

Avril / April 1997

Octobre / Octobre 1997

**COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE INTERNATIONALE ET
EFFETS DES JUGEMENTS ÉTRANGERS EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE**

Rapport établi par Catherine Kessedjian

* * *

**INTERNATIONAL JURISDICTION AND
FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS**

Report drawn up by Catherine Kessedjian

*Document préliminaire No 7 d'avril 1997 à l'intention de
la Commission spéciale de juin 1997 sur la question de la compétence, de la reconnaissance
et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*

*Preliminary Document No 7 of April 1997 for the attention of
the Special Commission of June 1997 on the question of jurisdiction, and recognition
and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters*

INTRODUCTION 1

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION 15

SECTION 1 – CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL	15	
§ 1 – PROCÉDURE METTANT EN CAUSE DES INTÉRÊTS PÉCUNIAIRES		17
§ 2 – RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTUELLE	21	
§ 3 – DROIT DE LA CONCURRENCE	23	
§ 4 – MATIÈRES FISCALES, DROITS DE DOUANE ET AMENDES		25
§ 5 – PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	27	
§ 6 – MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES	27	
SECTION 2 – CHAMP D'APPLICATION GÉOGRAPHIQUE	27	

CHAPITRE II – COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE INTERNATIONALE
DIRECTE 33

SECTION 1 – PRINCIPES GÉNÉRAUX	35	
§ 1 – INFLUENCE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	35	
§ 2 – RIGIDITÉ OU SOUPLASSE DES RÈGLES DE COMPÉTENCE? (<i>FORUM NON CONVENIENS</i>)		39
§ 3 – RÈGLES GÉNÉRALES ET RÈGLES SPÉCIALES? SITUATION PARTICULIÈRE DES ÉTATS À SYSTÈME NON UNIFIÉ	45	
§ 4 – LIMITATION DE CERTAINES COMPÉTENCES?	45	
SECTION 2 – DIVERS CHEFS DE COMPÉTENCE ADMISSIBLES	47	
§ 1 – COMPÉTENCES EXCLUSIVES	47	
A) <i>Compétence à l'égard des immeubles</i>	49	
B) <i>Compétence en matière de sociétés</i>	51	
C) <i>Compétence en matière de registres publics</i>	51	
D) <i>Compétence en matière de propriété intellectuelle</i>	51	
E) <i>Compétence en matière d'exécution des jugements</i>		53
§ 2 – COMPÉTENCES DE PROTECTION	53	
A) <i>Les travailleurs</i>	53	
B) <i>Les preneurs d'assurance et/ou assurés</i>	57	
C) <i>Les consommateurs</i>	57	
§ 3 – COMPÉTENCES DE CHOIX	59	
A) <i>Validité de la clause contractuelle d'élection de for</i>	61	
a) <i>Validité formelle</i>	61	
b) <i>Validité au fond et licéité</i>	61	
B) <i>Prorogation tacite</i>	63	
C) <i>Election de for dans des matières autres que contractuelles</i>		65
D) <i>Clauses d'élection de for et forum non conveniens ou litispendance</i>		65
§ 4 – AUTRES COMPÉTENCES	65	
A) <i>Equilibre entre demandeur et défendeur</i>	67	
B) <i>Compétence en matière contractuelle</i>	67	
C) <i>Compétence en matière délictuelle</i>	69	
D) <i>Compétence en matière de succursale</i>	71	
E) <i>Compétence en matière de trust</i>	71	
F) <i>Connexité</i>	73	
G) <i>Mesures provisoires et conservatoires</i>	73	
H) <i>Compétence en matière d'obligations alimentaires</i>		75
I) <i>Compétence en matière de concurrence</i>	75	

J)	<i>Compétence de la résidence habituelle du défendeur</i>	77
K)	<i>Compétences autres prévues par le droit national</i>	77
SECTION 3 – CHEFS DE COMPÉTENCE EXORBITANTS ET EXCLUS		77
§ 1 –	MÉTHODE	77
§ 2 –	DÉFINITION DE LA NOTION DE «COMPÉTENCE EXORBITANTE»	79
§ 3 –	EXEMPLES DE CHEFS EXORBITANTS DE COMPÉTENCE	79
SECTION 4 – COMPÉTENCES COMPLEXES		81
§ 1 –	PLURALITÉ DE DÉFENDEURS	81
§ 2 –	DEMANDES RECONVENTIONNELLES	83
§ 3 –	APPEL EN GARANTIE OU INTERVENTION	83
§ 4 –	COMPÉTENCES COMPLEXES ET FRAUDE	83
§ 5 –	COMPÉTENCES COMPLEXES ET CLAUSE D'ÉLECTION DE FOR	83
SECTION 5 – COMPÉTENCES CONCURRENTES		83
SECTION 6 – CONVENTION «DOUBLE» OU CONVENTION «MIXTE» ?		85
CHAPITRE III – EFFETS DES DÉCISIONS ÉTRANGÈRES		87
SECTION 1 – GÉNÉRALITÉS		87
§ 1 –	CONSÉQUENCES D'UNE CONVENTION DOUBLE STRICTE OU MIXTE	87
§ 2 –	DÉFINITION DE LA NOTION DE «DÉCISION ÉTRANGÈRE»	89
A)	<i>Décision étrangère</i>	89
B)	<i>Actes authentiques</i>	91
C)	<i>Transactions judiciaires</i>	91
SECTION 2 – ÉTENDUE DES EFFETS		91
SECTION 3 – CONTRÔLE DU JUGEMENT ÉTRANGER		95
§ 1 –	RÉGIME JURIDIQUE DU CONTRÔLE	95
A)	<i>Rôle ex officio du juge</i>	95
B)	<i>Répartition de la charge de la preuve</i>	97
§ 2 –	CRITÈRES DE CONTRÔLE	97
A)	<i>Compétence du juge d'origine</i>	97
B)	<i>Loi appliquée par le juge d'origine</i>	99
C)	<i>Motivation de la décision d'origine</i>	99
D)	<i>Ordre public procédural</i>	101
E)	<i>Ordre public substantiel</i>	101
F)	<i>Inconciliabilité de décisions</i>	103
G)	<i>Fraude</i>	103
a)	<i>Fraude à la loi</i>	103
b)	<i>Fraude à la procédure ou au jugement</i>	103
H)	<i>Montant excessif des condamnations</i>	105
SECTION 4 – PROCÉDURE		107
CHAPITRE IV – INTERPRÉTATION DE LA CONVENTION ET SUIVI DE LA MISE EN ŒUVRE		109
SECTION 1 – INTERPRÉTATION UNIFORME		109
SECTION 2 – SUIVI DE LA MISE EN ŒUVRE		111

LISTE DES ANNEXES

- I Résolution de l'Association de Droit international sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international (*traduction*)
- II «Contrôle judiciaire des élections de for inappropriées» traduction française d'une communication donnée par Catherine Kessedjian au Sokol Colloquium, Charlottesville, Virginie (USA) 1996 (*traduction*)
- III Questionnaire sur le déni de justice ou for de nécessité, établi par Catherine Kessedjian
- IV Questionnaire sur la fictivité des personnes morales, établi par Catherine Kessedjian
- V Extrait de l'article 8 A du projet de traité bilatéral entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique (*traduction*)

INTRODUCTION

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

2 C'est pourquoi, la Conférence de La Haye de droit international privé, parmi les axes de ses travaux, a toujours consacré une place très importante aux questions liées au droit judiciaire privé. Cette place est attestée par les nombreuses conventions qui, dès l'origine, ont eu pour thème principal ou secondaire la compétence juridictionnelle ou la procédure civile¹.

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

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

² *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966)*, p. 361.

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

et la *Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires*, élaborée au cours de la Douzième session (1972)⁴.

4 Quant à la question de la compétence juridictionnelle, elle a préoccupé les délégués de la Conférence à plusieurs reprises. Qu'il suffise de noter, par exemple, les vœux émis lors de la séance du 30 octobre 1951 sur la poursuite d'une étude en matière de compétence civile en cas de vente internationale ainsi que les règles d'exécution pour le cas où il y a prorogation du for, sur les propositions de M. Julliot de la Morandière⁵.

5 On sait par ailleurs que les travaux en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements et en matière de for contractuel ont débuté avec la décision votée lors de la Neuvième session de la Conférence⁶ et ont abouti avec la *Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* et son *Protocole additionnel*⁷.

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

7 Il nous paraît intéressant de rechercher les raisons de l'insuccès de ces Conventions et notamment de celle de 1971. Deux raisons principales ont été proposées par le Bureau Permanent dans le Document préliminaire No 17 de mai 1992⁸: «1) le succès de la *Convention de Bruxelles (qui a beaucoup emprunté à la Convention de La Haye et a été négociée en partie par les mêmes personnes) à laquelle a fait suite la Convention de Lugano* et 2) sa forme insolite et complexe: *Convention, Protocole et accords bilatéraux complémentaires*». La structure formelle trop complexe de la Convention de 1971 qui, avec son Protocole additionnel et sa méthode de bilatéralisation, exige en réalité des Etats Parties la négociation systématique d'accords bilatéraux complémentaires et le caractère «flou» des points énumérés à l'article 23⁹ sont certainement des écueils à éviter dans les futurs travaux entrepris par la Conférence.

8 Sans nier l'importance, peut-être décisive, de ces raisons, une autre raison de substance nous paraît devoir également expliquer l'insuccès de la Convention de 1971. Si l'on regarde les besoins des justiciables en matière de contentieux privé international, on constate que s'il est indispensable d'assurer au jugement obtenu dans un pays des effets dans un ou plusieurs autres pays, il est avant toute chose essentiel de connaître quel tribunal possède la compétence internationale pour statuer à l'origine sur le litige au fond. C'est de loin, nous semble-t-il, ce qui inquiète les justiciables. Le demandeur veut pouvoir agir rapidement, devant un for qui lui est proche, dont il connaît les règles, de manière à protéger les droits dont il jouit ou dont il pense devoir jouir. Quant au défendeur, il ne veut pas avoir à procéder devant un for éloigné de son centre de gravité personnel ou économique et veut que ses droits à une procédure contradictoire respectant les plus stricts principes de protection des droits de la défense soient reconnus par le

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

⁵ *Actes de la Septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé (1951)*, séance du 30 octobre 1951, tome I, p. 352 et 353.

⁶ *Actes et documents de la Neuvième session (1960)*, tome I, p. 313 et *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966)*, p. 9.

⁷ *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966)*, p. 348 à 504.

⁸ *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome I, p. 230, No 3 et No 6.

⁹ Ce caractère trop complexe est reconnu par tous. Pour éviter cet écueil, certains promoteurs de l'idée de préparer une nouvelle convention à vocation mondiale ont suggéré qu'il serait bon de s'inspirer de la Convention de New York de 1958 en matière d'arbitrage et produire un texte simple, bref, donnant quelques principes généraux, laissant aux tribunaux le soin de développer des règles précises. L'idée est séduisante et nous nous efforcerons d'en respecter la trame tout en signalant que, malheureusement, le contentieux international est un peu plus complexe à la fin du XXème siècle que ce qu'il était en 1958 et qu'il est plus compliqué d'écrire des principes sur la compétence juridictionnelle internationale que sur la validité de la clause compromissoire pour laquelle on peut se contenter d'un texte succinct.

juge saisi. C'est donc à notre avis beaucoup plus des questions de compétence juridictionnelle directe¹⁰ qui sont en jeu que de reconnaissance et d'exécution des jugements¹¹.

9 Il nous paraît indéniable que si la Convention de Bruxelles et sa soeur la Convention de Lugano ont eu le succès qu'elles ont connu, indépendamment de leur caractère obligatoire dans le cadre de la construction européenne¹², c'est parce qu'elles sont d'un caractère particulier par rapport aux efforts entrepris dans le cadre de la Conférence de La Haye: ce sont des Conventions doubles en ce sens qu'elles règlent d'abord et avant tout la compétence juridictionnelle directe des tribunaux dans les matières qu'elles couvrent et ce, comme un préalable aux effets à donner aux jugements qui en résultent, dont il faut bien reconnaître qu'ils n'en constituent que le prolongement naturel. C'est parce que le tribunal ayant statué sur le fond du litige est compétent (généralement en vertu de la Convention, sauf erreur de la part du juge saisi), que son jugement doit, sauf exceptions limitées, recevoir effet sur le territoire de tous les autres Etats Parties.

10 A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que, dans le cadre de l'Organisation des Etats américains la Convention de Montevideo du 8 mai 1979¹³ sur la validité extraterritoriale des jugements étrangers et des sentences arbitrales est une convention simple. Cette Convention est aujourd'hui en vigueur dans les pays suivants: Argentine, Brésil, Colombie, Equateur, Mexique, Paraguay, Pérou, Uruguay, Venezuela. Elle a été complétée par la Convention de La Paz du 24 mai 1984¹⁴ sur la compétence internationale pour la validité extraterritoriale des jugements étrangers prévoyant des règles de compétence indirecte qui, bien que largement signée, n'a été ratifiée que par le Mexique et n'est donc pas encore entrée en vigueur.

11 Dans le cadre de l'ALENA, les Etats Parties ont privilégié l'arbitrage pour le règlement des différends. Quant à l'ASEAN, pour le moment, aucune disposition conventionnelle ne lie les Etats Parties¹⁵ mais un auteur a déjà recommandé qu'un projet soit entrepris qui pourrait, dans un premier temps, se limiter aux effets des jugements tout en ayant à l'esprit le «modèle» des Conventions de Bruxelles et de Lugano¹⁶.

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

¹¹ Les Conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements (réuni à La Haye du 29 au 31 octobre 1992) vont également en ce sens. En effet, le Groupe a conclu qu'une convention double présente un certain nombre d'avantages par rapport à une convention simple. Elle permet en particulier: «- une meilleure information des parties ainsi qu'une plus grande prévisibilité car les chefs de compétence acceptés par les Etats parties à la Convention, et ceux qui ne le sont pas, sont énumérés. Ceci évite dans beaucoup de cas de devoir examiner les lois de chaque pays; - d'éviter une confusion qu'une convention simple peut soulever en raison du fait que les chefs de compétence indirecte y sont parfois compris par erreur comme limitant les chefs de compétence du tribunal d'origine à ces chefs de compétence indirecte; - des économies de temps et d'argent lors de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, puisqu'il est plus amplement tenu compte que dans une convention simple des conclusions établies par le tribunal d'origine».

Cf. Conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 256.

¹² A dire vrai, seule la Convention de Bruxelles est obligatoire dans le cadre de la construction européenne, puisqu'elle est prévue par l'article 220 du Traité de Rome alors que la Convention de Lugano, qui ne constitue qu'une extension quasi identique du système de Bruxelles aux pays non-Membres de l'Union européenne, ne peut être considérée comme obligatoire, même si sa ratification est hautement recommandée.

¹³ UNTS No 51 OEA/Ser. A/28.

¹⁴ UNTS No 50 OEA/Ser. A/28.

¹⁵ Brunei Darussalam, Indonésie, Malaisie, Philippines, Singapour, Taïlande, Viet Nam. Le Cambodge se joindra peut-être à l'ASEAN en 1997.

¹⁶ P.M.C. Koh, "Foreign Judgments in ASEAN - A proposal" *I.C.L.Q.* 1996 p. 844-860. A Singapour, un jugement étranger ne peut être reconnu par la procédure de l'enregistrement que si le pays d'origine est lié avec Singapour par un accord de réciprocité. De tels accords existent avec le Royaume-Uni, l'Irlande, Hong Kong, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, Sri Lanka, la Malaisie, les Iles Windward, le Pakistan,

12 Mais on ne doit pas non plus se cacher une raison supplémentaire de l'insuccès des travaux en cette matière qui tient à la nature particulière de l'exercice. Ainsi que le rappelait M. Fragistas dans le Rapport explicatif qu'il a préparé sur la Convention de 1971, «*La reconnaissance des jugements étrangers présuppose que l'on fasse confiance non seulement à la loi ... que le juge étranger a appliquée, mais aussi à la capacité et à l'intégrité des juges qui ont prononcé les jugements et même aux conditions de fait dans lesquelles les procès se déroulent dans le pays d'origine du jugement. ... [L]es Etats font grand cas de l'origine [du jugement étranger] c'est-à-dire du pays dans lequel il a été rendu. C'est à cause de cela qu'ils ne veulent pas appliquer au traitement des jugements étrangers un système égalitaire applicable sans aucune distinction aux jugements étrangers, quel que soit le pays de leur origine.*»¹⁷.

13 C'est cette même idée qui est sous-jacente aux écrits d'une partie de la doctrine lorsqu'elle affirme que la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers met en cause la souveraineté des Etats. En réalité, ce n'est pas la reconnaissance et l'exécution en elles-mêmes qui posent problème, mais le fait, qu'implicitement, le juge requis reconnaît que le litige au fond était procédural ment «mieux» jugé par le juge d'origine que par lui-même, que le juge d'origine était donc «le plus approprié»¹⁸. De la même manière, on peut douter que la *comitas gentium* ou *comity* soit un fondement valable et efficace pour les décisions nationales en matière de compétence juridictionnelle internationale ou d'effets des jugements¹⁹.

