunal élu ne peut pas connaître du litige : le Règlement de Bruxelles prime sur la Convention en vertu de l'article 26(6) *a)* de la Convention. Si le tribunal de Rotterdam connaît néanmoins du litige, son jugement n'aura pas droit à la reconnaissance et à l'exécution en vertu de la Convention en Espagne. En vertu de l'article 26(6) *b)* de la Convention, les dispositions du Règlement de Bruxelles priment sur celles de la Convention, et en vertu de l'article 35(1) du Règlement, le jugement ne sera pas reconnu car il est contraire à l'article 13 du Règlement (figurant dans la section 3 du chapitre II).

310 **Second exemple**[348]**.** Une société d'assurances canadienne constitue une succursale (dépourvue de personnalité morale distincte) en Espagne[349]. Elle conclut un contrat d'assurance commerciale avec X, une société résidant en Espagne. Le contrat comporte une clause d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. Le contrat est couvert par l'interdiction des accords d'élection de for à l'article 13 du Règlement. La société d'assurances assigne X devant le tribunal élu. L'article 26(6) *a)* ne sera pas applicable parce que l'une des parties est résidente dans un État contractant qui n'est pas un État membre de la Communauté européenne (le Canada). Le tribunal de Rotterdam doit connaître du litige. Son jugement sera reconnu et exécuté en Espagne en vertu du Règlement de Bruxelles. L'article 35(1) du Règlement ne s'appliquera pas, car les dispositions interdisant les accords d'élection de for dans les contrats d'assurance figurant à l'article 13 du règlement ne seront pas applicables à l'espèce.

Article 27 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

311 L'article 27 traite des manières dont un État peut devenir Partie à la Convention. Tout État peut devenir Partie au moyen d'une signature suivie d'une ratification, acceptation ou approbation, ou par voie d'adhésion. (Dans certaines autres conventions de La Haye, un État adhérent est dans une position moins favorable qu'un État ratifiant, car l'adhésion à ces conventions est soumise à l'agrément des États qui sont déjà Parties. Ce n'est pas le cas de cette Convention.) Quelle que soit la méthode choisie par l'État souhaitant devenir Partie, le statut qui en résulte est identique. En vue de faciliter une large participation à la Convention, le soin de décider de la méthode la plus commode pour eux a été laissé aux États. Les instruments correspondants sont déposés auprès du Ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

Article 28 – Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés

312 L'article 28 traite des États composés de deux ou plusieurs unités territoriales[350]. Il permet à un tel État de déclarer que la Convention ne s'appliquera qu'à certaines de ses unités territoriales. Ainsi, le Royaume-Uni pourrait signer et ratifier, ou adhérer, pour l'Angleterre seulement, et la Chine pour Hong Kong seulement. Une telle déclaration peut être modifiée à tout moment. Cette disposition est d'une importance particulière pour les États dans lesquels il faudrait faire adopter la législation nécessaire pour donner effet à la Convention par les organes législatifs des unités (par exemple, les législatures des provinces et territoires au Canada).

Article 29 – Organisations régionales d'intégration économique

313 Les articles 29 et 30 prévoient la possibilité pour une Organisation régionale d'intégration économique de devenir Partie à la Convention[351]. Deux situations sont possibles.

[343] Voir *supra*, para. 302.
[344] Voir *supra*, note 336.
[345] Voir *supra*, para. 302.
[346] Toute autre solution entraînerait le résultat absurde que le tribunal élu aurait le droit de connaître du litige et y serait tenu, mais que son jugement ne serait pas reconnu ou exécuté. Comme aucun tribunal autre que le tribunal élu ne pourrait connaître du litige, il serait impossible d'obtenir un jugement auprès d'un tribunal d'un État membre de la Communauté européenne qui serait reconnu et exécuté dans les autres États membres de la Communauté européenne. Les assureurs extérieurs à la Communauté européenne seraient alors forcés de désigner un tribunal extérieur à la Communauté européenne afin de garantir que le jugement qui en résulte soit reconnu au sein de la Communauté européenne.
[347] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

[348] Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.
[349] En vertu de l'art. 9(2) du Règlement de Bruxelles, la société d'assurances serait réputée domiciliée en Espagne. Selon la Convention, toutefois, elle serait résidente au Canada.
[350] Cet article ne s'applique pas aux Organisations régionales d'intégration économique.
[351] Il a été convenu lors de la Session diplomatique que le terme « Organisation régionale d'intégration économique » devrait avoir un sens autonome (indépendant du droit de tout État) et être d'interprétation souple afin d'inclure les organisations intrarégionales et transrégionales ainsi que les organisations dont le mandat dépasse les questions économiques. Voir le Procès-verbal No 21 de la Vingtième session, Commission II, para. 49 à 61.