14 A cet égard, la comparaison du système mis en place pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales grâce à la Convention de New York du premier juin 1958²⁰ avec l'inexistence d'un système généralisé pour les jugements étrangers, est révélateur. Une fois que les Etats ont décidé que leur souveraineté n'était pas remise en cause par l'essor d'une justice privée telle que l'arbitrage, ils se désintéressent quasi complètement du sort de la sentence rendue, en ce sens qu'elle n'est pas considérée comme pouvant porter atteinte à cette fameuse souveraineté, sauf de manière exceptionnelle au travers de considérations d'ordre public. Il est clair, par ailleurs, que l'essor très important qu'a connu l'arbitrage notamment dans le contentieux privé international en matière commerciale, est en partie dû au fait qu'aucun instrument multilatéral équivalent à la Convention de New York de 1958 n'existe pour les jugements étrangers. Or, les praticiens du commerce international reconnaissent aujourd'hui que l'arbitrage, malgré toutes les qualités qu'il comporte, n'est pas toujours le mode idéal de résolution des différends. Certains litiges, en effet, ne se prêtent pas à une procédure de résolution par l'arbitrage.

15 Les juridictions nationales conservent donc un rôle très important dans les relations privées internationales. Les plaideurs doivent pouvoir prévoir, avec une certitude importante, le tribunal compétent pour statuer sur le litige à naître ou déjà né. Ils doivent également pouvoir bénéficier de tous les degrés de juridiction ouverts sur le territoire du pays dans lequel le jugement a été rendu sur le fond, mais ils doivent ensuite pouvoir bénéficier des effets de ce jugement, dans d'autres Etats si nécessaire, et sans avoir à recommencer une procédure lourde et complexe. Comme disent les juristes de *common law* chaque personne a le droit d'avoir «*its day in court*»;

Brunei, la Nouvelle Guinée et l'Inde (sauf pour les Etats de Jammu et du Kashmir). Ils sont issus de l'extension du *Reciprocal Enforcement of Commonwealth Judgments Act (Cap 264, Singapore Statutes, 1985 Rev. Ed.)*. Pour tous les autres pays, le texte applicable est le *Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments Act (Cap 265, Singapore Statutes, 1985 Rev. Ed.)*.

¹⁷ *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966)*, p. 360.

¹⁸ Voir aussi les déclarations de certains délégués, notamment du Japon et de l'Autriche, au cours des débats de la Première Commission le 20 mai 1993, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 328 et 329.

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

²⁰ *Convention des Nations Unies sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*.

mais une fois que ce droit a été exercé devant une juridiction donnée, ce justiciable ne doit pas être autorisé à recommencer un nouveau procès, fût-ce devant une juridiction d'un Etat étranger. Il en va de l'économie des fonds publics de plus en plus limités et d'une saine administration de la justice qui ne doit pas s'arrêter aux frontières territoriales des Etats, chacun faisant face aux mêmes difficultés d'organisation efficace (en temps et en coût) du service public de la justice²¹.

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

17 L'origine des efforts actuels entrepris par la Conférence de La Haye de droit international privé tient dans une proposition faite par les Etats-Unis dans la lettre du *Legal Adviser* en date du 5 mai 1992 rappelée par le Bureau Permanent dans le Document préliminaire No 17 de mai 1992²². Cette proposition a été discutée lors de la réunion de la *Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence* qui s'est réunie du premier au 4 juin 1992, à l'issue de laquelle il a été décidé de former un Groupe de travail réduit qui s'est réuni à La Haye du 29 au 31 octobre 1992²³.

18 Le Groupe a reconnu unanimement qu'il était souhaitable d'essayer de négocier, au sein de la Conférence de La Haye, une convention multilatérale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements²⁴. Le Groupe a aussi reconnu qu'une convention simple, comme la *Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale du premier février 1971*, serait insuffisante²⁵, même si, dans le contexte plus vaste de la Conférence, une convention double²⁶ complète lui est apparue comme trop ambitieuse et qu'il a donc émis une «*préférence pour une convention qui offrirait certains des avantages d'une convention double, tout en ayant une plus grande flexibilité que ne le fait une convention du type de Bruxelles/Lugano*»²⁷.

²¹ Voir à cet égard le Rapport de Lord Woolf du 26 juillet 1996 «*Access to Justice*», sur les réformes nécessaires à entreprendre au Royaume-Uni, information tirée de la lettre d'information de Herbert Smith de décembre 1996. Il suffit de noter ici que la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que 8 ans et 8 mois pour qu'un procès trouve sa solution (première instance à cassation inclus) est un délai trop long qui viole les principes de la Convention européenne des droits de l'homme. Cf. *Duclos c. France*, arrêt No 723 du 17.12.1996. Sur cette question, voir *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant 1996.

²² *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 230.

²³ Voir Recommandations et décisions de la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 254.

²⁴ Voir «*Conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements*», Document préliminaire No 19 de novembre 1992 à l'intention de la Dix-septième session, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 256.

²⁵ *Ibidem*. On entend par «convention simple» une convention qui se borne à prévoir des dispositions en matière d'effet des jugements. Dans ce type de conventions, les règles de compétence éventuellement prévues sont de nature «indirecte».

²⁶ Une convention «double» comprend une partie consacrée à la compétence juridictionnelle directe et une partie aux effets des jugements. Cette seconde partie ne contient plus de chefs de compétence indirecte, puisque le contrôle de la compétence du juge d'origine, s'il est prévu, se fera au moyen des chefs de compétence directe prévus par la première partie de la convention.

²⁷ *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 258. Les conclusions du Groupe de travail sur cette question sont résumées de manière plus tranchée (... *the Conference should aim to*

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

- la Convention devrait être double mais avec éventuellement la possibilité de prévoir une liste blanche non exhaustive (Convention mixte)²⁸, système qui a eu la préférence du Groupe de travail;
- l'Etat requis serait autorisé à contrôler les chefs de compétence;
- le champ d'application doit être limité aux matières civiles et commerciales mais cette notion doit être précisée. Il est possible que les questions relatives à l'état des personnes soient exclues;
- un certain nombre de chefs de compétence ont été passés en revue en suivant peu ou prou la Convention de Bruxelles comme modèle. De la même manière, les chefs de compétence exclus ont été passés en revue selon la liste que l'on trouve dans la Convention de Bruxelles. Une attention toute particulière a été portée au chef de compétence appelé en anglais *doing business* et que l'on pourrait traduire par «entreprendre des activités commerciales»²⁹. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à un accord sur le point de savoir si ce chef de compétence devait ou non être inclus dans la liste des compétences exorbitantes dont l'usage serait interdit dans le cadre de la Convention³⁰.

20 Après une discussion complète et fort intéressante qui eu lieu au sein de la Première Commission³¹, la Dix-septième session de la Conférence a décidé d'inscrire à l'ordre du jour des travaux de la Conférence la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Elle a demandé au Secrétaire général d'instituer, dès que possible, une Commission spéciale chargée: *d'étudier plus avant les problèmes soulevés par l'élaboration d'une nouvelle convention sur la base d'un document préparé par le Bureau permanent et tenant compte des discussions de la Dix-septième session; d'émettre des propositions relatives aux travaux qui pourraient être entrepris; de suggérer un calendrier des travaux*³².

21 Conformément à cette décision, le Secrétaire général a réuni une Commission spéciale, du 20 au 24 juin 1994, pour discuter des points suivants: nature d'une convention éventuelle; domaine matériel d'une convention; chefs de compétence directs qui pourraient être retenus; autres chefs de compétence; chefs de compétence qui ne devraient pas être utilisés comme chefs de compétence générale; mise en jeu des règles de compétence; reconnaissance et exécution des décisions; procédure de reconnaissance et d'exécution³³.

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

adopt a "mixed convention") lors de la séance de la Commission I réunie au cours de la Dix-septième session. Cf. Procès-verbal No 3, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 327.

²⁸ La liste «blanche» ou «verte» comprend tous les chefs de compétence directe autorisés par la Convention. Elle s'oppose à la liste «noire» ou «rouge» comprenant les chefs de compétence prohibés. Lorsque la Convention est dite «mixte», elle autorise les Etats contractants, dans les conditions qu'elle définit, à utiliser d'autres critères de compétence que ceux prévus à la liste verte. Les conséquences de l'utilisation de ces compétences se font sentir lors de la reconnaissance ou de l'exécution du jugement qui en est issu, puisqu'il ne bénéficiera pas automatiquement des effets conventionnels.

²⁹ La version en langue française des Conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements traduit *doing business* par «traiter des affaires» Cf. *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260.

³⁰ Sur les chefs de compétence à exclure de la future Convention, cf. *infra* Nos 135 et s.

³¹ V_ *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 327 à 333.

³² *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 42.

³³ Voir «Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale», Doc. préI. No 2 de décembre 1995, établies par le Bureau Permanent à l'intention de la Commission spéciale de juin 1996 dont la substance sera reprise dans les développements qui suivent.

quatre délégations³⁴, a relevé l'intérêt d'établir une convention sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale et recommande à la Commission sur les affaires générales et la politique de la Conférence de proposer que ce sujet soit porté à l'ordre du jour des travaux futurs de la Conférence lors de sa Dix-huitième session³⁵.

23 La Commission spéciale s'est également prononcée sur le calendrier futur des travaux. Elle a estimé qu'il serait utile qu'elle se réunisse à nouveau avant la Dix-huitième session afin de pouvoir approfondir certaines questions sur la base d'un nouveau document préparé par le Bureau Permanent et elle souhaite que la Commission sur les affaires générales et la politique de la Conférence prenne une décision en ce sens³⁶.

24 En juin 1995, la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence a réaffirmé l'importance du sujet; a entendu une déclaration de l'Expert de la France, au nom des Etats membres de l'Union européenne; s'est félicitée de cette déclaration et a invité le Bureau Permanent à rédiger une nouvelle étude afin de préparer la réunion d'une nouvelle Commission spéciale préparatoire à réunir en 1996³⁷.

25 Cette réunion a eu lieu du 4 au 7 juin 1996. Les questions essentielles discutées ont porté sur la possibilité pour le juge de refuser d'exercer sa compétence (théorie du *forum non conveniens*, *lis alibi pendens*, connexité); les jugements condamnant à des dommages et intérêts excessifs ou multiples; les critères de contrôle par le juge requis de la décision d'origine (compétence du juge d'origine; loi appliquée par le juge d'origine; déroulement de la procédure et droit de la défense; ordre public de l'Etat requis et plus particulièrement dans le cadre des jugements par défaut; indépendance et impartialité du tribunal d'origine); et l'étendue du champ d'application de la Convention³⁸.

26 La Dix-huitième session a décidé d'inscrire à l'ordre du jour des travaux de la Dix-neuvième session la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale³⁹. C'est pourquoi, le Secrétaire général a convoqué une Commission spéciale qui se tiendra du 17 au 27 juin 1997 et pour les travaux de laquelle le présent Rapport préliminaire est rédigé.

27 Le présent Rapport abordera les questions de substance dans l'ordre logique dans lequel celles-ci devront apparaître dans la future Convention c'est-à-dire son champ d'application matériel et géographique (chapitre I), la compétence juridictionnelle directe (chapitre II), la reconnaissance et l'exécution du jugement (chapitre III), la mise en oeuvre et l'interprétation uniforme (chapitre IV)⁴⁰.

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

28 La Convention doit s'appliquer au contentieux privé international, c'est-à-dire le contentieux se déroulant entre parties qui sont toutes soumises au droit privé ou qui agissent pour des activités privées. On exclurait alors tous les contentieux mettant en cause un Etat ou une émanation de

³⁴ Doc. trav. No 2 soumis par les experts de l'Espagne, des Etats-Unis, de la France et de la Suisse.

³⁵ Doc.cit. *supra*, note 33.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ «Conclusions de la Commission spéciale de juin 1995 sur les affaires générales et la politique de la Conférence», Doc. prélim. No 9, décembre 1995, p. 8.

³⁸ Les Conclusions de cette deuxième réunion de la Commission spéciale ont été consignées dans un Document préliminaire No 12 d'août 1996 préparé à l'intention de la Dix-huitième session dont la substance sera reprise au cours des développements du présent Rapport.

³⁹ Voir chapitre B de l'Acte final de la Dix-huitième session, 19 octobre 1996.

⁴⁰ Nous n'aborderons pas les clauses finales, notamment la clause fédérale, bien que celles-ci puissent revêtir une certaine importance. Toutefois, la question des systèmes non unifiés sera abordée *infra* Nos 76 et s.

l'Etat ou une entité, de quelque nature qu'elle soit, agissant pour le compte de l'Etat pour des missions de services publics⁴¹. La Convention ne se prononcera vraisemblablement pas sur cette définition mais on peut penser que le Rapport explicatif pourrait dire quelques mots sur cette question qui prend de plus en plus d'actualité avec le courant de privatisation massive que nous connaissons aujourd'hui. A cet égard, on peut se demander si les distinctions proposées par la Cour de Justice des Communautés européennes dans les arrêts *Eurocontro*⁴² et *Rüffer*⁴³ ainsi que les éléments à prendre en considération pour mettre en œuvre ces distinctions, sont adaptés à l'évolution actuelle.

29 En ce qui concerne la notion de «contentieux international» plusieurs définitions peuvent être données. Tout d'abord, on peut imaginer qu'un contentieux est international s'il porte sur un objet, une action, une cause, eux-mêmes internationaux. Par exemple, si le contentieux porte sur un contrat, il sera international si le contrat lui-même est international. Cependant, il est possible qu'un contentieux international naisse d'une activité purement interne. Par exemple, dans le cadre d'un contrat purement interne, un litige naît à un moment où l'une des parties est située⁴⁴ à l'étranger. Ce serait aussi le cas d'un dommage subi au-delà d'une frontière alors que toute l'activité, à l'origine, était purement interne. Enfin, un contentieux peut aussi être international parce qu'il met en cause des systèmes juridiques ou judiciaires différents, les points de contact du litige étant situés sur plus d'un territoire national, comme c'est le cas lorsqu'un jugement étranger doit développer des effets hors du territoire où il a été rendu et alors même qu'à l'origine le contentieux était purement interne. Au vu de ces différentes acceptions possibles, il est préférable que la Convention ne contienne pas une telle définition laissant ainsi le juge saisi, en fonction des circonstances du litige, libre de déterminer si l'action est internationale ou non. L'absence de définition du caractère international du contentieux en cause est d'ailleurs conforme à la tradition retenue par les Conventions de La Haye.

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

SECTION 1 – CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

31 Les travaux préparatoires du Groupe de travail et des deux Commissions spéciales ont montré que, malgré une unanimité de principe sur le fait que la Convention doit s'appliquer «en matière civile et commerciale», la réalité révèle une plus grande complexité. Grâce aux travaux de la Commission spéciale de juin 1994⁴⁵, les exclusions suivantes semblent désormais acquises:

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

⁴¹ On connaît la difficulté de définition des notions telles que «émanation de l'Etat» ou «activité de services publics». Ces définitions sont généralement données par le droit des immunités et relèvent du droit applicable à l'entité qui soutient devoir bénéficier d'une immunité.

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

⁴³ 16 décembre 1980, aff. 814/79, *Rec.* p. 3807.

⁴⁴ Nous utilisons ici, à dessein, l'expression neutre et concrète de «situation» pour ne pas aborder la question délicate de la définition juridique de cette situation qui sera traitée *infra* No 93 et note 124.

⁴⁵ Cf. Conclusions établies par le Bureau Permanent, Doc. cité *supra* note 33, p. 12, No 7.

32 Les raisons pour ces exclusions tiennent soit à l'existence d'autres instruments internationaux⁴⁶, soit à la nature très particulière des problèmes posés par ces matières nécessitant un cadre de règlement spécifique.

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

§ 1 – PROCÉDURE METTANT EN CAUSE DES INTÉRÊTS PÉCUNIAIRES

34 Compte tenu de ce qui vient d'être dit en introduction de la présente section, la Convention ne porterait que sur les procédures concernant des intérêts pécuniaires, excluant ainsi la plupart des questions relevant du droit de la famille⁴⁷, sauf, peut-être, celles portant sur des obligations alimentaires⁴⁸.

35 Toutefois, l'inclusion dans la future Convention des procédures en matière d'obligations alimentaires peut soulever un problème, notamment en raison de l'existence des deux Conventions de La Haye, celle du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, aujourd'hui en vigueur dans 18 Etats membres⁴⁹ de la Conférence et un Etat non membre⁵⁰, et celle du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires, aujourd'hui en vigueur dans 17 Etats membres de la Conférence⁵¹. Si la Convention de 1958 n'est limitée qu'aux seules obligations alimentaires envers les enfants, celle de 1973 couvre non seulement ces mêmes obligations alimentaires, mais également celles envers les adultes, et notamment les obligations alimentaires entre conjoints ou ex-conjoints. Les deux Conventions sont conçues sur le modèle des conventions dites «simples» et consacrent comme chef de compétence indirecte principal le for du créancier d'aliments, c'est-à-dire le for du demandeur.