Rapport Hartley/Dogauchi

306 **The Brussels Regulation.** In general, the Brussels Regulation provides for a *greater* degree of recognition and enforcement than the Convention. To a large extent, recognition and enforcement are automatic under the Regulation. The grounds of refusal, set out in Articles 33 to 37 of the Regulation, are more restricted than the grounds of refusal under Article 9 of the Convention. So the absence of a provision that the judgment may not be recognised or enforced to a lesser extent than under the Convention is not of great importance in so far as the Brussels Regulation is concerned. Insurance is, however, an exception.

307 **Insurance.** Article 35(1) of the Regulation provides that a judgment will not be recognised if it conflicts with Section 3 of Chapter II. This Section contains Articles 8 to 14, which (as we have seen[343]) lay down rules on jurisdiction for proceedings relating to insurance. Article 13 of the Regulation forbids choice of court agreements that depart from these rules, except in certain limited cases.[344] Outside these limited exceptions, a choice of court agreement that departs from the jurisdictional rules on insurance is invalid under the Regulation.[345] This means that, where Articles 8 to 14 of the Regulation prevail over the Convention by reason of the first REIO "give-way" rule (Art. 26(6) *a)* of the Convention), a judgment given contrary to those provisions by a court in a Member State of the European Community would not be recognised or enforced in any other Member State of the European Community. In this one exceptional case, the Brussels Regulation is less favourable to recognition and enforcement than the Convention.

308 Where, on the other hand, the Convention prevails over the Regulation (because one of the parties is resident in a Contracting State outside the European Community), Articles 8 to 14 of the Regulation would not be applicable; so the rule in Article 35(1) of the Regulation would not apply. Consequently, the judgment would be recognised and enforced under the Regulation.[346]

309 **First example.**[347] A Dutch insurance company enters into a contract of commercial insurance with X, a company resident in Spain. The contract contains a choice of court clause specifying the Rotterdam District Court. The contract is covered by the prohibition on choice of court agreements in Article 13 of the Regulation. The insurance company sues X before the chosen court. The chosen court cannot hear the case: the Brussels Regulation overrides the Convention by virtue of Article 26(6) *a)* of the Convention. If the Rotterdam court nevertheless hears the case, its judgment will not be entitled to recognition or enforcement under the Convention in Spain. Under Article 26(6) *b)* of the Convention, the provisions of the Brussels Regulation prevail over those of the Convention, and, under Article 35(1) of the Regulation, the judgment will not be recognised, since it conflicts with Article 13 of the Regulation (contained in Section 3 of Chapter II).

310 **Second example.**[348] A Canadian insurance company establishes a branch office (not separately incorporated) in Spain.[349] It enters into a contract of commercial insurance with X, a company resident in Spain. The contract contains a choice of court clause specifying the Rotterdam District Court. The contract is covered by the prohibition on choice of court agreements in Article 13 of the Regulation. The insurance company sues X before the chosen court. Article 26(6) *a)* would not apply because one of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the European Community (Canada). The Rotterdam court must hear the case. Its judgment will be recognised and enforced in Spain under the Brussels Regulation. Article 35(1) of the Regulation will not apply, since the provisions forbidding choice of court agreements in insurance contracts contained in Article 13 of the Regulation would not be applicable to the case.

Article 27 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession

311 Article 27 is concerned with the ways in which a State may become a Party to the Convention. Any State may become a Party to it either by signature followed by ratification, acceptance or approval, or by accession. (In some other Hague conventions, an acceding State is in a less favourable position than a ratifying State, since accession to those conventions is subject to the agreement of the States that are already Parties. This is not the case with the Convention.) Whatever method is adopted by a State wishing to become a Party, the resulting status is the same. With a view to facilitating widespread adherence to the Convention, it is left to States to choose whichever method is most convenient for them. The relevant instruments are deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, the depositary of the Convention.

Article 28 – Declarations with respect to non-unified legal systems

312 Article 28 is concerned with States that consist of two or more territorial units.[350] It permits such a State to declare that the Convention will extend only to some of its territorial units. Thus, the United Kingdom could sign and ratify, or accede, for England only, and China for Hong Kong only. Such a declaration may be modified at any time. This provision is particularly important for States in which the legislation necessary to give effect to the Convention would have to be passed by the legislatures of the units (for example, by provincial and territorial legislatures in Canada).

Article 29 – Regional Economic Integration Organisations

313 Articles 29 and 30 make provision for a Regional Economic Integration Organisation to become a Party to the Convention.[351] There are two possibilities. The first is where both the Regional Economic Integration Organisation and its

[343] Para. 302, *supra.*
[344] See note 336, *supra.*
[345] See para. 302, *supra.*
[346] Any other solution would have the absurd result that the chosen court would be entitled and required to hear the case, but its judgment would not be recognised or enforced. Since no court other than the chosen court could hear the case, it would be impossible to obtain a judgment from a court in a Member State of the European Community that would be recognised and enforced in other Member States of the European Community. Insurers from outside the European Community would then be forced to designate a court outside the European Community in order to ensure that the resulting judgment would be recognised within the European Community.
[347] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra.*
[348] It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra.*
[349] Under Art. 9(2) of the Brussels Regulation, the insurance company would be deemed to be domiciled in Spain. However, under the Convention, it would be resident in Canada.
[350] This Article does not apply to Regional Economic Integration Organisations.
[351] It was agreed by the Diplomatic Session that "Regional Economic Integration Organisation" should have an autonomous meaning (not dependent on the law of any State) and that it should be interpreted flexibly to include sub-regional and trans-regional organisations as well as organisations whose mandate extends beyond economic matters: see Minutes No 21 of the Twentieth Session, Commission II, paras 49 to 61.

Dans la première, l'Organisation régionale d'intégration économique et ses États membres deviennent Parties. Cela pourra se produire s'ils jouissent d'une compétence externe concurrente sur la matière de la Convention (compétence conjointe), ou si certaines questions relèvent de la compétence externe de l'Organisation régionale d'intégration économique et d'autres de celle des États membres (ce qui entraînerait une compétence partagée ou mixte à l'égard de la Convention dans son ensemble). Dans la seconde, l'Organisation régionale d'intégration économique seule devient Partie à la Convention. Cela pourra se produire lorsqu'elle jouit d'une compétence externe exclusive pour la matière faisant l'objet de la Convention. En pareil cas, les États membres seront liés par la Convention par le biais de l'accord de l'Organisation régionale d'intégration économique.

314 L'article 29 traite de la première situation. Il permet aux Organisations régionales d'intégration économique constituées uniquement d'États souverains de devenir Parties à la Convention si elles disposent d'une compétence externe sur tout ou partie des matières traitées par la Convention. Dans la mesure où elle dispose de cette compétence externe, l'Organisation régionale d'intégration économique a les mêmes droits et obligations qu'un État contractant. En pareil cas, elle doit indiquer au dépositaire les matières pour lesquelles elle a compétence externe, et toute modification à cet égard[352].

***Article 30** – Adhésion par une Organisation régionale d'intégration économique sans ses États membres*

315 L'article 30 traite de la seconde situation, où l'Organisation régionale d'intégration économique seule devient Partie. En ce cas, l'Organisation régionale d'intégration économique pourra déclarer que ses États membres sont liés par la Convention[353].

316 **Signification du terme «État».** Lorsqu'une Organisation régionale d'intégration économique devient Partie à la Convention – que ce soit en vertu de l'article 29 ou de l'article 30 –, toute référence dans la Convention à un «État contractant» ou un «État» s'applique également, le cas échéant, à l'Organisation régionale d'intégration économique. Cette disposition correspond à l'article 25(1). Sa signification a déjà été examinée[354]. Il faut toutefois noter que l'article 26(6) constitue une *lex specialis* à l'égard des articles 29 et 30 en ce qui concerne l'application des instruments juridiques d'une Organisation régionale d'intégration économique. Lorsque la Convention ne cède pas la primauté à un tel instrument en vertu de l'article 26(6), l'utilisation des articles 29 ou 30 pour justifier l'application de l'instrument au lieu de la Convention est exclue.

***Article 31** – Entrée en vigueur*

317 L'article 31 précise la date d'entrée en vigueur de la Convention, soit le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Des règles semblables sont prévues pour déterminer la date d'entrée en vigueur de la Convention pour une Organisation régionale d'intégration économique ou un État donné qui y deviendrait Partie par la suite[355], et pour une unité territoriale à laquelle elle a été étendue en vertu de l'article 28(1)[356].

[352] Art. 29(2).
[353] Art. 29(4). Ce sera le cas, par ex., en vertu de l'art. 300(7) du *Traité instituant la Communauté européenne*.
[354] Voir *supra*, para. 258 à 260, 17, 107 et 128 à 131.
[355] Art. 31(2) *a)*.
[356] Art. 31(2) *b)*.