36 Les Conventions de Bruxelles et de Lugano quant à elles incluent toutes deux dans leur champ d'application les obligations alimentaires, en donnant une compétence directe à ce type de procédure. A côté de la compétence générale du domicile du débiteur d'aliments, défendeur à l'action (article 2), les Conventions donnent également compétence au juge du domicile du créancier (article 5.2). Le résultat des compétences retenues par les Conventions de Bruxelles et de Lugano est le suivant: elles donnent au *créancier* d'aliments un choix lorsqu'il veut saisir un tribunal pour obtenir une décision alimentaire, choix que le *débiteur* d'aliments n'a pas: si ce

⁴⁶ Notamment en matière de faillite, on doit noter la Convention du Conseil de l'Europe, signée à Istanbul, le 5 juin 1990; la Convention conclue dans le cadre de l'Union européenne du 25 septembre 1995; ainsi que les projets préparés par un Groupe de travail constitué par la CNUDCI pour la préparation d'une loi modèle *cf.* Document de l'Assemblée générale No A/CN.9/WG.V/WP.48, en date du 21 novembre 1996 (original en langue anglaise). On doit également signaler les travaux entrepris par l'*American Law Institute* limités pour le moment aux trois pays membres de l'ALENA (Canada, Etats-Unis, Mexique), *Transnational Insolvency Project*, Rapporteur principal Professeur Westbrook. En matière d'arbitrage, c'est, bien évidemment, à la Convention de New York de 1958 et à la Convention de Genève de 1961 auxquelles on pense immédiatement. Dans ce dernier domaine, le Rapport explicatif pourrait approfondir un peu l'exclusion à l'image de ce que la Cour de Justice des Communautés européennes a fait dans l'affaire *Marc Rich* (CJCE 25 juillet 1991, aff. C 190/89, *Rec. I.3855*) et des commentaires que cette décision a suscités.

⁴⁷ C'était également l'avis du Groupe de travail *cf. Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 258.

⁴⁸ Le Groupe de travail ne s'est pas prononcé sur ce point sauf en ce qu'il a considéré la question du chef de compétence délicate à trancher et, vraisemblablement, ne pas pouvoir être modelée sur l'article 5.2 de la Convention de Bruxelles. Les deux Commissions spéciales de juin 1994 et juin 1996 se sont trouvées divisées sur cette question.

⁴⁹ Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Hongrie, Italie, Norvège, Pays-Bas, Portugal, République slovaque, Suède, Suisse, Suriname, République tchèque, Turquie.

⁵⁰ Liechtenstein.

⁵¹ Allemagne, Danemark, Espagne, Finlande, France, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, République slovaque, Suède, Suisse, République tchèque, Turquie.

dernier veut ouvrir action pour obtenir la revision d'une décision sur aliments, il ne peut, aux termes des Conventions de Bruxelles-Lugano, saisir que le tribunal du créancier d'aliments, défendeur à l'action (article 2); il ne peut bénéficier du for prévu à l'article 5.2, puisqu'il n'est pas *créancier* des aliments.

37 On voit donc que la compétence directe en matière d'obligations alimentaires instituée par les Conventions de Bruxelles et de Lugano est en harmonie avec les Conventions de La Haye de 1958 et de 1973 et aucun conflit ne semble exister entre les deux systèmes. D'ailleurs, les Conventions de La Haye se déclarent prêtes à s'effacer devant tout autre instrument qui serait invoqué pour obtenir la reconnaissance et l'exécution (article 23 de la Convention de 1973, article 11 de la Convention de 1958), alors que les Conventions de Bruxelles et de Lugano prévoient de substituer à leurs propres conditions celles de toute Convention relative à une matière particulière et à laquelle sont Parties l'Etat d'origine et l'Etat requis (article 57). En présence de ce renvoi mutuel, c'est en définitive aux parties à choisir l'exécution conforme aux Conventions de La Haye et celle effectuée en vertu des Conventions de Bruxelles et de Lugano⁵².

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

- a de l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle du créancier d'aliments;
- b de l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle du débiteur d'aliments; ou
- c de l'Etat avec lequel le débiteur d'aliments a des liens personnels tels que patrimoines ou revenus.

39 La décision d'inclure les obligations alimentaires dans une future Convention à vocation mondiale soulève une difficulté sérieuse du fait que certains Etats n'admettent pas, d'une manière générale et par principe, le for du demandeur. Si la position de ces Etats devait être inébranlable, il semble alors qu'il ne resterait aux négociateurs de la future Convention que la seule alternative suivante:

- a soit la future Convention s'applique aux procédures en matière d'obligations alimentaires, mais elle ne retient comme compétence directe que le for du débiteur d'aliments ou celui auquel le défendeur s'est soumis soit expressément, soit en s'expliquant sur le fond sans réserves touchant à la compétence. Il faut toutefois relever qu'une telle solution constituerait un pas en arrière par rapport aux deux Conventions de La Haye qui, de surcroît, soulèverait un conflit de conventions sérieux;
- b soit les obligations alimentaires sont exclues du champ d'application de la future Convention.

§ 2 – RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTUELLE

40 Il peut paraître étrange de se poser la question de savoir si la future Convention doit porter sur la matière de la responsabilité civile délictuelle. Toutefois, ce n'est pas tant la matière en elle-même qui pose des difficultés que la complexité de certains contentieux qu'elle suscite, ainsi que le contenu des jugements qu'elle entraîne⁵³. En effet, lorsque le délit oppose simplement un auteur et une victime et que la relation juridique demeure strictement binaire, une règle de compétence est relativement aisée à trouver. Les difficultés posées, même dans cette hypothèse,

⁵² Voir sur toutes ces questions Michel Pelichet, «Note sur le fonctionnement des Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires et de la Convention de New York sur le recouvrement des aliments à l'étranger», Doc. pré. No 1 de septembre 1995 à l'intention de la Commission spéciale de novembre 1995, à paraître dans *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*.

⁵³ Cf. Conclusions du Groupe de travail, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260. La Commission spéciale de juin 1994 a particulièrement noté la difficulté d'exécuter les jugements condamnant à des dommages et intérêts excessifs ou punitifs; Cf. doc. cité *supra* note 33, p. 14, No 9. Cette question a fait l'objet de longues discussions au cours de la Commission spéciale de juin 1996; Cf. doc. cité *supra* note 38, p. 16 et 18, Nos 21 à 27. Nous aborderons la question de l'exécution de ces jugements dans le cadre du chapitre III du présent Rapport aux Nos 157 et s.

par un conflit mobile (cas de déplacement de la victime et d'aggravation du préjudice après le déplacement) peuvent trouver également une solution⁵⁴. De la même manière, une règle peut-être forgée relativement aisément en cas de «délit à distance» lorsque ses effets se font sentir à plusieurs points d'impact alors même qu'il n'y a qu'une victime. Supprimer de la future Convention la matière de la responsabilité civile en général lui ôterait une grande partie de son utilité⁵⁵.

41 En revanche, posent beaucoup plus de difficultés les contentieux mettant en cause une multiplicité de parties (souvent les victimes) qui souhaitent toutes agir devant leur propre tribunal, obligeant alors le défendeur à défendre ses intérêts devant un grand nombre de juridictions différentes. Si la Convention doit couvrir également ces hypothèses de contentieux multiples en matière délictuelle ou quasi délictuelle, il conviendra de réfléchir à la possibilité d'inclure une disposition sur la compétence différente de celle qui aura été choisie pour les litiges opposant simplement un demandeur à un défendeur⁵⁶. En effet, le bilan des intérêts en présence se conclut différemment selon que nous sommes dans l'une ou l'autre des deux hypothèses. Cette différence entraîne nécessairement une solution séparée pour les deux types de contentieux.

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

43 En ce qui concerne les actions intentées en vertu du droit de l'environnement, on pourrait être tenté de les exclure dans la mesure où la Dix-huitième session de la Conférence a décidé «*de retenir à l'ordre du jour du programme de travail de la Conférence la question des conflits de juridiction, de la loi applicable et de la coopération judiciaire et administrative internationale en matière de responsabilité civile pour les dommages causés à l'environnement*»⁵⁷. Les premiers travaux préparatoires entrepris par le Bureau Permanent à ce sujet ont montré que les questions d'atteinte à l'environnement posent des difficultés complexes pour lesquelles il est nécessaire d'apporter des solutions d'ensemble aux conflits de juridictions, à la loi applicable et à la coopération⁵⁸. Cela étant dit, il paraîtrait regrettable d'exclure totalement de la future Convention sur la compétence juridictionnelle et l'effet des décisions les actions en dommages et intérêts pour préjudice subi du fait d'une atteinte à l'environnement. On ne devrait pas non plus exclure les actions en cessation qui, dans cette matière, ne relèvent pas de juridictions spécialisées. Il suffirait, à cet égard, que la future Convention demeure silencieuse, n'excluant ni n'incluant expressément le droit de l'environnement, pour que les actions potentielles dans ce domaine

⁵⁴ Cf. *infra* Nos 121 et 122.

⁵⁵ Cf. Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994, doc. cité *supra* note 33, p. 14, No 9.

⁵⁶ Cf. *infra* Nos 121 et 122.

⁵⁷ Chapitre B, Acte final de la Dix-huitième session, La Haye 19 octobre 1996.

⁵⁸ Cf. «Note sur la loi applicable à la responsabilité civile pour dommages causés à l'environnement», Doc. prélim. No 9 de mai 1992, *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome I, *Matières diverses*, p. 186; «Note sur la loi applicable et sur les conflits de juridictions en matière de responsabilité pour les dommages causés à l'environnement», Doc. prélim. No 3 d'avril 1995, à paraître dans *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses; Internationales Umwelthaftungsrecht I* sous la direction de Christian von Bar, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG 1995, 295 p.

suivent les règles de la future Convention à supposer que leur formulation convienne à une application concrète à ces hypothèses. Ces dispositions seraient adoptées sans préjudice de ce qui sera décidé au moment où la Conférence mettra à son ordre du jour la préparation de la Convention spécifique environnement qui, de toute manière, en qualité de *lex specialis*, pourra parfaitement prévoir des solutions différentes de celles qui auraient été adoptées pour la Convention générale en préparation aujourd'hui. De plus, le travail qui sera effectué dans le cadre de la future Convention compétence et effets des jugements servira, à n'en pas douter, à l'avancée des travaux de la Convention environnement. C'est pourquoi nous suggérons que cette matière ne soit pas exclue du champ d'application matériel de la future Convention.

§ 3 – DROIT DE LA CONCURRENCE⁵⁹

44 Certains malentendus se sont fait jour lors des discussions passées sur l'insertion ou non dans le champ d'application de la future Convention des questions liées au droit de la concurrence. En réalité, deux catégories de problèmes doivent être différenciées: 1) les actions intentées en vertu du droit de la concurrence *stricto sensu*, généralement des actions en cessation, qui relèvent la plupart du temps d'autorités administratives indépendantes et comportent des règles de procédure particulières avec un regroupement du contentieux de première instance et sur recours devant des juridictions spécialisées; 2) les actions contractuelles ou délictuelles en dommages et intérêts, intentées par un opérateur économique à l'encontre de son partenaire contractuel ou de l'un de ses concurrents et prenant appui soit sur une violation du droit de la concurrence *stricto sensu* soit sur ce qu'il est convenu d'appeler, de manière classique, la concurrence déloyale. Si l'on doit reconnaître que les deux domaines, droit de la concurrence *stricto sensu* et droit de la concurrence déloyale, tendent à se rapprocher à bien des égards au plan des objectifs économiques et des grands principes⁶⁰, ils demeurent nettement séparés notamment pour ce qui a trait au contentieux et à la nature des actions intentées.

45 En ce qui concerne la première catégorie, c'est-à-dire le droit de la concurrence *stricto sensu*, il ne serait pas inutile de faire un effort pour tenter de définir des règles portant critère de compétence juridictionnelle internationale et, notamment, quelle est la portée exacte de la théorie dite des «effets». Par ailleurs, en cette matière comme dans toute autre, la coopération judiciaire est nécessaire. De plus en plus d'activités des opérateurs économiques mettent en cause les droits de la concurrence de plusieurs Etats. Le besoin se fait donc sentir indéniablement d'une meilleure coordination des compétences internationales des juridictions spécialisées de ces divers Etats afin d'éviter une multiplication de procédures ou, si elles sont inévitables, d'autoriser les juges à travailler ensemble de manière à éviter la survenance de décisions inconciliables auxquelles les opérateurs doivent faire face⁶¹. Cette coopération judiciaire est transnationale la plupart du temps, compte tenu de la dispersion des activités économiques concurrentielles. Il n'est d'ailleurs pas totalement exclu que la future Convention, si elle comporte des dispositions sur la coopération, puisse apporter certaines orientations et des guides aux juges chargés de traiter des questions de droit de la concurrence *stricto sensu*. Toutefois, comme ces procédures ont souvent un caractère administratif ou quasi administratif, il serait peut-être préférable de les exclure⁶² ou, en tout état de cause, de ne pas les inclure expressément.

46 Enfin, les actions de pur droit civil, en dommages et intérêts, intentées par un opérateur contre un autre, en raison d'une violation du droit de la concurrence ou en raison d'actes de concurrence déloyale, ne sont pas par nature différentes de n'importe quelle action en

⁵⁹ Ce n'est pas la première fois que la Conférence entreprend des travaux sur cette question même si, jusqu'à maintenant, le sujet a été considéré comme très délicat et difficile. Cf. «Etude exploratoire sur les conflits de compétences provoqués par l'application extraterritoriale des lois sur la concurrence et d'autres lois de régulation économique», établie par A. Dyer, *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, tome I, *Matières diverses*, p. 142-156.

⁶⁰ Voir la tendance en France notamment avec la loi No 96.588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, *JORF* 3 juillet 1996.

⁶¹ On doit d'ailleurs signaler que des accords de coopération entre autorités administratives de la concurrence ont déjà été signés en ce domaine ne serait-ce qu'entre le Ministère de la Justice américain et la Commission des Communautés européennes.

⁶² C'est le sens de la tendance la plus importante qui s'est fait jour au cours des travaux de la Commission spéciale de juin 1996, cf. doc. cité *supra*, note 38, p. 24, No 39.

responsabilité délictuelle⁶³ ou contractuelle. En tant que telle, il n'existe pas de raison particulière d'exclure ces actions du champ d'application de la future Convention, il est peu important à cet égard qu'elles soient fondées sur des dispositions du droit de la concurrence. Il n'est même pas certain qu'il soit utile de proposer des critères spécifiques de compétence appropriée à la matière, même si, pour le bénéfice de la discussion, nous serons amenée à émettre quelques idées à ce sujet⁶⁴. Est-il souhaitable de définir la frontière séparant cette catégorie de procédures avec la première évoquée ci-dessus? La Commission spéciale de juin 1996 a suggéré qu'une telle définition puisse être donnée «par l'intermédiaire d'une définition précise de la notion de juridiction»⁶⁵ saisie du litige et par une définition de la notion d' «action pour violation des règles de concurrence». A la réflexion, il nous apparaît préférable de ne pas alourdir le texte de la Convention et, comme pour l'environnement, de ne pas exclure ni inclure expressément la concurrence de son champ d'application matériel, le départage se faisant sur le terrain, par le juge, en fonction des actions qui lui sont soumises.

§ 4 – MATIÈRES FISCALES, DROITS DE DOUANE ET AMENDES

47 Ces matières ont toujours été considérées comme des matières de droit public dans les pays de tradition romano-germanique, alors que dans les pays de *Common Law*, cette distinction entre droit privé et droit public n'existant pas, le droit fiscal notamment fait partie du «*Civil Law*»⁶⁶. Elles sont exclues des Conventions de Bruxelles et de Lugano. La *Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale conclue le premier février 1971*, prévoit également que la Convention ne s'applique pas aux «décisions ayant pour objet le paiement de tous impôts, taxes ou amendes»⁶⁷.

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

§ 5 – PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

49 Comme pour le droit de la concurrence, les hésitations ont été grandes au sein de la Commission spéciale de juin 1996 pour inclure cette matière dans la future Convention⁶⁸.

50 Toutefois, comme pour le droit de la concurrence, ce n'est pas tant la matière en tant que telle que certaines actions liées aux droits de propriété intellectuelle qui devraient être incluses dans la future Convention. Nous étudierons ces actions ci-dessous dans le cadre des développements consacrés aux chefs de compétence internationale directe⁶⁹. Nous pensons donc que, comme pour les matières précédentes, aucune exclusion spécifique ne devrait être insérée dans la Convention.

§ 6 – MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES

⁶³ Pour de nombreux exemples de contentieux en référé en matière de droit de la concurrence, cf. Joël Cavallini, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire - Les contentieux français et anglais*, Bruxelles, Bruylant 1995, p. 93 à 112, notamment.

⁶⁴ Cf. *infra* Nos 129 et s.

⁶⁵ Cf. doc. cité *supra*, note 38, p. 24, No 39.

⁶⁶ Voir Rapport Schlosser sur la Convention relative à l'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ainsi que le Protocole concernant son interprétation par la Cour de Justice JOCE No C 59/71 du 5 mars 1979, p. 82 et 83.

⁶⁷ Article premier, 3^{ème} alinéa.

⁶⁸ Cf. doc. cité *supra* note 38, p. 24, No 41.

⁶⁹ Cf. *infra* No 90.

51 La Commission spéciale de juin 1996 a conclu qu'il convenait vraisemblablement d'inclure une ou plusieurs dispositions sur ces mesures⁷⁰. Nous tenons à insister sur l'importance de telles mesures dans le contentieux privé international. De ces mesures dépend souvent l'orientation et l'issue de la procédure sur le fond⁷¹. La Convention, pour être utile, devra, à notre avis, comporter de telles dispositions pour lesquelles nous donnons quelques pistes dans les développements qui suivent⁷².

SECTION 2 – CHAMP D'APPLICATION GÉOGRAPHIQUE

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

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

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

55 En ce qui concerne toutes les règles de compétence juridictionnelle directe (sauf pour la litispendance), le seul critère d'applicabilité géographique de la nouvelle Convention devrait être celui proposé ci-dessus, c'est-à-dire que le tribunal saisi soit situé sur le territoire d'un Etat contractant⁷³. Par rapport aux Conventions de Bruxelles et de Lugano, l'application distributive sera faite de la manière suivante:

⁷⁰ Cf. doc. cité *supra*, note 38, p. 24, No 40.

⁷¹ Les travaux du Comité sur la procédure civile et commerciale de l'Association de Droit international (*International Law Association*) ont montré l'importance de ces mesures. En annexe au présent Rapport se trouve la Résolution adoptée par l'ADI au cours de sa réunion d'Helsinki, 12-17 août 1996. On pourra également tirer quelques idées forces de l'étude de Lawrence Collins, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *RCADI*, vol. 234 (1992, tome III) p. 9-238. D'autres travaux peuvent être cités comme ceux de Sebastian Gronstedt, *Grenzüberschreitender einstweiliger Rechtsschutz*, Francfort-sur-le-Main 1994; Bernhard-Rudolf Heiss, *Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Zivilrechtsverkehr* (Art. 24 EuGVÜ), Berlin 1987; Anke Eilers, *Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr, Internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung*, Bielefeld 1991; Pascal de Vareilles-Sommières, «La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires», *Rev.crit.dr.int.pr.* 1996, p. 397 et s.

⁷² Cf. *infra* No 126.

⁷³ L'un des inconvénients d'une telle règle a trait à l'impossibilité pour le juge saisi d'utiliser les fors exorbitants exclus par la Convention alors que la Convention désigne un tribunal situé sur le territoire d'un Etat tiers. Les avis seront certainement partagés sur la nécessité ou non de réserver cette conséquence.

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

T.S. = Tribunal saisi

D. = Défendeur

N.C. = Etat contractant de la nouvelle Convention

B/L = Etat contractant de Bruxelles et/ou Lugano

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

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

T_1	=	N.C.	? N.C.
T_2	=	N.C.	
T_1	=	N.C. + B/L	? B/L
T_2	=	N.C. + B/L	
T_1	=	N.C. + B/L	? N.C.
T_2	=	N.C.	
T_1	=	B/L	? Droit commun de T_1 pour T_1 et de T_2 pour T_2
T_2	=	N.C.	[sauf accord bilatéral entre T_1 et T_2] ⁷⁴
T_1	=	N.C.	? Droit commun de T_1 pour T_1 et de T_2 pour T_2
T_2	=	B/L	[sauf accord bilatéral entre T_1 et T_2]

T_1 = Tribunal saisi [en premier]

T_2 = Tribunal saisi [en second]

N.C. = Etat contractant de la nouvelle Convention

B/L = Etat contractant de Bruxelles et/ou Lugano

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

⁷⁴ Deux sortes d'accords bilatéraux peuvent exister: 1) ceux liant deux Etats contractants de la nouvelle Convention et qui auront été autorisés par elle auront priorité; 2) ceux qui pourraient être conclus par les Etats de T_1 et de T_2 qui, à titre transitoire, s'entendent pour appliquer la règle de litispendance de la nouvelle Convention alors même que seulement un d'entre eux est partie à cette Convention. Pour cela une disposition spéciale devra autoriser un Etat contractant à conclure un tel accord qui pourrait être fait sous forme de simple échange de lettres avec copie au dépositaire de la Convention ou au Bureau Permanent de la Conférence.

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

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

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

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

E.O.	=	<i>Etat d'origine</i>
E.R.	=	<i>Etat requis</i>
N.C.	=	<i>Etat contractant de la nouvelle Convention</i>
B/L	=	<i>Etat contractant de Bruxelles et/ou Lugano.</i>

CHAPITRE II – COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE INTERNATIONALE DIRECTE

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

⁷⁵ Sur les «anti-suit injunctions» en droit américain, cf. A.N. Vollmer, "US Federal Court Use of Anti-suit Injunction to Control International Forum Selection" in J. Goldsmith (ed) *International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection*, 1997 p. 237 et s.

paraissent pas admissibles dans un cadre international relativement ordonné qui serait celui résultant de la nouvelle Convention⁷⁶.

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

SECTION 1 – PRINCIPES GÉNÉRAUX

§ 1 – INFLUENCE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC⁷⁷

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

62 Le droit international public ne permet pas à un Etat d'édicter une norme ni d'autoriser l'un de ses organes à définir des normes en dehors des limites qu'il pose⁷⁸. Tout le problème se trouve alors dans la sanction de cette violation du droit international public. Comme le note justement Pierre Mayer, la responsabilité de l'Etat pourrait être recherchée mais, en pratique, les rares protestations diplomatiques que l'on a connues n'ont guère eu d'utilité⁷⁹. La sanction est, en réalité, beaucoup plus au plan pratique puisque les autres Etats pourront refuser de reconnaître la compétence ainsi exercée soit en autorisant leurs propres tribunaux, dans la même affaire, à se déclarer compétents, soit en refusant de donner effet au jugement rendu par les tribunaux de l'Etat qui s'est déclaré compétent hors les limites du droit international public, soit, enfin, en alliant ces deux sanctions qui vont souvent de pair en pratique. Cette sanction est indirectement efficace car

⁷⁶ Cf. doc. cité *supra* note 38, p. 14, No 17. Pour se convaincre du caractère complexe et délicat des *anti-suit injunctions* ne suffit-il pas de lire la saga de l'affaire Airbus Industrie contre les consorts Patel dans laquelle pas moins de trois procédures sont respectivement pendantes en Inde, au Texas et au Royaume-Uni (cf. *Airbus Industrie GIE v. Patel & Others* (*The Times*, 12 août 1996)). Nous pensons que si une convention existait pour la compétence, de telles procédures auraient pu être évitées.

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

⁷⁸ C'est en cela que l'on peut dire que le droit international public est un «droit des limites» (*Grenzrecht*).

⁷⁹ Pierre Mayer *opus* cité *supra* note 76, p. 22 et la note 28.

elle porte préjudice à certains opérateurs privés tout en protégeant d'autres. Plusieurs systèmes judiciaires seront donc en concurrence avec les conséquences inévitables de pertes de temps, d'inefficacité dans l'administration de la justice, de coûts supplémentaires alors que tous les budgets publics se trouvent aujourd'hui sous restriction drastique; que la plupart des rôles des juridictions sont encombrés, voire engorgés, et que les tribunaux nationaux ont de plus en plus de difficultés à prononcer des décisions dans des délais raisonnables.

63 C'est pourquoi il convient de rechercher les principes, voire les règles, posés par le droit international public pour mieux définir la compétence des Etats. Il est banal de commencer l'étude de cette question en citant l'arrêt de la Cour Permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus*⁸⁰ dans lequel la Cour s'exprime ainsi: «*loin de défendre, d'une manière générale, aux Etats d'étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, le droit international leur laisse, à cet égard, une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables*». Il convient alors de se demander si la compétence que l'Etat possède est définie plus précisément par le droit international public⁸¹. L'Etat, en effet, ne peut user que de la compétence qui lui serait reconnue en rendant des jugements dans les limites de cette compétence. Que l'Etat définisse des règles de compétence internationale directe, permet au juge et aux justiciables de connaître par avance les cas dans lesquels l'Etat a l'intention d'exercer les pouvoirs que lui reconnaît le droit international public.

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

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

- a Chaque Etat a compétence exclusive pour s'auto-organiser⁸², ce qui signifie qu'il peut créer les organes destinés à dire le droit comme il l'entend, définir les hypothèses d'intervention de ces organes et décrire le processus normatif notamment quant à la procédure⁸³. Cette compétence est toutefois qualifiée par l'exigence des droits fondamentaux reconnus aux citoyens d'un accès égal et efficace à la justice⁸⁴.
- b La doctrine classique reconnaît aux Etats une compétence sur les personnes et sur les biens se trouvant sur leur territoire (compétence territoriale); sur leurs nationaux, même non présents sur leur territoire (compétence personnelle); relativement à leurs services publics,

⁸⁰ Arrêt No 9 du 7 septembre 1927, CPJI série A, No 10, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1928, p. 354, note Donnedieu de Vabres.

⁸¹ Pierre Mayer (*opus cité supra* note 76, p. 15 et 16), explique que la terminologie «compétence internationale» n'est pas appropriée dans la mesure où ce n'est pas aux Etats mais au droit international public de déterminer la compétence. L'accord de deux Etats ou de plusieurs est impuissant à modifier, en plus ou en moins, la compétence que le droit international public reconnaît à chacun d'eux. Si la compétence fondée sur la nationalité du demandeur n'est pas reconnue par le droit international public, l'accord de deux Etats décidant que leurs tribunaux seront respectivement «compétents» si le demandeur est un de leurs nationaux ne constitue rien d'autre qu'un double abus de «compétence». «Le Traité n'est en réalité qu'une prise de position collective quant à l'usage (éventuellement abusif) que feront les Etats parties de leur compétence, prise de position assortie de l'obligation pour chaque Etat vis-à-vis des autres de maintenir ses tribunaux dans les limites définies par lui par le Traité et de ne pas contester l'usage que feront les autres du pouvoir qui leur est reconnu».

⁸² Voir Thierry, Combacau, Sur, Vallée, *Droit international public*, p. 234.

⁸³ Voir Pierre Mayer *opus cité supra*, note 76, p. 374.

⁸⁴ Déclaration universelle des Droits de l'Homme, articles 8 et 10 notamment. La Convention européenne des droits de l'homme, en son article 6.1, prévoit que demandeur et défendeur doivent être traités de manière égale.

même si cette compétence est controversée⁸⁵. Cette compétence en triptyque est loin de forger le fondement justifiant les multiples chefs de compétence qui ont été développés par le droit international privé. En réalité, son défaut essentiel est d'avoir été édictée comme une conséquence découlant du principe de souveraineté des Etats⁸⁶. Mais l'intérêt que l'on peut voir dans ce triptyque, c'est la notion de «*lien substantiel*» ou «*lien significatif*» exigée entre le for et le litige.

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

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

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

§ 2 – RIGIDITÉ OU SOUPLESSE DES RÈGLES DE COMPÉTENCE? (*FORUM NON CONVENIENS*)⁸⁷

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

68 Dans les pays qui favorisent les règles de compétence rigides, le juge, une fois vérifié qu'il est bien compétent au regard des règles de compétence juridictionnelle internationale applicables, n'a pas le droit ni le pouvoir de refuser d'exercer sa compétence, pour quelque raison que ce soit. L'avantage de ce système est incontestablement une grande certitude pour les justiciables et une prévisibilité quasi totale. L'inconvénient est bien connu: les règles de compétence juridictionnelle sont créées de manière abstraite, dans l'espoir qu'elles vont satisfaire le plus grand nombre d'hypothèses concrètes, mais sans qu'aucune adaptation *a posteriori* au cas concret dont le juge est saisi puisse, exceptionnellement, pallier la trop grande abstraction de la règle. Les systèmes qui connaissent cette tradition ont créé une règle de substitution pour pallier les injustices trop criantes qui résulteraient d'un conflit négatif de compétence. Pour éviter un possible déni de justice, le juge doit se déclarer compétent alors qu'aucun autre tribunal est compétent ou ne peut

⁸⁵ Pierre Mayer *opus* cité *supra* note 76, p. 540.

⁸⁶ Voir notamment M. Mann, «The Doctrine of Jurisdiction in International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1964, tome 111, p. 1, à la page 22.

⁸⁷ En annexe II au présent Rapport on trouvera une communication que l'auteur a donnée au *Sokol Colloquium* tenu à Charlottesville, Virginie, aux Etats-Unis, en mars 1996 et donnant quelques pistes de réflexion sur la manière dont on peut aborder les questions liées à la saisine d'un for inapproprié: «Judicial Regulation of Improper Forum Selections», in J. Goldsmith (ed), *International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection*, 1997 p. 273 et s. (texte original en langue anglaise).

être efficacement saisi⁸⁸ et qu'aucun autre critère ne fonde sa compétence dans le litige en cause. Cette règle se trouve admise comme chef de compétence indirecte dans la Convention interaméricaine sur la compétence⁸⁹.

69 En ce qui concerne les pays de tradition de *common law*, une grande flexibilité est apportée à l'application concrète des règles de compétence juridictionnelle internationale grâce au mécanisme du *forum non conveniens*. A cet égard, il nous suffit de renvoyer le lecteur à la lecture des quatre documents établis respectivement par l'Australie, le Canada, les Etats-Unis et le Royaume-Uni pour être distribués aux délégués de la Commission spéciale qui s'est tenue à La Haye au mois de juin 1996⁹⁰. Par ailleurs, le lecteur voudra bien également consulter le Rapport de synthèse préparé par le Professeur J.J. Fawcett intitulé *Declining Jurisdiction in Private International Law*⁹¹.

70 La question qui va désormais nous préoccuper est le point de savoir si une théorie similaire à celle du *forum non conveniens* a sa place dans le cadre d'une Convention sur la compétence et l'exécution des jugements et si elle est souhaitable⁹². Si la réponse est affirmative, il conviendra alors de s'interroger sur les précisions que la future Convention pourrait comporter afin de donner un guide au juge qui serait confronté à une question de *forum non conveniens*.

71 Cette discussion a déjà été abordée dans le cadre des travaux de la Commission spéciale de juin 1994⁹³ et celle de juin 1996⁹⁴. On sait que, dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano, la question a été posée de savoir si la théorie du *forum non conveniens* pouvait avoir sa place. La Convention elle-même ne se prononce pas. Le Rapport Jenard⁹⁵ ne se prononce pas non plus pour la simple raison que, à l'origine, les six Etats qui ont négocié entre eux la Convention de 1968 ne connaissaient pas la théorie du *forum non conveniens*. Le Rapport Schlosser⁹⁶ sur la Convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni aborde cette question⁹⁷ compte tenu de ce que l'Irlande et le Royaume-Uni avaient initialement demandé une adaptation du texte de la Convention pour inclure la théorie du *forum non conveniens*. Le Professeur Schlosser explique que les Etats contractants, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, sont non seulement autorisés mais également tenus d'exercer la compétence qui leur est conférée par la Convention; que le demandeur doit bénéficier d'une certitude sur la compétence du tribunal; que l'on ne doit pas perdre temps et argent pour considérer et évaluer la compétence du tribunal; que l'applicabilité d'un droit étranger ne peut pas être prise en considération dans le cadre de la Convention; que le choix délibérément donné au demandeur par les règles de la Convention ne doit pas être affaibli par l'application d'une doctrine de *forum non conveniens*; les raisons fondamentales qui justifient l'application de la doctrine du *forum non conveniens* sont en grande partie évincées par les règles mêmes de la Convention

⁸⁸ La notion même de «tribunal qui ne peut être efficacement saisi» est délicate à définir. Doit-il s'agir d'une impossibilité matérielle et objective de saisine ou d'une impossibilité subjective? La jurisprudence est peu abondante et la doctrine diffère d'opinion. Pour la suite des travaux de la Commission spéciale, les délégations sont invitées à adresser au Bureau Permanent une brève note sur le «déni de justice» en tant que chef de compétence subsidiaire tel qu'appliqué dans leur pays, voir Annexe III. Au vu de ces réponses, un document de synthèse sera ensuite établi par le Bureau Permanent et distribué aux délégations.

⁸⁹ Article 2.

⁹⁰ Cf. Annexes A, B, C et D du Doc. prélim. No 3 daté d'avril 1996.

⁹¹ *Report to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Athènes, août 1994, Clarendon Press, Oxford, 1995, reproduit comme Annexe E au Doc. prélim. No 3, avril 1996.