Réserves

318 La Convention ne comporte aucune disposition interdisant les réserves. Cela signifie que les réserves sont autorisées, sous réserve des règles normales du droit international coutumier (telles que les traduisent l'art. 2(1) *d)* et les art. 19 à 23 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969).

319 Toutefois, la Session diplomatique a adopté la déclaration suivante:

« L'avis de cette Commission est qu'aucune réserve ne devrait être encouragée d'une manière quelconque et que lorsqu'un État souhaite faire une réserve, elle ne devrait être faite que lorsqu'un État a un important intérêt à cet égard; elle ne devrait pas être plus large que nécessaire, et devrait être définie de manière claire et précise; elle ne devrait pas traiter d'une question précise pouvant faire l'objet d'une déclaration; et elle ne devrait pas être préjudiciable à l'objet et à la cohérence de la Convention.

Cette position exprimée par la Commission a des effets limités à cette seule Convention et ne doit en aucune manière être considérée comme concernant une quelconque future Convention de la Conférence de la Haye. »[357]

***Article 32** – Déclarations*

320 Les déclarations visées aux articles 19, 20, 21, 22 et 26 peuvent être faites lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ou à tout moment ultérieur, et pourront être modifiées ou retirées à tout moment. Elles doivent être faites auprès du dépositaire (le Ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas).

321 Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion prendra effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné. Une déclaration faite par la suite, et tout retrait ou modification d'une déclaration, prendront effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Une déclaration en vertu des articles 19, 20, 21 et 26 ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for conclus avant son entrée en vigueur[358].

***Article 33** – Dénonciation*

322 L'article 33 dispose qu'un État contractant peut dénoncer la Convention au moyen d'une notification écrite au dépositaire. La dénonciation peut être limitée à certaines unités territoriales d'un système juridique non unifié auquel la Convention s'applique. La dénonciation entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsque la notification prévoit une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation, la dénonciation prendra effet à l'expiration de cette période plus longue après la date de réception de la notification par le dépositaire.

***Article 34** – Notifications par le dépositaire*

323 L'article 34 impose au dépositaire d'aviser les Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, et

[357] Voir le Procès-verbal No 23 de la Vingtième session, Commission II, para. 1 à 31, et plus particulièrement les para. 29 à 31.
[358] L'art. 22 n'est pas mentionné ici; de ce fait, la déclaration de l'art. 22 peut aussi couvrir des accords d'élection de for conclus avant la date à laquelle la déclaration prend effet en vertu de l'art. 32(3) ou (4), voir *supra*, para. 253 et s.

Member States become Parties. This might occur if they enjoy concurrent external competence over the subject matter of the Convention (joint competence), or if some matters fall within the external competence of the Regional Economic Integration Organisation and others within that of the Member States (which would result in shared or mixed competence for the Convention as a whole). The second possibility is where the Regional Economic Integration Organisation alone becomes a Party. This might occur where it has exclusive external competence over the subject matter of the Convention. In such a case, the Member States would be bound by the Convention by virtue of the agreement of the Regional Economic Integration Organisation.

314 Article 29 is concerned with the first possibility. It permits Regional Economic Integration Organisations constituted solely by sovereign States to become Parties to the Convention if they possess external competence over some or all of the matters covered by it. To the extent that it has such external competence, the Regional Economic Integration Organisation has the same rights and obligations as a Contracting State. Where this is the case, it must notify the depositary of the matters for which it has external competence, and of any changes in this regard.[352]

***Article 30** – Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States*

315 Article 30 is concerned with the second possibility, where the Regional Economic Integration Organisation alone becomes a Party. Where this occurs, the Regional Economic Integration Organisation may declare that its Member States are bound by the Convention.[353]

316 **Meaning of "State".** Where a Regional Economic Integration Organisation becomes a Party to the Convention – whether under Article 29 or under Article 30 – any reference in the Convention to "Contracting State" or to "State" applies equally, where appropriate, to the Regional Economic Integration Organisation. This provision parallels Article 25(1). Its effect has already been discussed.[354] It should be noted, however, that Article 26(6) is a *lex specialis* to Articles 29 and 30 as far as the application of legal instruments of a Regional Economic Integration Organisation is concerned. Where the Convention does not give way to such an instrument under Article 26(6), it is not possible to use Articles 29 or 30 to justify the application of the instrument instead of the Convention.