⁹² Le Groupe de travail ne s'est pas prononcé sur cette question. *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260.

⁹³ Cf. doc. cité *supra* note 33, p. 20, No 32.

⁹⁴ Voir Doc. prélim. No 3, avril 1996, intitulé «Note sur la question du «*forum non conveniens*» dans la perspective d'une convention double sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements», établie par le Bureau Permanent et Conclusions doc. cité *supra* note 38, p. 8 à 12, Nos 5 à 10 inclus.

⁹⁵ JOCE C 59 du 5 mars 1979, p. 1.

⁹⁶ JOCE C 59 du 5 mars 1979, p. 71.

⁹⁷ *Idem*, § 76 à 81 inclus.

(éviction des fors exorbitants, notion unifiée de domicile⁹⁸, notamment). Le Professeur Schlosser conclut ainsi que «eu égard à ces arguments, l'Irlande et le Royaume-Uni ont renoncé à une adaptation du texte de la Convention sur ce point»⁹⁹.

72 Si en sa qualité de Rapporteur sur la Convention d'adhésion à la Convention de Bruxelles, du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni, le Professeur Schlosser apparaissait donc comme plutôt défavorable à la théorie du *forum non conveniens* dans le cadre de la Convention, en sa qualité d'auteur et de professeur, il adopte une attitude plus tolérante¹⁰⁰.

73 Toutes les raisons énoncées par le Professeur Schlosser dans son Rapport et qui représentent l'état d'esprit des pays de tradition romano-germanique demeurent, nous semble-t-il, d'actualité. Toutefois, les travaux des deux Commissions spéciales de juin 1994 et juin 1996 ont montré que si une adoption générale d'un principe de *forum non conveniens* peut être inacceptable dans le cadre d'une convention double, une telle application à titre d'exception et de manière ponctuelle pourrait éventuellement être envisagée¹⁰¹. D'après les discussions qui ont eu lieu dans le cadre de cette Commission spéciale, il semble que l'on puisse arriver à un consensus qui consisterait à limiter l'application d'un mécanisme similaire à celui du *forum non conveniens* aux hypothèses de fors concurrents prévues par la Convention en excluant un tel mécanisme des actions engagées devant un juge ayant une compétence exclusive¹⁰². En revanche, il a été beaucoup plus discuté et aucune conclusion définitive n'a pu être atteinte pour savoir si un tel mécanisme serait admissible lorsque le tribunal saisi est celui du domicile du défendeur¹⁰³.

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

- les éléments que le juge saisi peut prendre en considération pour refuser d'exercer sa compétence;
- les éléments que le juge saisi n'a pas le droit d'utiliser pour refuser d'exercer sa compétence (par exemple la nationalité de l'une ou l'autre des parties en cause ou le droit applicable au fond);
- le point de savoir si le juge saisi doit agir seul ou consulter et agir en coopération avec celui ou ceux des autres juges qui pourraient être compétents pour l'action en cause;
- le mécanisme du transfert de la cause au juge considéré comme étant mieux placé pour juger du litige;
- la compétence résiduelle que pourrait se réserver le juge saisi initialement alors qu'il a décidé le transfert de la cause;
- l'incidence du transfert sur la prescription;
- les conséquences d'un tel transfert sur les effets à donner au jugement dans les autres Etats membres de la Convention et notamment sur la question de la vérification de la compétence au stade du juge requis.

75 En tout état de cause, même si la nouvelle Convention adoptait une clause de *forum non conveniens*, il conviendrait qu'elle ne puisse pas jouer en faveur d'une juridiction située sur le territoire d'un Etat non contractant. Dans le cas contraire, cela ôterait l'un des intérêts essentiels de la nouvelle Convention¹⁰⁴.

⁹⁸ Cette seconde raison est en partie fautive puisque les dispositions concernant la définition du domicile dans la Convention de Bruxelles (articles 52 et 53) renvoient soit au droit interne soit au droit international privé du juge saisi ou de l'Etat dans lequel le domicile est situé, s'il diffère de celui du juge saisi.

⁹⁹ JOCE C 59 du 5 mars 1979, § 78.

¹⁰⁰ Cf. discussion au cours du Colloque qui s'est tenu à Charlottesville aux Etats-Unis, au mois de mars 1996 (Sokol Colloquium) sur le thème: *International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection*. Les actes du colloque, sans les discussions, sont publiés par Transnational Publishers, Inc, Irvington, New York, 1997.

¹⁰¹ Doc. cité *supra* note 33, p. 20, No 32 et doc. cité *supra* note 38, p. 10, No 7.

¹⁰² *Ibidem*, p. 12, No 9.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 12, Nos 9 et 10.

¹⁰⁴ Doc. cité *supra* note 38, p. 14, No 16.

§ 3 – RÈGLES GÉNÉRALES ET RÈGLES SPÉCIALES? SITUATION PARTICULIÈRE DES ETATS À SYSTÈME NON UNIFIÉ¹⁰⁵

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

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

78 En ce qui concerne la compétence territoriale, il nous apparaît très important, nous dirions même de l'essence de la Convention, que les parties puissent savoir à l'avance avec une certitude quasi parfaite (sauf les clauses d'exception que l'on pourrait admettre ou l'hypothèse d'une convention mixte) quel est le tribunal territorialement compétent pour entendre leur litige. Dans cette perspective, nous pensons que la Convention devrait s'en tenir strictement à des règles de compétence juridictionnelle spéciale et non pas générale en ce qui concerne la compétence territoriale¹⁰⁶. Cela veut dire que pour tous les Etats Parties, une fois le tribunal désigné par une règle de la Convention, aucun «transfert» ne serait possible à l'intérieur de l'Etat en vertu de règles internes, interétatiques ou interrégionales éventuellement applicables.

§ 4 – LIMITATION DE CERTAINES COMPÉTENCES?

o

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

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

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

¹⁰⁵ Cette question a été laissée en suspens par la Commission spéciale de juin 1996 *cf. doc. cité supra* note 38, p. 22, No 33.

¹⁰⁶ Ainsi une formulation telle que celle retenue par l'article 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano ne serait pas retenue dans la nouvelle Convention.

SECTION 2 – DIVERS CHEFS DE COMPÉTENCE ADMISSIBLES¹⁰⁷

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

§ 1 – COMPÉTENCES EXCLUSIVES¹⁰⁸

83 Dans la plupart des systèmes juridiques, le concept de compétence exclusive est connu. Ces compétences sont dites «exclusives» car elles invalident automatiquement une prorogation de compétence contractuelle ou une prorogation tacite, elles ne souffrent aucune litispendance car elles ne peuvent admettre de «concurrence» avec d'autres compétences¹⁰⁹ et elles excluent une jonction à une autre instance en vertu de la connexité. Si la nouvelle Convention devait admettre ce concept de «compétence exclusive»¹¹⁰, les juges des Etats Parties à la Convention devraient respecter ces règles scrupuleusement et se déclarer d'office incompétents s'ils sont saisis en violation de ces règles. Elles se justifient par le fait que, compte tenu des particularités de la matière en cause, le juge désigné par le chef de compétence choisi est le seul apte à statuer avec efficacité, celui-ci étant un gage de bonne administration de la justice. Cependant, la Convention devrait alors préciser ce qu'il advient si le critère de compétence exclusive pertinent dans l'affaire en cause est situé sur le territoire d'un Etat non contractant. Dans ce cas, dans le cadre d'une convention mondiale, et au vu de l'intérêt pour le demandeur d'obtenir un jugement facilement exécutable, la Convention pourrait prévoir une règle de compétence subsidiaire permettant ainsi de conserver le litige dans la sphère d'application de la Convention, tout au moins le plus souvent possible puisqu'il n'est pas entièrement certain que le critère subsidiaire donne compétence à un tribunal d'un Etat contractant. L'inconvénient d'une telle formule tient à ce que le jugement rendu par le tribunal compétent en vertu de ce critère subsidiaire ne sera vraisemblablement pas reconnu par le for de la compétence exclusive.

A) *Compétence à l'égard des immeubles*

84 On peut penser qu'il est nécessaire de prévoir une disposition donnant compétence au tribunal du lieu de situation de l'immeuble pour connaître des contestations relatives aux droits réels immobiliers¹¹¹. Cette compétence pourrait être réduite seulement aux contestations concernant la possession ou la propriété de l'immeuble¹¹². Il est moins évident de savoir si la compétence en matière d'immeubles doit également s'appliquer aux contestations naissant de baux d'immeubles¹¹³. Il existe différentes sortes de baux: à titre d'habitation; à usage professionnel ou mixte; à usage commercial ou de bureaux; pour les propriétés rurales. Cette compétence peut présenter un avantage lorsque la contestation est liée à la manière dont le

¹⁰⁷ Seule la Commission spéciale de juin 1994 a abordé cette question. Dans les développements qui suivent nous signalerons les chefs de compétence qui ont fait l'objet d'un consensus et ceux qui restent encore ouverts.

¹⁰⁸ Le Groupe de travail a conclu que certaines compétences peuvent revêtir un caractère exclusif, notamment en matière immobilière, de trust et d'élection de for, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260.

¹⁰⁹ Il peut, toutefois, exister des cas très rares où plusieurs compétences exclusives sont en concurrence. Par exemple, ce sera le cas lorsqu'un litige porte sur une propriété s'étendant des deux côtés d'une frontière.

¹¹⁰ En plus des Conclusions du Groupe de travail, voir celles de la Commission spéciale de juin 1994, doc. cité *supra* note 33, p. 16 et 18, No 21, et de la Commission spéciale de juin 1996, doc. cité *supra* note 38, p. 14, No 15.

¹¹¹ Cf. en ce sens Conclusions du Groupe de travail, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 258 et Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994, doc. cité *supra* note 33, p. 16, No 15.

¹¹² Voir en ce sens l'article 5.4 de la Convention bilatérale entre la France et le Canada de juin 1996 et Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994, doc. cité *supra*, note 33, p. 16, No 15.

¹¹³ Cette question a été réservée par la Commission spéciale de juin 1994, doc. cité *supra* note 33, p. 16, No 15.

contrat de bail est exécuté concrètement dans l'immeuble en cause ou bien s'il s'agit de questions liées à des réparations ou des dégâts causés par le locataire ou à l'expulsion de celui-ci, tous litiges qui nécessitent des constatations sur place qui peuvent être le mieux effectuées au lieu de situation de l'immeuble. Toutefois, cet avantage, dans le cadre des Conventions de La Haye, perd une grande part de sa valeur dans la mesure où on peut penser que les Etats Parties à la future Convention seront également Parties à la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*¹¹⁴. Par ailleurs, on sait toutes les difficultés que cette compétence a suscitées lorsque bailleur et locataire sont situés tous deux sur le territoire d'un même Etat qui n'est pas celui sur lequel l'immeuble est situé. On sait également que certains auteurs préfèrent soustraire à la compétence du juge de situation de l'immeuble les questions relatives au montant et au paiement du loyer. Toutes ces difficultés pourraient inciter les délégations à ne pas prévoir une compétence exclusive dans le cas des baux d'immeubles. Si telle était la décision prise, il conviendrait d'être vigilant sur l'application par le juge saisi d'éventuelles règles d'ordre public en matière de baux d'immeubles applicables au lieu de situation de l'immeuble. Le juge compétent devrait s'assurer que sa décision respecte cet ordre public car si, comme il est fort probable, le jugement doit être exécuté au lieu de situation de l'immeuble (surtout s'il n'est pas exécuté volontairement par la partie condamnée), ce jugement resterait lettre morte s'il venait à contrecarrer l'ordre public de l'Etat de la situation de l'immeuble.

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

86 Si les délégués devaient décider que la compétence en matière immobilière ne serait pas exclusive, à tout le moins devrait-elle apparaître comme une compétence spéciale optionnelle. Dans une telle hypothèse, on pourrait imaginer de donner pouvoir au juge de la résidence habituelle du défendeur de refuser d'exercer sa compétence et renvoyer les parties au tribunal du lieu de situation de l'immeuble¹¹⁵.

B) *Compétence en matière de sociétés*

87 La matière des sociétés civiles ou commerciales ou autres entités possédant une personnalité morale plus ou moins étendue est rendue complexe par la nature hybride des sociétés qui tiennent à la fois du contrat et de l'institution. Selon que les Etats sont plus ou moins libéraux dans leur approche des sociétés, leur système juridique accentuera l'aspect contractuel (pour les plus libéraux d'entre eux) ou l'aspect institutionnel (pour les moins libéraux d'entre eux). Tous les pays connaissent l'institution du registre public, parfois tenu par des officiers publics ou des personnes privées à qui est concédé ce service public. On peut donc penser que toutes les contestations concernant l'existence des sociétés, leur validité, leur enregistrement, doivent être portées devant le tribunal du lieu où se situe l'immatriculation ou l'enregistrement, c'est-à-dire du lieu où est situé le registre en question¹¹⁶. Malheureusement, on sait que ce lieu est parfois artificiel dans la mesure où les sociétés peuvent parfaitement dissocier leur siège social statutaire ou lieu d'enregistrement par rapport à leur siège social réel ou lieu d'activité prépondérant. Si les

¹¹⁴ Convention du 18 mars 1970 entrée en vigueur le 7 octobre 1972. Les Etats ayant ratifié la Convention sont: Allemagne, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Israël, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, République slovaque, Suède, Suisse, République tchèque. Les Etats ayant adhéré à la Convention sont: Argentine, Australie, Chypre, Lettonie, Mexique, Monaco, Pologne, Venezuela et les Etats non membres: Barbade, Estonie et Singapour.

¹¹⁵ Sur ce mécanisme, cf. *supra* Nos 67 et s.

¹¹⁶ Le Groupe de travail a proposé de retenir «*le siège d'une société ou autre personne morale en matière de validité ou dissolution de ces entités*», sans retenir le caractère exclusif d'une telle compétence; *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260. La Commission spéciale de juin 1994 a proposé de retenir «*un chef de compétence basé sur un lien entre une société ou autre personne morale et le for, ce lien pouvant être le siège (réel ou statutaire) le lieu d'incorporation, l'établissement principal ou autres*» (cf. doc. cité *supra* note 33, p. 14, No 13), sans préciser les actions qui seraient concernées par cette compétence. Toutefois, elle a évoqué la possibilité d'une compétence exclusive pour la validité ou la dissolution des sociétés sans préciser le chef de compétence choisi (*ibidem*, p. 16 et 18, No 21).

délégués décident de prévoir une compétence exclusive dans cette matière, il conviendra de préciser les actions pour lesquelles cette compétence doit jouer, laissant toutes les autres actions à la compétence de tribunaux désignés grâce à d'autres règles¹¹⁷. On peut penser notamment que le tribunal du lieu d'immatriculation ou siège social statutaire ne doit pas connaître des contestations liées aux décisions des organes de la société, non plus qu'à celles liées aux questions de responsabilité de leurs dirigeants, sachant que ces contestations sont vraisemblablement mieux jugées au lieu où la société déploie l'essentiel de ses activités ou a son centre principal d'intérêts.

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

C) *Compétence en matière de registres publics*

89 Comme la Commission spéciale de juin 1994 l'a décidé¹¹⁸ on peut penser nécessaire de prévoir une compétence exclusive pour connaître des contestations relatives à la validité et aux effets des inscriptions sur les registres publics. Cette compétence serait donnée au tribunal du lieu où le registre dont l'inscription est en cause est situé. Il s'agit des registres fonciers ou hypothécaires, des registres concernant les brevets, le droit d'auteur et généralement tout enregistrement public.

D) *Compétence en matière de propriété intellectuelle*

90 L'expression «propriété intellectuelle» couvre l'ensemble des droits intangibles issus de brevets, marques, dessins, modèles ainsi que les droits d'auteur et *copyrights* ou autres droits équivalents. Ces droits donnent lieu à des contentieux divers. Une première catégorie de contentieux porte sur la validité des droits qui exigent un enregistrement. Ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, ce contentieux doit normalement être soumis au tribunal du lieu où l'enregistrement a été effectué¹¹⁹. Une deuxième série de contentieux peut être générée par des actes de contrefaçon des droits de propriété intellectuelle. Ce sont généralement des actions délictuelles qui ne nécessitent pas de dispositions particulières et différentes de celles qui ont été prévues pour les actions délictuelles en général. Une troisième série de contentieux peut exister lorsque les droits ont été cédés ou ont fait l'objet d'une licence. Ce sont, alors, des actions contractuelles qui doivent suivre les règles générales ou celles spécifiques applicables à la matière contractuelle.

E) *Compétence en matière d'exécution des jugements*

91 L'exécution des jugements nécessitant, lorsqu'elle n'est pas volontaire par la partie condamnée, des mesures concrètes avec parfois l'aide de la force publique, on donnera compétence exclusive au tribunal du lieu où les mesures doivent être mises en oeuvre matériellement, c'est-à-dire où, concrètement, le jugement doit être exécuté¹²⁰.