***Article 31** – Entry into force*

317 Article 31 specifies when the Convention will enter into force. This will be on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession. Similar rules are laid down for when it comes into force for a given State or Regional Economic Integration Organisation that subsequently becomes a Party to it,[355] and for a territorial unit to which it has been extended under Article 28(1).[356]

[352] Art. 29(2).
[353] Art. 29(4). This would be the case, for example, under Art. 300(7) of the *Treaty establishing the European Community*.
[354] See paras 258 to 260, 17, 107 and 128 to 131, *supra*.
[355] Art. 31(2) *a)*.
[356] Art. 31(2) *b)*.

Reservations

318 The Convention does not contain any provision prohibiting reservations. This means that reservations are permitted, subject to the normal rules of customary international law (as reflected in Art. 2(1) *d)* and Art. 19 to 23 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties* 1969).

319 The following statement was, however, adopted by the Diplomatic Session:

"It is the understanding of this Commission that no reservation should be encouraged in any way and that whenever a State wants to make a reservation – it should be made only if a State has a strong interest to do so; it should be no broader than necessary and be defined clearly and precisely; it should not deal with a specific matter that can be the object of a declaration; and it should not be detrimental to the object and purpose and to the coherence of the Convention.

This position as expressed by this Commission has effects limited only to this Convention and it shall in no way be considered as related to any future Convention of the Hague Conference."[357]

***Article 32** – Declarations*

320 The declarations referred to in Articles 19, 20, 21, 22 and 26 may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time. They are made to the depositary (the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands).

321 A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession takes effect simultaneously with the entry into force of the Convention for the State concerned. A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, takes effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the depositary. A declaration under Articles 19, 20, 21 and 26 does not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect.[358]

***Article 33** – Denunciation*

322 Article 33 provides that a Contracting State may denounce the Convention by a notification in writing to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which the Convention applies. The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the depositary.

***Article 34** – Notifications by the depositary*

323 Article 34 requires the depositary to notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and

[357] See Minutes No 23 of the Twentieth Session, Commission II, paras 1 to 31, in particular paras 29 to 31.
[358] Art. 22 is not mentioned here; hence an Art. 22 declaration may also cover choice of court agreements concluded prior to the date on which the declaration took effect under Art. 32(3) or (4); see paras 253 *et seq.*, *supra*.

autres États et Organisations régionales d'intégration économique ayant signé, ratifié, accepté ou approuvé la Convention ou y ayant adhéré, de diverses matières concernant la Convention, telles que les signatures, ratifications, entrées en vigueur, déclarations et dénonciations.

other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded to the Convention, of various matters relevant to the Convention, such as signatures, ratifications, entry into force, declarations and denunciations.

Tables

Table par articles
Cross-reference table

Convention sur les accords d'élection de for Texte adopté *Convention on Choice of Court Agreements Text adopted* (pages 762-781)	Procès-verbaux de la Commission II de la XXe Session de juin 2005 *Minutes of Commission II of the XXth Session of June 2005* (pages 566-740)	Avant-projet de Convention d'avril 2004 *Preliminary draft Convention of April 2004* (pages 421-433)	Procès verbaux de la Commission spéciale d'avril 2004 *Minutes of the Special Commission of April 2004* (pages 467-482)	Avant-projet de Convention de décembre 2003 *Preliminary draft Convention of December 2003* (pages 389-393)
Titre/*Title*	Pv. 23	Titre/*Title*	–	Titre/*Title*
Préambule/*Preamble*	Pv. 23, 24	Préambule/*Preamble*	Pv. 10	Préambule/*Preamble*
art. 1	Pv. 17, 20, 24	art. 1	Pv. 7, 10	art. 1(1), 4(4), 5 *f)*
art. 2	Pv. 7, 13, 14, 15, 20, 22, 24	art. 2	Pv. 1, 2, 5, 7, 10	art. 1(2)(3)(4)(5)(6)(7)
art. 3	Pv. 2, 3, 24	art. 3	Pv. 4, 8, 9, 10	art. 2
art. 4	Pv. 19, 24	art. 4	Pv. 7, 10	art. 3
art. 5	Pv. 3, 4, 24	art. 5	Pv. 3, 4, 6, 7, 8, 10	art. 4
art. 6	Pv. 4, 6, 8, 9, 11, 20, 24	art. 7 *a),b),c),d),e)*	Pv. 1, 3, 4, 8, 9, 10	art. 5
art. 7	Pv. 9, 24	art. 8	Pv. 10	art. 6
art. 8	Pv. 9, 11, 12, 20, 24	art. 9(1), (1 *bis*) (2) (3)(4)	Pv. 1, 8, 10	art. 7(1)(2)(3)(4)
art. 9	Pv. 9, 10, 11, 20, 24	art. 9(1) a*),b),c),d), e),f)*	Pv. 6, 8, 9, 10	art. 7(1) *a),b),c),d),e)*
art. 10	Pv. 7, 20, 24	art. 10	Pv. 5, 10	–
art. 11	Pv. 10,12, 19, 24	art. 15	Pv. 1, 9, 10	art. 10
art. 12	Pv. 12, 24	art. 12	Pv. 8	art. 12
art. 13	Pv. 16, 24	art. 13	Pv. 8, 10	art. 8
art. 14	Pv. 16, 24	art. 14	–	art. 9
art. 15	Pv. 16, 24	art. 16	–	art. 11
art. 16	Pv. 17, 24	–	–	–
art. 17	Pv. 19, 22, 24	–	–	–
art. 18	Pv. 19, 24	art. 17	Pv. 10	art. 13
art. 19	Pv. 17, 19, 20, 22, 24	art. 18	Pv. 10	art. 14
art. 20	Pv. 5, 17, 19, 20, 22, 24	art. 19	Pv. 3, 4, 10	art. 15
art. 21	Pv. 4, 5, 6, 7, 13, 15, 17, 20, 23, 24	art. 20	Pv. 5, 10	art. 16
art. 22	Pv. 17, 20, 22, 24	–	Pv. 9	–
art. 23	Pv. 6, 18, 20, 24	art. 21	–	art. 17
art. 24	Pv. 6, 24	–	–	–
art. 25	Pv. 21, 23, 24	art. 22	Pv. 2, 8, 10	art. 18
art. 26	Pv. 13, 18, 21, 23, 24	art. 23	Pv. 2, 10	art. 19
art. 27	Pv. 21, 24	art. 24	Pv. 4	art. 20
art. 28	Pv. 21, 23, 24	art. 25	Pv. 2	art. 21
art. 29	Pv. 21, 23, 24	art. 26	Pv. 3, 10	art. 22
art. 30	Pv. 23, 24	–	–	–
art. 31	Pv. 22, 24	art. 27	Pv. 4	art. 23
art. 32	Pv. 22, 24	art. 29	Pv. 5, 8, 10	art. 25
art. 33	Pv. 23, 24	art. 30	Pv. 4	art. 26
art. 34	Pv. 23, 24	art. 31	Pv. 4	art. 27

Tables

Procès verbaux de la Commission spéciale de décembre 2003	Texte préliminaire issu de la troisième réunion du groupe de travail informel du 25-28 mars 2003	Avant-projet de Convention de juin 2001*	Avant-projet de Convention d'octobre 1999*
Minutes of the Special Commission of December 2003	*Preliminary text achieved at the third meeting of the informal working group of 25-28 March 2003*	*Preliminary draft Convention of June 2001**	*Preliminary draft Convention of October 1999**
(pages 435-465)	(pages 106-117)		
–	Titre/*Title*	Titre/*Title*	Titre/*Title*
–	Préambule/*Preamble*	Préambule/*Preamble*	Préambule/*Preamble*
Pv. 1, 13	art. 1	art. 1, 2	art. 1(1), 2
Pv. 1, 2, 4, 6, 13, 14	art. 1(2)(3)(4)(5)(6) (7)	art. 1(2)(3)(4), 7, 8, 10, 12	art. 1(2)(3)(4), 7, 8, 10, 12
Pv. 2, 3, 4, 13	art. 2(1) *a), b)*, 3	art. 4(1)	art. 4(1)
Pv. 3, 13	art. 2(1) *c)*, (2)	art. 3(3), 23	art. 3(2), 23
Pv. 4, 5, 7, 13	art. 4	art. 4(1)(4), 22	art. 4(1), 22
Pv. 4, 5, 6, 10, 13, 14	art. 5	art. 4(4), 21	art. 21
Pv. 7, 13	art. 6	art. 13	art. 13
Pv. 7, 8, 9, 13, 14	art. 7(1)(3)(4)(5)	art. 25, 27, 28(2)	art. 25, 27, 28(2)
Pv. 7, 8, 9, 13	art. 7(1) *a),b),c),d),e),* (2)	art. 4(4), 28(1)	art. 28(1)
–	–	–	–
Pv. 11, 12	art. 11	art. 33	art. 33
Pv. 12, 14	art. 13	art. 36	art. 36
Pv. 9, 11, 13	art. 8(1)(2)(4)	art. 29	art. 29
Pv. 11, 13	art. 9	art. 30	art. 30
Pv. 12	art. 12	art. 34	art. 34
–	–	–	–
–	–	–	–
Pv. 11, 14	art. 8(3)	–	–
Pv. 13, 14	art. 15	–	–
Pv. 13, 14	art. 16	–	–
Pv. 13, 14	–	–	–
–	art. 7(2)	–	–
Pv. 13	art. 17	–	art. 38
–	–	–	art. 39
Pv. 13, 14	art. 18	–	–
–	art. 19	art. 37	art. 37
Pv. 14	art. 20	art. 42	–
Pv. 13	art. 21	–	–
–	art. 22	–	–
–	–	–	–
–	art. 23	–	–
–	art. 25	–	–
–	art. 26	–	–
–	art. 27	–	–