§ 2 – COMPÉTENCES DE PROTECTION

92 Ces compétences sont appelées «de protection», car elles prennent en considération la position plus faible de l'une des parties au procès dont on pense qu'elle mérite d'être traitée différemment des autres parties et bénéficière de compétences particulières. On peut penser essentiellement à trois groupes de personnes à protéger: les travailleurs, les preneurs

¹¹⁷ Cf. *infra*, Nos 103 et s. et 115 et s.

¹¹⁸ Doc. cité *supra* note 33, p. 16 et 18, No 21.

¹¹⁹ On notera ici que les Conventions de Bruxelles et de Lugano en font une compétence exclusive alors que telle n'est pas la position du Groupe de travail. Cf. *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260.

¹²⁰ La Commission spéciale de juin 1994 a reconnu possible une compétence exclusive en cette matière, sans préciser le chef de compétence; doc. cité *supra* note 33, p. 16 et 18, No 21.

d'assurance, et les consommateurs¹²¹. Avant d'aborder les règles de compétence qui pourraient être définies pour chacune de ces catégories de plaideurs, il convient de préciser que seules les actions individuelles mises en oeuvre par ces personnes en leur nom propre¹²² doivent être concernées par ces compétences. En effet, on doit faire une place à part aux actions collectives ou actions de groupe¹²³ qui posent des problèmes différents et doivent, à notre avis, recevoir des solutions différentes.

A) *Les travailleurs*

93 Les actions individuelles des travailleurs pourraient être portées devant la juridiction du lieu d'exécution du travail qui est la juridiction la plus proche du travailleur, à condition que celui-ci exécute sa prestation de travail dans un même lieu¹²⁴. Si le travailleur n'exécute pas sa prestation de travail dans un même lieu, la compétence pourrait être conférée au tribunal de sa résidence habituelle au moment de l'introduction de l'action¹²⁵. Le choix de la résidence habituelle du travailleur au moment de l'introduction de l'action plutôt que celle au moment de la conclusion du contrat de travail a le mérite de mieux respecter l'objectif de protection du salarié. Si le travailleur exécute sa prestation de travail dans plusieurs lieux, dont certains ne sont pas situés sur le territoire des Etats Parties à la Convention, mais que le travailleur a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat Partie à la Convention, il conviendrait que ce tribunal soit compétent pour l'ensemble de la contestation et pas seulement pour la contestation ayant trait aux seules prestations de travail effectuées sur le territoire des Etats contractants¹²⁶.

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

95 Doit-on autoriser les clauses de prorogation de juridiction dans les contrats de travail? Certains écrits de la doctrine ont permis de montrer que des contrats d'expatriation, pour des cadres supérieurs, étaient de véritables contrats négociés et qu'une clause de prorogation de juridiction dans ces contrats ne comporte pas les inconvénients qu'elle peut présenter pour d'autres catégories de travailleurs. Toutefois, la Convention deviendrait vraisemblablement trop complexe s'il convenait, à l'intérieur d'une même catégorie de personnes, d'effectuer encore des

¹²¹ Le Groupe de travail a proposé seulement les travailleurs et les consommateurs, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260. La Commission spéciale a ajouté les assurés pour certains types d'assurance et les créanciers d'aliments pour le cas où la matière serait incluse dans la Convention, doc. cité *supra* note 33, p. 18, No 22. Mais les chefs de compétence à prévoir n'ont pas été discutés.

¹²² Si le consommateur ou le preneur d'assurance a cédé son action à un tiers qui l'entreprend en ses lieux et place, il n'y a pas de raison particulière de protéger ce tiers, sauf à considérer qu'il bénéficie, au travers de l'action, des avantages personnels propres au cédant.

¹²³ Cf. *infra* No 102.

¹²⁴ Conclusions du Groupe de travail, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260.

¹²⁵ Deux points doivent être précisés à ce stade concernant la notion de «résidence habituelle». Tout d'abord, on aura noté que nous privilégions cette expression par rapport à celle de «domicile» qui a été utilisée dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano. En effet, il nous apparaît que cette notion de résidence habituelle est désormais plus généralement acquise et admise dans les différents systèmes juridiques que celle de domicile. Par ailleurs, les Conventions de Bruxelles et de Lugano, comme nous avons eu l'occasion de le dire ci-dessus (voir *supra*, No 71, note 97) ont échoué dans leur tentative d'unification de la notion de domicile. On peut aussi s'interroger sur le point de savoir si une définition de la notion de «résidence habituelle» doit être incluse dans la Convention. Dans la tradition des Conventions de La Haye, cette notion n'est pas définie. La Convention la plus récente adoptée le 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, ne fait pas exception en la matière.

¹²⁶ On doit signaler ici que les Conventions de Bruxelles et Lugano donnent compétence également au tribunal du lieu où est situé l'établissement qui a embauché le travailleur.

sous différenciations. On pourrait admettre éventuellement une disposition validant les clauses de prorogation de juridiction dans les contrats de travail, mais assortir cette disposition d'une analyse calquée sur la théorie du *forum non conveniens* au profit du travailleur. Le tribunal saisi en vertu de cette clause de prorogation de juridiction refuserait d'exercer sa compétence s'il était avéré, au début du procès, que ce tribunal présente un inconvénient majeur pour le travailleur¹²⁷.

96 En ce qui concerne les actions collectives, et particulièrement des actions qui regrouperaient des travailleurs éventuellement situés sur le territoire de plusieurs Etats contractants ou non contractants vis-à-vis d'un même employeur, elles devraient être intentées devant le tribunal du lieu de situation du défendeur. En effet, aussitôt que les personnes particulièrement vulnérables et pour lesquelles on a cherché à créer des règles de protection se regroupent, et que de telles actions collectives leur sont rendues possibles, elles perdent une grande partie de leur vulnérabilité, le poids respectif des parties redevient quasiment équilibré et il n'y a guère de raison de ne pas exiger alors que le défendeur soit poursuivi devant son propre tribunal. La question se pose alors de savoir ce qu'il adviendra si le droit de ce tribunal considère que l'action collective est irrecevable, ce qu'il peut décider pour différentes raisons¹²⁸. On pourrait toutefois préciser dans la Convention que le tribunal saisi d'une telle action collective ne la déclarera pas irrecevable pour la seule raison qu'elle est inconnue de son droit local de procédure. Il semble difficile *a priori* d'aller plus loin.

B) Les preneurs d'assurance et/ou assurés

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

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

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

C) Les consommateurs

100 Il convient de comprendre par l'expression «consommateur» la personne qui agit pour des besoins familiaux ou personnels par opposition à toute personne ou entité qui agirait pour des besoins professionnels. Par ailleurs, la compétence qui pourrait être organisée de manière à

¹²⁷ Le texte des Conventions de Bruxelles et de Lugano diffèrent sur ce point. Alors que la Convention de Lugano interdit toute élection de for avant la naissance du litige, la Convention de Bruxelles, telle que modifiée par la Convention de San Sebastian, assortit cette prohibition d'une option supplémentaire: si la clause est invoquée par le travailleur (et seulement par lui) pour saisir un autre tribunal que ceux déjà désignés par les dispositions de la Convention, la clause est valable même si elle a été conclue avant la naissance du litige. A noter que la Convention de Bruxelles, texte initial, ne comprenait aucune restriction aux clauses d'élection de for dans les contrats de travail.

¹²⁸ La procédure locale peut ignorer l'action collective. Par ailleurs l'irrecevabilité peut tenir au défaut de qualité pour agir, défaut d'intérêt à agir ou autres exigences du droit d'action dont il est difficile de définir les éléments, tout comme le droit applicable dans le cadre de la future Convention.

protéger le consommateur doit lui être personnelle et ne doit pas pouvoir bénéficier à quiconque agit pour le compte du consommateur ou en ses lieu et place.

101 Il conviendra, vraisemblablement, de décider quel type de contrats ou d'opérations juridiques sont concernés par la règle de compétence prévue. On peut penser que tout litige survenant à l'occasion d'un contrat pour un bien ou un service passé par le consommateur devra être soumis au tribunal désigné par la disposition conventionnelle. On peut s'interroger sur le point de savoir si ce contrat doit impérativement être passé entre le consommateur et un professionnel ou si l'on peut admettre également que la compétence vaut pour des contrats passés entre consommateurs eux-mêmes (par exemple la vente par un particulier d'une voiture d'occasion à un autre particulier¹²⁹). En ce qui concerne la règle de compétence elle-même, il semble préférable de donner compétence au tribunal de la résidence habituelle du consommateur¹³⁰, que celui-ci soit en demande ou en défense. Par ailleurs, c'est à la résidence habituelle existant au moment de l'introduction de l'instance qu'il convient de faire référence et non à celle existant à la date de conclusion du contrat pour les mêmes raisons que celles évoquées pour le travailleur, bien que la prévisibilité pour le co-contractant du consommateur soit moins grande que pour l'employeur, ce qui pourrait entraîner une différenciation des deux hypothèses.

102 En ce qui concerne les actions de groupe, la protection du consommateur est assurée par le fait que ses droits vont être protégés par l'action collective elle-même et qu'il ne pâtira pas individuellement des lourdeurs, coûts et difficultés d'une procédure qu'il aurait eu à intenter seul. Dans cette mesure, il nous paraît que les raisons incitant à une règle de compétence particulière lorsque le consommateur est seul face à son cocontractant disparaissent lorsque ses droits sont protégés par une action de groupe. C'est pourquoi, nous pensons qu'il serait préférable alors de revenir à la règle classique *forum actor sequitur* en donnant compétence au tribunal de la résidence habituelle du défendeur. Bien entendu, il ne faut pas que ce tribunal puisse rejeter l'action de groupe au seul motif que son droit local l'ignore¹³¹. Il conviendra que la Convention soit claire à cet égard. Mais la suppression de tout for alternatif peut être difficile à admettre d'autant que la plupart des associations existant aujourd'hui sont limitées territorialement dans les activités qu'elles peuvent entreprendre. Toutefois, nous voyons déjà des associations à vocation multinationale qui peuvent représenter des consommateurs résidents dans plusieurs pays. Si l'on devait maintenir le for alternatif de la résidence des consommateurs dans ce cas, l'association pourrait agir devant de multiples fors. Il faudrait alors limiter l'étendue de l'action qu'elles seraient autorisées à entreprendre devant chacun de ces fors.

§ 3 – COMPÉTENCES DE CHOIX¹³²

103 Si l'on peut avoir une position restrictive vis-à-vis de la validité du choix d'un tribunal par les parties lorsque le litige porte sur un domaine inclus dans les compétences exclusives ou «de protection», en revanche, dans tous les autres cas, il convient vraisemblablement d'avoir une attitude libérale par rapport à la validité de ces clauses. Quatre questions essentielles doivent être abordées successivement: la validité de la clause contractuelle conclue avant la survenance de tout litige; la prorogation tacite de compétence; l'admission d'un accord de compétence dans des domaines autres que contractuels; l'interférence de la doctrine du *forum non conveniens* ou de la litispendance sur l'élection de for¹³³.

¹²⁹ Si la logique de protection repose sur l'idée qu'une partie au procès est plus faible que l'autre, on peut douter que cette hypothèse entre dans ce cadre.

¹³⁰ Conclusions du Groupe de travail, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260.

¹³¹ C'est malheureusement assez fréquent surtout lorsque le droit applicable à la substance de l'action intentée est un droit étranger. C'est pourquoi un effort d'harmonisation a été tenté en Europe. Cette question peut nécessiter une étude complémentaire.

¹³² Si la Commission spéciale de juin 1994 a admis par principe la compétence du for élu par les parties, les conditions exactes de cette admission ont été réservées. V_ doc. cité *supra* note 33, p. 16, No 19.

¹³³ Bien que le Groupe de travail ait considéré que l'article 17 des Conventions Bruxelles/Lugano puisse servir de modèle à la future clause (Cf. *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 258) nous pensons qu'il convient d'approfondir certaines questions qui ne sont pas expressément traitées par ce texte.

104 Mais avant d'aborder ces questions, quelques précisions doivent être données sur les conditions d'applicabilité des dispositions conventionnelles ayant trait à la prorogation de juridiction. Il semble préférable de prévoir que cette disposition s'appliquera quelles que soient les parties au litige et même si elles ne sont pas domiciliées dans un des Etats Parties à la Convention, à condition que le tribunal désigné ou le tribunal saisi soit situé sur le territoire d'un Etat Partie à la Convention. La nécessité d'unification que les praticiens ressentent lorsqu'ils s'adressent à un tribunal pour statuer sur la validité d'une clause de prorogation de juridiction constitue la raison essentielle de cette proposition. Il convient toutefois d'être conscients des conséquences d'un tel choix. Si rien d'autre n'est précisé dans la Convention, il est possible qu'une telle règle puisse éventuellement s'appliquer aux contrats purement internes. On ne voudra peut-être pas ce résultat. Auquel cas, il conviendra de bien préciser que la règle de validité des clauses de prorogation de juridiction posée par la Convention ne doit s'appliquer que si le contrat est un contrat international. Cette notion sera appréciée par le juge au moment où il statue sur le litige en fonction des circonstances existant au moment de l'entrée en vigueur du contrat et quelles que soient les modifications qui auraient pu intervenir entre la date de conclusion du contrat et la date du litige, notamment en raison de la cession ou autre transfert ayant pu modifier l'élément d'extranéité.

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

105 Cette clause est devenue une clause très courante dans les contrats internationaux à tel point que l'on ne devrait plus s'interroger, semble-t-il, sur le principe de sa validité. Il semble normal que la Convention prévoie une disposition de validité formelle de la clause et précise ses conditions d'applicabilité¹³⁴. Quant à la licéité de la clause, la Convention formant un tout, elle découle de toutes ses dispositions sans qu'il soit nécessaire de le préciser davantage dans le texte. Il reste la validité au fond dont on peut se demander si elle doit être prévue séparément de la validité formelle.

a) *Validité formelle*

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

¹³⁴ Nous avons vu *supra* No 57 que la seule condition d'applicabilité de la règle conventionnelle pourrait consister à demander que le for saisi soit situé sur le territoire d'un Etat contractant.

consentement peut être prouvé par tout autre moyen admis par le droit du tribunal saisi, la clause devrait pouvoir trouver à s'appliquer.

b) *Validité au fond et licéité*

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

B) *Prorogation tacite*

108 L'admission ou la non-admission de la prorogation tacite est au coeur du régime juridique de l'exception de compétence juridictionnelle internationale. Selon que l'on admet ou non la prorogation tacite, on exige que le défendeur présente l'exception d'incompétence qu'il entend soulever *in limine litis* ou, au contraire, à tout moment du procès. Un grand nombre de systèmes nationaux connaissent l'exigence selon laquelle l'exception d'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond. Dans le cas contraire, le défendeur est considéré comme ayant acquiescé à la compétence et ne peut plus, ensuite, la contester soit dans le procès devant le tribunal d'origine, soit même devant le juge requis de donner des effets à ce jugement dans un autre pays. La règle de la prorogation tacite est donc draconienne pour le défendeur. Elle pose de nombreuses difficultés au regard des droits de la défense, même si le défendeur est présent, en personne, devant le juge saisi. En effet, un défendeur, personne physique, peut parfaitement ignorer qu'il a la possibilité de contester la compétence et que, en l'absence d'une telle contestation avant toute défense au fond, il perd ce droit. Lorsque le défendeur est simplement représenté, ce qui est le cas désormais dans la plupart des procès internationaux, notamment des procès commerciaux, des questions liées à la représentation se posent alors. La Commission spéciale de juin 1994 est allée encore plus loin et a conclu que «*dans une Convention à vocation mondiale, on devrait se préoccuper d'une vérification que la comparution est bien volontaire et non pas dictée par des circonstances ou par un abus de puissance économique ... ou autres moyens déloyaux...*»¹³⁵.

109 Le problème porte donc plus sur la question de la définition du concept de «comparution» que sur l'admission de la règle en elle-même¹³⁶. Plusieurs solutions sont envisageables:

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

2) Que le défendeur soit présent ou représenté, le juge pourrait se voir conférer l'obligation de vérifier d'office la validité de la comparution et, notamment, son caractère libre et informé. Mais il serait aussi envisageable de ne pas obliger le juge à agir de cette manière, mais simplement de lui en donner la possibilité, au vu des circonstances de l'espèce. On laisserait alors au Rapport

¹³⁵ Doc. cité *supra* note 33, p. 16, No 20.

¹³⁶ Le Groupe de travail a considéré, en effet, que la règle devait être admise, même si elle est assortie de certaines limites telles que celles exprimées à l'article 10.6 de la Convention de La Haye de 1971. *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 258.

explicatif d'envisager les exemples de circonstances justifiant une telle vérification, défendeur personne physique, nature du litige, montant en jeu, par exemple.