* Voir *Actes et documents de la Vingtième session*, tome II, *Jugements*.
* See *Proceedings of the Twentieth Session*, Tome II, *Judgments*.

Table des matières

page

Avis au lecteur 5

Vingtième session – Travaux préliminaires 7

Liste des documents préliminaires 8

Document de réflexion pour aider à la préparation d'une Convention sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale 10

Rapport de la Première réunion du Groupe de travail informel sur le projet des jugements – 22 au 25 octobre 2002 36

Rapport de la Deuxième réunion du Groupe de travail informel sur le projet des jugements – 6 au 9 janvier 2003 54

Rapport sur le travail du Groupe de travail informel sur le projet des jugements, notamment sur le texte préliminaire issu de sa Troisième réunion – 25 au 28 mars 2003 76

Mécanismes de renvoi des affaires au sein de systèmes fédéraux – Note de recherche 118

La relation entre le projet sur les jugements et d'autres instruments internationaux 148

Avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for – Rapport explicatif 166

La relation entre le projet sur les jugements et certains instruments régionaux dans le cadre de la communauté d'États indépendants 230

Rapport sur la réunion du Comité de rédaction du 18 au 20 avril 2005 en préparation de la Vingtième session de juin 2005 272

Observations relatives à l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for 298

Les instruments américains du droit international privé: une note sur leurs rapports avec une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for 318

La future Convention sur les accords exclusifs d'élection de for et l'arbitrage 348

Commission spéciale 375

Liste des participants 376

Documents de travail de la Commission spéciale de décembre 2003 381

Documents de travail Nos 1 à 6 382

Documents de travail Nos 7 à 35 383

Documents de travail Nos 36 à 38 386

Document de travail No 39 389

Documents de travail Nos 40 à 48 394

Document de travail No 49 397

Document de travail No 50 406

Documents de travail de la Commission spéciale d'avril 2004 409

Documents de travail Nos 51 à 55 410

Documents de travail Nos 56 à 68 411

Documents de travail Nos 69 à 84 411

Documents de travail Nos 85 à 91 415

Documents de travail Nos 92 et 108 415

Document de travail No 109 420

Document de travail No 110 421

Document de travail No 111 434

Procès-verbaux de la Commission spéciale de décembre 2003 435

Procès-verbal No 1 436

Procès-verbal No 4 444

Procès-verbal No 13 450

Procès-verbal No 14 462

Procès-verbaux de la Commission spéciale d'avril 2004 467

Procès-verbal No 9 468

Procès-verbal No 10 474

Vingtième session – Actes 483

Membres de la Deuxième commission 484

Documents de travail de la Deuxième commission 489

Document de travail No 1 490

Documents de travail Nos 2 et 3 510

Documents de travail Nos 4 à 13 510

Documents de travail Nos 14 et 15 512

Table of contents

page

Notice to the reader 5

Twentieth Session – Preliminary work 7

List of preliminary documents 9

Reflection Paper to Assist in the Preparation of a Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters 11

Report on the First Meeting of the Informal Working Group on the Judgments Project – 22 to 25 October 2002 37

Report on the Second Meeting of the Informal Working Group on the Judgments Project – 6 to 9 January 2003 55

Report on the Work of the Informal Working Group on the Judgments Project, in particular on the Preliminary Text Achieved at its Third Meeting – 25 to 28 March 2003 77

Mechanisms for the Transfer of Cases within Federal Systems – A Research Paper 119

The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments 149

Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements – Explanatory Report 167

The Relationship between the Judgments Project and Certain Regional Instruments in the Arena of the Commonwealth of Independent States 231

Report on the Meeting of the Drafting Committee of 18 to 20 April 2005 in Preparation of the Twentieth Session of June 2005 273

Comments on the Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements 298

The American Instruments on Private International Law: A Paper on their Relation to a Future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements 319

The Future Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and Arbitration 349