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

C) *Election de for dans des matières autres que contractuelles*

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

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

112 Cette question a été abordée pour la première fois par la Commission spéciale de juin 1996¹³⁷. Un consensus s'est dégagé pour estimer que l'autonomie de la volonté est primordiale, qu'elle doit être respectée et doit être protégée contre toute interférence du juge, dont la seule mission devrait être d'apprécier la validité de l'élection de for en fonction des critères qui auront été précisés dans la Convention. Si ce principe semble, effectivement, hors de portée d'une remise en cause générale, il a néanmoins été suggéré à juste titre dans la perspective d'une bonne administration internationale de la justice, que dans certains cas les clauses d'élection de for valables pourraient néanmoins être déclarées inopposables. L'une de ces hypothèses serait par exemple lorsqu'une action est entreprise par un tiers (utilisateur final d'un produit) à l'encontre de l'une des parties au contrat, celle-ci pourrait néanmoins appeler en garantie son cocontractant, alors même qu'elle est engagée envers lui par une clause d'élection de for, sans que ce dernier puisse lui opposer cette clause compte tenu de l'intérêt qu'il peut y avoir, à la fois pour le tiers non partie à cette clause et pour l'économie générale des systèmes judiciaires potentiels en cause, de voir l'intégralité des questions posées jugées en même temps, dans le même procès, par la même juridiction.

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

114 Il conviendrait également de voir dans quelle mesure le choix d'un for par les parties exclut tout recours à un autre for pour demander des mesures provisoires ou conservatoires. On pourra, à cet égard, s'inspirer de l'article 6.4 de la Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for¹³⁸.

¹³⁷ Doc. cité *supra* note 38, p. 12 et 14, Nos 12 à 14 inclus.

¹³⁸ Article 6: «Tout autre tribunal que le tribunal ou les tribunaux élus doit se déclarer incompétent, sauf: ... 4. s'il s'agit de mesures provisoires ou conservatoires».

§ 4 – AUTRES COMPÉTENCES

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

A) *Equilibre entre demandeur et défendeur*

116 Réfléchir sur les droits respectifs du demandeur et du défendeur revient inmanquablement à s'interroger sur l'existence ou l'inexistence d'une nécessité de protection de l'un ou de l'autre. *A priori*, à partir du moment où nous aurions admis des compétences de protection de la nature de celles qui ont été proposées ci-dessus¹³⁹, on peut s'interroger sur la nécessité de poursuivre l'oeuvre de protection et d'offrir au demandeur un choix entre la compétence traditionnelle reconnue au domicile du défendeur et des compétences optionnelles telles que celles connues par les Conventions de Bruxelles et de Lugano, notamment dans l'article 5. La réponse à cette question devrait, nous semble-t-il, dépendre de l'admission ou non dans le cadre de la Convention, d'une théorie similaire à celle du *forum non conveniens*¹⁴⁰. En effet, la compétence de la résidence habituelle du défendeur qui, en théorie, peut apparaître parfaitement respecter les intérêts des uns et des autres et leur juste équilibre, en pratique peut parfois s'avérer injuste. Une alternative s'ouvre alors: soit on décide de créer des compétences optionnelles pour le demandeur, mais on risque alors de faire pencher la balance un peu trop du côté du demandeur¹⁴¹ et il faut alors admettre une théorie similaire à celle du *forum non conveniens* pour pallier cet inconvénient dans des cas appropriés, soit on n'admet pas de compétences optionnelles au profit du demandeur et on s'en tient à la compétence classique au profit de la résidence habituelle du défendeur quitte, à ce moment-là, à prévoir un plus grand nombre de règles spéciales.

117 Si les délégués devaient choisir la première branche de l'alternative, il conviendra d'être particulièrement vigilant sur la formulation des dispositions qui seraient adoptées. En effet, l'expérience a montré que des règles telles que l'article 5.1 ou 5.3 des Conventions de Bruxelles et de Lugano sont d'utilisation difficile et aboutissent souvent à des résultats insatisfaisants¹⁴².

B) *Compétence en matière contractuelle*

118 Si l'on décide d'inclure une règle de compétence spéciale en matière contractuelle¹⁴³, on ne devrait pas s'inspirer de la rédaction de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles¹⁴⁴. Il

¹³⁹ Voir *supra* Nos 92 et s.

¹⁴⁰ Voir discussions *supra* Nos 67 et s.

¹⁴¹ C'est le cas, manifestement, des Conventions de Bruxelles et de Lugano qui ouvrent très largement, particulièrement avec les interprétations données par la Cour de Justice des Communautés européennes, les options au demandeur et constituent finalement une prime à la rapidité et une incitation à «la course au tribunal».

¹⁴² En ce qui concerne l'article 5.1, les critiques sont trop nombreuses pour être rappelées ici. Quant à l'article 5.3 le grand nombre d'arrêts rendus par la Cour de Justice des Communautés européennes qui n'ont jamais réitéré la solution du premier d'entre eux (*Bier B.V. c. Mines de Potasse d'Alsace* (1976) *Rec. p.* 1735) montre que la règle ne donne pas vraiment satisfaction. C'est ce que le Groupe de travail a reconnu, de même qu'il a conclu au caractère trop restrictif de l'article 10.4 de la Convention de La Haye de 1971. *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 258.

¹⁴³ Ni le Groupe de travail ni la Commission spéciale de juin 1994 ne sont parvenus à une conclusion quant à l'introduction d'une règle de compétence spéciale en la matière *cf.* *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260 et doc. cité *supra* note 33, p. 18, No 23. La Commission spéciale de juin 1996 n'a pas discuté de cette question.

semble raisonnable de proposer que le tribunal désigné soit compétent pour statuer sur tous les litiges résultant d'un contrat, y compris sur des questions de validité et d'interprétation sachant que l'un des objectifs de la future Convention devrait être de concentrer le contentieux au lieu d'un seul for approprié plutôt que d'autoriser son éclatement selon l'obligation en cause.

119 Quel devrait être le tribunal désigné par la disposition conventionnelle? *A priori*, le tribunal du lieu d'exécution du contrat paraît le plus approprié, puisque c'est au lieu d'exécution du contrat que se situent son centre de gravité, son insertion dans l'ordre juridique et économique du pays ainsi que, vraisemblablement, l'interaction des différentes parties au contrat qui seront vraisemblablement, au moins pour l'une d'entre elles, présentes sur le territoire d'exécution du contrat. Choisir le lieu d'exécution présente de nombreux avantages mais il présente également des inconvénients. C'est le cas notamment lorsque, dans un contrat complexe, plusieurs lieux d'exécution existent en fonction des diverses obligations du contrat. Une possibilité serait alors de dire que le lieu d'exécution tel qu'utilisé dans la Convention est celui de «l'obligation caractéristique» du contrat. Toutefois, cette notion d'«obligation» ou «prestation» «caractéristique» est souvent arbitraire et ne représente pas forcément la réalité économique du contrat. De plus, certains systèmes juridiques, notamment de *common law*, ignorent la notion de «prestation caractéristique» qui, il faut bien le dire, a souvent été créée comme une fiction juridique plus que comme une réalité concrète. Si une telle orientation était prise, la Convention devrait également décider si le choix des parties d'un lieu d'exécution d'une obligation particulière ou du contrat dans son ensemble peut influencer la règle de compétence juridictionnelle alors même que la clause par laquelle le choix du lieu d'exécution a été fait ne respecte pas les conditions de validité exigées pour la clause d'élection de for¹⁴⁵.

120 Compte tenu de ces difficultés qu'il ne sera peut-être pas possible de surmonter, la Commission spéciale voudra peut-être adopter une disposition minimaliste qui ne s'applique qu'à certains contrats et privilégierait un lieu d'exécution aisément déterminable en pratique: 1) le lieu de livraison effective de la chose ou du bien; 2) le lieu d'exercice de la prestation de service. Cette disposition permet d'éviter tout débat sur la prestation caractéristique ou sur la qualification du contrat. Lorsque le contrat en cause ne permet pas d'user de la règle, la compétence serait déterminée par la règle subsidiaire toujours disponible¹⁴⁶.

C) Compétence en matière délictuelle¹⁴⁷

121 A cet égard, il serait délicat de prendre modèle sur l'article 5.3 de la Convention de Bruxelles qui, en apparence, propose une règle simple et pratique mais, en réalité, ne peut fonctionner correctement dans les procédures complexes, ainsi que l'a montré la toute première décision rendue par la Cour de Justice des Communautés européennes en interprétation de cette disposition qui ouvre trop largement les compétences concurrentes et, dès lors, ne peut donner satisfaction au point que la Cour, jusqu'à maintenant, s'est toujours refusé à réitérer cette solution tout en ne la condamnant pas directement¹⁴⁸.

122 Si l'on décide d'inclure un chef de compétence en matière délictuelle, il conviendrait vraisemblablement de prévoir une disposition assez complète représentant les grandes catégories

¹⁴⁴ Opinion exprimée au moins en ce qui concerne les compétences différentes selon les diverses obligations découlant du contrat par le Groupe de travail, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260.

¹⁴⁵ La CJCE, dans un arrêt du 20 février 1997 (aff. C-106/96, *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*) a décidé qu'une clause contractuelle de cette nature, exclusivement destinée à établir un lieu de for déterminé, n'est pas valide si elle ne respecte pas les conditions énoncées par l'article 17 de la Convention de Bruxelles.

¹⁴⁶ Cf. *infra* No 133.

¹⁴⁷ La Commission spéciale de juin 1994 a conclu que le *forum delicti commissi* est admissible seulement si la situation est localisée dans un seul Etat. En revanche, elle a réservé entièrement la discussion sur le chef de compétence à choisir pour les délits à distance, cf. doc. cité *supra* note 33, p. 16, No 17.

¹⁴⁸ *Aff. Bier c. Mines de Potasses d'Alsace*, 30 novembre 1976, aff. 21/76, *Rec.* 1735. Notons que la Cour a déjà eu à se prononcer à six reprises sur le texte de l'article 5.3 et elle est encore saisie d'autres questions préjudicielles.

de litiges que l'on connaît en la matière¹⁴⁹. Si le litige met en présence seulement deux parties, une victime et un auteur de dommages, on pourrait décider de donner compétence au tribunal du domicile de la victime à condition que celui-ci ait été prévisible pour le défendeur. En revanche, si l'auteur du dommage ne pouvait prévoir cette compétence (s'il ignorait la résidence habituelle de la victime, ce qui sera le cas lorsqu'elle s'est déplacée sur le territoire dans lequel l'accident a eu lieu), on peut se demander si l'on ne doit pas préférer la compétence du tribunal du lieu où le fait causal s'est déroulé. Une telle disposition permettrait de régler la question délicate du dommage causé d'un côté de la frontière alors que le fait causal s'est déroulé de l'autre côté. En effet, dans tous les cas de pollution on peut mettre à la charge du défendeur, auteur de la pollution, une présomption de connaissance que son acte de pollution pouvait atteindre des victimes résidant habituellement au-delà de la frontière le séparant d'elles. Il en ira de même des actes de diffamation par voie de presse, de télévision ou d'Internet, ainsi que des actes de concurrence déloyale atteignant plusieurs marchés. La difficulté réelle dans ce type de règles est la définition même et la preuve de la notion de prévisibilité et de connaissance.

D) *Compétence en matière de succursale*

123 On pourrait admettre une règle dite des «gares principales» selon laquelle le demandeur a la possibilité d'attirer un défendeur société-mère devant le tribunal de l'établissement, la succursale ou tout autre branche d'activité à condition que le litige soit né des activités de cet établissement, succursale ou branche¹⁵⁰. Il conviendra vraisemblablement d'être vigilant sur la définition de l'expression «succursale, établissement, branche» et décider s'il convient d'exclure toute activité entreprise sous forme de personne morale distincte (filiale) à condition que cette personne morale distincte ne soit pas purement fictive, c'est-à-dire qu'elle ne soit qu'une façade destinée justement à empêcher d'attirer dans une procédure le défendeur réel ayant une solvabilité certaine¹⁵¹. De la même manière, on devrait se demander si la présence d'un simple agent chargé de la commercialisation des produits d'une société étrangère suffit à attirer cette dernière devant les tribunaux du lieu de situation de l'agent.

E) *Compétence en matière de trust*

124 Il est vraisemblablement nécessaire de prévoir une règle de compétence particulière en matière de trust ainsi que le Groupe de travail et la Commission spéciale de juin 1994 l'ont reconnu¹⁵² sans toutefois parvenir à une conclusion sur le contenu de la règle. Pour établir cette règle, on aura égard à la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* qui met l'accent sur le caractère volontaire du trust. Il semble que tous les systèmes juridiques qui connaissent le trust admettent l'élection de for pour les litiges

¹⁴⁹ Un travail considérable a été mené par le comité sur la procédure civile et commerciale internationale de l'Association de Droit International et a donné lieu à une publication: C. McLachlan & P. Nygh (eds.), *Transnational Tort Litigation – Jurisdictional Principles*, Clarendon Press, Oxford 1996, 245 p.

¹⁵⁰ Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994, doc. cité *supra* note 33, p. 14, No 14.

¹⁵¹ Cette question est délicate. Il est clair que la possibilité pour une entreprise de loger des activités dans une entité juridique distincte ayant une personnalité morale propre ne doit pas être évincée par une règle de compétence qui ferait fi de cette personnalité morale et procéderait à une «levée de voile» automatique, quelles que soient les circonstances. D'un autre côté, la notion même de «fictivité» varie d'un système juridique à l'autre et n'est pas forcément appliquée de la même manière dans tous les domaines (faillite; droit de la responsabilité civile; transport maritime) pour ne citer que trois exemples. Nous sommes d'avis que la solution pourrait être pour la règle conventionnelle de ne citer que les formes d'entité sans personnalité morale distincte et de laisser au droit national de chaque Etat contractant la possibilité d'étendre la règle de compétence en cas de fictivité de l'entité juridiquement distincte, cette notion n'étant pas unifiée. Cette solution devrait être exposée dans le Rapport explicatif en donnant des exemples de cas de jurisprudence dans lesquels la fictivité a été reconnue ce qui permettra de guider les praticiens. A cette fin, les délégations à la Commission spéciale de juin 1997 sont invitées à adresser au Bureau Permanent une note en réponse aux questions posées dans l'annexe IV du présent Rapport. Après réception de ces réponses, un document de synthèse sera établi par le Bureau Permanent et adressé à toutes les délégations.

¹⁵² *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260 et Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994, doc. cité *supra* note 33, p. 16, No 16.

internes au trust. C'est pourquoi la nouvelle Convention devrait également admettre la clause d'élection de for. En cas d'absence de choix, il convient de donner compétence au tribunal du lieu de «centre de gravité» du trust¹⁵³. A notre avis, il est possible de maintenir les quatre éléments proposés par l'article 7 de la Convention de La Haye sur le trust comme base de détermination du centre de gravité du trust. Il conviendra également de définir quelles catégories de trusts sont couvertes par la Convention. Pour conserver une cohérence avec la Convention de La Haye de 1985, il serait préférable de limiter l'application de la règle aux «trusts créés volontairement» par écrit. Toutefois, cette règle présenterait l'inconvénient d'exclure les trusts créés expressément par la loi et qui, même s'ils sont en nombre limité, peuvent néanmoins présenter certaines situations litigieuses entrant dans le champ d'application de la Convention¹⁵⁴. Certaines questions devront, en outre, être éclaircies telles que le caractère exclusif ou non de la compétence¹⁵⁵ et l'éventuelle attraction de la compétence exclusive en matière immobilière lorsque le litige porte sur un immeuble constitué en trust.

F) *Connexité*

125 La question de la connexité doit également être étudiée. Il est vraisemblable qu'une règle de compétence fondée sur la connexité soit utile voire nécessaire dans le cadre d'une Convention telle que celle que nous préparons. Il conviendra de définir la connexité qui pourrait reposer sur une identité de fait et/ou de droit des actions entreprises ou à entreprendre. Toutefois, on peut se poser la question de savoir si la compétence de connexité doit être autonome ou si elle doit être insérée comme l'un des éléments à prendre en considération par le juge lorsqu'il étudie la possibilité d'un *forum non conveniens*. Nous pensons cependant que les caractéristiques de la théorie du *forum non conveniens* sont telles qu'une règle de connexité autonome peut demeurer nécessaire même si la Convention contient une règle concernant le *forum non conveniens*¹⁵⁶.

G) *Mesures provisoires et conservatoires*

126 En ce qui concerne les règles de compétence concernant les mesures provisoires et conservatoires, celles-ci nous paraissent essentielles, surtout au plan international, compte tenu de la complexité des affaires et de la plus grande facilité que les personnes (notamment les personnes morales) ont de répartir leurs avoirs y compris dans des pays difficilement accessibles soit en raison de règles juridiques particulières soit en raison d'un système bancaire privilégiant encore la pratique du secret. A cet égard, il pourra être intéressant de prendre connaissance de la Résolution de l'ILA adoptée par sa Soixante-septième Conférence tenue à Helsinki sur proposition du Comité sur la procédure civile et commerciale internationale concernant les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international¹⁵⁷. Certains de ces principes peuvent paraître étrangers aux systèmes de tradition romano-germanique mais ils demeurent, dans l'ensemble, équilibrés quant aux intérêts du demandeur et du défendeur et proposent une définition des mesures provisoires et conservatoires fort utile pour les travaux de la Commission spéciale.