Special Commission 375

List of participants 376

Working Documents of the Special Commission of December 2003 381

Working Documents Nos 1 to 6 382

Working Documents Nos 7 to 35 383

Working Documents Nos 36 to 38 386

Working Document No 39 389

Working Documents Nos 40 to 48 394

Working Document No 49 397

Working Document No 50 406

Working Documents of the Special Commission of April 2004 409

Working Documents Nos 51 to 55 410

Working Documents Nos 56 to 68 411

Working Documents Nos 69 to 84 411

Working Documents Nos 85 to 91 415

Working Documents Nos 92 to 108 415

Working Document No 109 420

Working Document No 110 421

Working Document No 111 434

Minutes of the Special Commission of December 2003 435

Minutes No 1 436

Minutes No 4 444

Minutes No 13 450

Minutes No 14 462

Minutes of the Special Commission of April 2004 467

Minutes No 9 468

Minutes No 10 474

Twentieth Session – Acts 483

Members of the Second Commission 484

Working Documents of the Second Commission 489

Working Document No 1 490

Working Documents Nos 2 and 3 510

Working Documents Nos 4 to 13 510

Working Documents Nos 14 and 15 512

Documents de travail Nos 16 à 23 513
Documents de travail Nos 24 à 27 516
Documents de travail Nos 28 à 36 517
Documents de travail Nos 37 à 40 522
Documents de travail Nos 41 à 49 523
Documents de travail Nos 50 à 52 525
Documents de travail Nos 53 à 63 525
Documents de travail Nos 64 à 69 528
Documents de travail Nos 70 à 73 529
Documents de travail Nos 74 à 83 532
Document de travail No 84 536
Documents de travail Nos 85 à 87 544
Document de travail No 88 546
Document de travail No 89 564
Procès-verbaux de la Deuxième commission 565
Procès-verbal No 1 566
Procès-verbal No 2 569
Procès-verbal No 3 577
Procès-verbal No 4 584
Procès-verbal No 5 592
Procès-verbal No 6 600
Procès-verbal No 7 606
Procès-verbal No 8 615
Procès-verbal No 9 622
Procès-verbal No 10 631
Procès-verbal No 11 637
Procès-verbal No 12 647
Procès-verbal No 13 654
Procès-verbal No 14 661
Procès-verbal No 15 670
Procès-verbal No 16 678
Procès-verbal No 17 683
Procès-verbal No 18 692
Procès-verbal No 19 697
Procès-verbal No 20 704
Procès-verbal No 21 710
Procès-verbal No 22 719
Procès-verbal No 23 727
Procès-verbal No 24 733
Séances plénières 741
Document de travail No 1 742
Procès-verbal No 2 758
Extrait du Procès-verbal de la Séance de clôture 759
Convention adoptée 761
Extrait de l'Acte final de la Vingtième session Signé le 30 juin 2005 762
Rapport explicatif de Trevor Hartley et Masato Dogauchi 784
Tables 865
Table par articles 866
Table des matières 868

Tables

Working Documents Nos 16 to 23 513
Working Documents Nos 24 to 27 516
Working Documents Nos 28 to 36 517
Working Documents Nos 37 to 40 522
Working Documents Nos 41 to 49 523
Working Documents Nos 50 to 52 525
Working Documents Nos 53 to 63 525
Working Documents Nos 64 to 69 528
Working Documents Nos 70 to 73 529
Working Documents Nos 74 to 83 532
Working Document No 84 536
Working Documents Nos 85 to 87 544
Working Document No 88 546
Working Document No 89 564
Minutes of the Second Commission 565
Minutes No 1 566
Minutes No 2 569
Minutes No 3 577
Minutes No 4 584
Minutes No 5 592
Minutes No 6 600
Minutes No 7 606
Minutes No 8 615
Minutes No 9 622
Minutes No 10 631
Minutes No 11 637
Minutes No 12 647
Minutes No 13 654
Minutes No 14 661
Minutes No 15 670
Minutes No 16 678
Minutes No 17 683
Minutes No 18 692
Minutes No 19 697
Minutes No 20 704
Minutes No 21 710
Minutes No 22 719
Minutes No 23 727
Minutes No 24 733
Plenary Sessions 741
Working Document No 1 742
Minutes No 2 758
Extract from the Minutes of the Closing Session 759
Convention adopted 761
Extract from the Final Act of the Twentieth Session Signed on 30 June 2005 763
Explanatory Report by Trevor Hartley and Masato Dogauchi 785
Tables 865
Cross-reference table 866
Table of contents 869