H) *Compétence en matière d'obligations alimentaires*

127 Si les experts décident que la future Convention portera également sur les obligations alimentaires¹⁵⁸ se poserait alors la question de la définition du créancier d'aliments, notamment de la notion de conjoint (faut-il limiter celle-ci aux couples mariés ou ayant été mariés, ou faut-il

¹⁵³ L'expression «centre de gravité» nous paraît plus exacte que celle de «domicile» utilisée par l'article 5 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Le Rapport Schlosser (JOCE C 59 du 5.3.79, p. 71 et s.) donne quelques explications éclairantes de la doctrine anglaise sur cette notion.

¹⁵⁴ Pour une explication des raisons de la formulation retenue par la Convention de Bruxelles, voir Rapport Schlosser, JOCE C 59 du 5.3.79, p. 71 aux p. 105 et s.

¹⁵⁵ Rappelons que le Groupe de travail a émis l'idée que la compétence en matière de trust pouvait être exclusive, Cf. *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260.

¹⁵⁶ Cf. «Note sur la question du «*forum non conveniens*» dans la perspective d'une convention double sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements», établie par le Bureau Permanent, Doc.prél. No 3, avril 1996.

¹⁵⁷ Les principes contenus dans cette Résolution sont reproduits en annexe I au présent Rapport.

¹⁵⁸ Voir discussion *supra* Nos 34 et s.

étendre la notion à d'autres relations). Il conviendra également de se demander si le créancier peut comprendre tout ascendant ou collatéral.

128 Quant à la règle de compétence qui pourrait être adoptée, elle nécessite une discussion approfondie des avantages et inconvénients de retenir la résidence habituelle du créancier d'aliments comme for principal ainsi que nous l'avons déjà exposé ci-dessus¹⁵⁹.

I) Compétence en matière de concurrence

129 Si la Commission spéciale décidait d'inclure une disposition particulière concernant les actions en matière de concurrence, elle aurait le choix de prévoir, en plus de la compétence classique du tribunal de la résidence habituelle du défendeur¹⁶⁰, celle du tribunal du lieu où l'acte de concurrence déloyale a été exécuté, celle du tribunal du lieu où la victime a subi son préjudice ou encore celle du tribunal du lieu où les effets de l'acte de concurrence déloyale se sont fait sentir. Une étude de droit comparé montre que, à des degrés divers, les différents systèmes juridiques permettent l'utilisation alternative de l'une ou l'autre de ces compétences. La plupart du temps, lorsque la compétence est donnée au tribunal du lieu où la victime subit son préjudice ou bien du lieu où les effets de l'acte de concurrence déloyale se font ressentir, cette compétence est limitée aux actions portant sur le préjudice subi à ce lieu, en raison d'une portée territoriale stricte de l'acte de concurrence. Si la victime veut voir son préjudice global indemnisé, elle devra agir devant autant de tribunaux que de lieux de préjudices subis.

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

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

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

J) Compétence de la résidence habituelle du défendeur

¹⁵⁹ Cf. *supra* Nos 34 et s.

¹⁶⁰ Cf. *infra* No 133.

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

K) Compétences autres prévues par le droit national

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

SECTION 3 – CHEFS DE COMPÉTENCE EXORBITANTS ET EXCLUS¹⁶¹

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

§ 1 – MÉTHODE

136 L'établissement de cette liste pourrait semble-t-il suivre en partie la méthode adoptée par les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Cette méthode suit une progression en deux temps: 1) chaque Etat représenté à la Session diplomatique qui adoptera le texte de la Convention déclarera les compétences exorbitantes contenues dans ses règles nationales qu'il abandonnera dans le cadre de la Convention. Assez tôt au cours des négociations qui précéderont la Session diplomatique, les Etats seront invités à faire connaître la liste des compétences qu'ils souhaitent inclure dans cette disposition conventionnelle. Cette liste sera particulièrement nécessaire pour tous les Etats dont on ne connaît pas encore la position sur cette question, contrairement aux Etats Parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano dont on connaît d'ores et déjà la liste. Il paraît clair que plus cette liste sera précise et complète et plus la Convention sera attractive pour les justiciables. Toutefois, contrairement aux Conventions de Bruxelles et de Lugano, la liste serait établie en termes abstraits et non en citant expressément les règles nationales; 2) la liste ne doit pas être considérée comme exhaustive et fermée. C'est pourquoi, la rédaction de la disposition qui inclura cette liste doit comporter le terme «notamment» de manière à permettre à tout justiciable, confronté au moment de la mise en oeuvre de la Convention à ce qu'il considère comme étant une compétence exorbitante, de tenter de la faire reconnaître comme telle par le juge. La question qui se pose alors est de savoir si la Convention doit comporter une définition

¹⁶¹ On pourrait imaginer que la liste des compétences exorbitantes apparaisse seulement dans la partie de la Convention consacrée aux effets des jugements étrangers, s'adressant ainsi seulement au juge requis (cf. suggestion faite par le Bureau Permanent, Doc.prél. No 1, mai 1994 pour la Commission spéciale de juin 1994). Nous pensons toutefois préférable de la placer dans la première partie de la Convention consacrée à la compétence juridictionnelle internationale directe et ce, comme nous l'avons dit plus haut, pour accroître la prévisibilité pour le justiciable qui doit savoir, dès qu'il commence la procédure au fond dans le pays d'origine, s'il est ou non, devant un juge compétent et ainsi lui permettre d'éviter immédiatement de saisir un juge qui n'est pas internationalement compétent.

générale de ce qu'il convient de comprendre comme compétence exorbitante afin de donner un guide au juge confronté à une telle demande d'un justiciable.

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

§ 2 – DÉFINITION DE LA NOTION DE «COMPÉTENCE EXORBITANTE»

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

§ 3 – EXEMPLES DE CHEFS EXORBITANTS DE COMPÉTENCE¹⁶²

139 La synthèse des conclusions du Groupe de travail et de la Commission spéciale de juin 1994 permet de dresser la liste des chefs de compétence suivants:¹⁶³

- simple présence d'un bien du défendeur pour justifier une compétence générale, mais aucun accord n'a pu être atteint sur les actions qui pourraient être autorisées à titre d'exception (par ex. art. 4 a du Protocole additionnel à la Convention de La Haye de 1971);
- nationalité d'une partie;
- domicile/résidence habituelle du demandeur sauf les cas prévus par la Convention;
- «doing business» ou, «entreprendre des activités commerciales» comme chef de compétence générale (par ex. art. 4 d du Protocole additionnel à la Convention de La Haye de 1971), sans qu'un consensus n'ait pu s'établir sur ce point;
- délivrance de l'assignation, citation ou autre acte introductif d'instance au cours d'un séjour temporaire du défendeur (art. 4 e du Protocole additionnel à la Convention de La Haye de 1971), sans qu'un accord n'ait pu être trouvé sur ce point sur d'éventuelles exceptions¹⁶⁴;
- désignation unilatérale du tribunal par le demandeur (par exemple sur une facture), sans qu'il y ait eu «accord exprès» du défendeur.

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

¹⁶² Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye (Doc.prél. No 17 de mai 1992) a déjà précisé qu'il existe une liste de chefs de compétence exorbitants à l'article 4 du Protocole additionnel à la Convention de La Haye de 1971 et que cette liste «fait internationalement autorité en tant que codification des motifs de compétence qui ne sont pas acceptables internationalement». Elle a servi de base aux travaux du Groupe de travail dont il est fait état dans les développements qui suivent.

¹⁶³ *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260, et doc. cité *supra* note 33, p. 18 et 20, Nos 24 à 30 inclus.

¹⁶⁴ On sait en effet que la Cour suprême des Etats-Unis a ravivé cette compétence dans l'affaire *Burnham c. Superior Court* 110 S.Ct. 2105 (1990) mais qui est une affaire purement interne. Toutefois, certains auteurs (cf. par exemple G. Born, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3rd ed p. 76 et 77) semblent penser qu'à la suite de *Burnham*, la compétence personnelle fondée sur la délivrance de l'assignation serait considérée comme admissible même dans un contexte international, mais les décisions des juridictions du fond actuellement connues et qui vont dans cette direction concernent toutes des circonstances exceptionnelles.

- la seule présence d'un produit manufacturé par le défendeur et ayant causé un dommage, sans qu'il ait pu prévoir que ce produit se trouverait sur ce territoire;
- le prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire pour statuer sur l'action au fond;
- l'exequatur ou l'enregistrement d'un jugement pour statuer sur des demandes additionnelles ou complémentaires.

SECTION 4 – COMPÉTENCES COMPLEXES

141 On doit s'interroger sur l'utilité et la faisabilité d'inclure, dans une convention à vocation mondiale, des dispositions concernant la pluralité de défendeurs, les demandes reconventionnelles, les appels en garantie ou les demandes d'interventions. Le Groupe de travail a conclu que de telles dispositions sont «*incompatibles*» dans le cadre élargi de la future Convention¹⁶⁵, alors que la Commission spéciale de juin 1994 les a envisagées même si certains experts «*ont fait valoir que ces chefs de compétence, ..., pourraient créer des difficultés à l'échelon mondial*»¹⁶⁶

§ 1 – PLURALITÉ DE DÉFENDEURS

142 Si nous suivons l'inspiration générale qui a été la nôtre depuis le début de ce Rapport, c'est-à-dire que la Convention doit faciliter une bonne administration de la justice, une disposition concernant la pluralité de défendeurs devrait être insérée dans la Convention. Mais nous reconnaissons volontiers que cette compétence pose des difficultés particulières lorsqu'elle est mise en oeuvre au plan mondial du fait de l'éloignement accru des défendeurs potentiels par rapport à la juridiction compétente. C'est pourquoi il serait possible d'assortir cette compétence de plusieurs conditions: 1) elle pourrait être mise en oeuvre seulement si les demandes à l'encontre des défendeurs multiples reposent sur le même objet et, pour éviter la notion de «cause» qui est particulière à certains systèmes juridiques, qu'elle est issue des mêmes faits. Ce serait donc une appréciation très concrète qui serait demandée au juge. 2) On pourrait limiter le for de la pluralité de défendeurs à la résidence habituelle de l'un de ces défendeurs pour exclure tous les fors spécifiques. Toutefois, une telle exclusion irait peut-être à l'encontre de l'idée de protection pour les catégories de justiciables pour lesquels des règles de compétence de protection auraient été choisies. On peut donc se demander s'il n'est pas souhaitable d'ouvrir la pluralité de défendeurs dans tous les cas de compétences prévus par la Convention, y compris les cas de compétence exclusive. 3) La fraude serait réservée par le principe général proposé¹⁶⁷. 4) Un demandeur lié au défendeur par une clause d'élection de for valide ne pourrait attirer ce défendeur devant un autre tribunal même au titre de la pluralité de défendeurs¹⁶⁸. 5) Pour être autorisé à attirer les défendeurs devant le tribunal choisi, le demandeur devrait démontrer que, dans le cas contraire, le jugement éventuellement obtenu resterait lettre morte. 6) Finalement, la pluralité de défendeurs pourrait être laissée à l'appréciation du juge saisi sans en faire une règle obligatoire, chacun des éléments énumérés ci-dessus ne seraient que des guides à la disposition du juge saisi.

§ 2 – DEMANDE RECONVENTIONNELLE

143 Il convient d'autoriser le juge saisi d'une demande principale d'étudier toute demande reconventionnelle qui serait présentée par le défendeur. Là encore, il convient de se demander si des conditions restrictives doivent assortir cette compétence. On pourrait penser, par exemple, que seule serait admise une demande reconventionnelle portant sur les mêmes faits que la demande principale, ainsi que la Commission spéciale de juin 1994 l'a proposé¹⁶⁹.

§ 3 – APPEL EN GARANTIE OU EN INTERVENTION¹⁷⁰

¹⁶⁵ *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 258.

¹⁶⁶ *Cf. doc. cité supra* note 33, p. 16, No 18.

¹⁶⁷ *Cf. infra* No 145.

¹⁶⁸ *Cf. infra* No 146.

¹⁶⁹ *Cf. doc. cité supra* note 33, p. 16, No 18.

¹⁷⁰ Ce point n'a pas été évoqué par la Commission spéciale de juin 1994.

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

§ 4 – COMPÉTENCES COMPLEXES ET FRAUDE

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

§ 5 – COMPÉTENCES COMPLEXES ET CLAUSE D'ÉLECTION DE FOR

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

SECTION 5 – COMPÉTENCES CONCURRENTES

147 Quelle que soit la nature de la future Convention (double ou mixte), il existera toujours des compétences concurrentes notamment si un grand nombre de compétences spéciales et certaines compétences complexes sont prévues. Si la Convention est une convention mixte, les cas de compétences concurrentes seront encore plus nombreux¹⁷¹. Il est donc indispensable de prévoir une disposition pour régler cette question¹⁷² afin d'empêcher une multiplicité de procédures totalement ou en partie répétitives, et que des décisions inconciliables soient rendues.

148 Une première méthode pourrait consister à privilégier le tribunal premier saisi¹⁷³. Toutefois, comme l'ont souligné certains experts au cours des débats de la Commission spéciale de juin 1996, cette méthode n'est pas satisfaisante, car elle incite les parties à un litige à se précipiter devant l'un des tribunaux compétents et à délaisser les préalables de conciliation ou de règlement amiable uniquement pour prendre position le plus rapidement possible pour la compétence. De surcroît, cette méthode accentue encore l'avantage que représente la qualité de demandeur dans le procès.

149 Une deuxième méthode pourrait consister à laisser les deux procédures poursuivre leur cours et attendre que le premier jugement soit rendu afin d'en plaider l'autorité de chose jugée dans la procédure non encore terminée. Cette méthode présente l'avantage de ne pas obliger le

¹⁷¹ Cf. Doc.prél. No 17 de mai 1992, No 15, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 234.

¹⁷² Conclusions du Groupe de travail, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260; de la Commission spéciale de juin 1994, doc. cité *supra* note 33, p. 20, No 31 et de la Commission spéciale de juin 1996, doc. cité *supra* note 38, p. 12, No 11.

¹⁷³ C'est ce que font les Conventions de Bruxelles et Lugano par l'article 21 avec toute la difficulté de définir la notion de «saisine» du tribunal.

juge à statuer sur la compétence mais de se prononcer au vu d'un jugement. L'inconvénient est de favoriser la «course au jugement» au détriment, peut-être, d'une justice sereine.

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

SECTION 6 – CONVENTION «DOUBLE» OU CONVENTION «MIXTE» ?

151 Comme nous l'avons dit ci-dessus¹⁷⁴, le Groupe de travail avait émis une préférence pour que la future Convention prenne la nature d'une convention mixte, c'est-à-dire qu'elle comporte à la fois des chefs de compétence autorisés qui entraîneraient une reconnaissance et une exécution du jugement facilitées au titre de la Convention; une liste de compétences exorbitantes et interdites qui entraîneraient la non-reconnaissance ou exécution au titre de la Convention; enfin, la possibilité pour le tribunal d'origine de se déclarer compétent en vertu d'autres règles connues par son droit national et non prévues par la Convention dans la liste des compétences autorisées, ce qui entraînerait comme conséquence du point de vue de la reconnaissance et de l'exécution du jugement à intervenir une liberté de la part du tribunal requis de donner effet ou non à ce jugement.

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

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

154 C'est pourquoi les Conclusions de la Commission spéciale de 1994 ont montré la nette tendance de repousser la possibilité de négocier une convention mixte et de préconiser l'élaboration d'une convention double stricte¹⁷⁵.

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

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

CHAPITRE III - EFFETS DES DÉCISIONS ÉTRANGÈRES¹⁷⁶

¹⁷⁴ Cf. *supra* No 18.

¹⁷⁵ Doc. cité *supra*, note 33, p. 12, No 6.

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

SECTION 1 – GÉNÉRALITÉS

§ 1 – CONSÉQUENCES D'UNE CONVENTION DOUBLE STRICTE OU MIXTE

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

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

§ 2 – DÉFINITION DE LA NOTION DE «DÉCISION ÉTRANGÈRE»

160 La future Convention devrait comporter une définition de la notion de «décision étrangère». En revanche, la question reste posée de savoir si elle doit couvrir les actes authentiques (comme défini à l'article 50 des Conventions de Bruxelles et de Lugano). Le Groupe de travail a considéré que cette question devait être étudiée dans le cadre de la future Convention¹⁷⁷. Toutefois, aucune mention n'a été faite pour les transactions judiciaires qui méritent également l'attention et pourraient fort utilement être incluses.

A) *Décision étrangère*

161 Il convient d'abord de préciser que la décision doit avoir été rendue dans un autre Etat contractant laissant ainsi intact le droit interne de chaque Etat en ce qui concerne les décisions en provenance d'Etats non contractants. Si parfois et dans d'autres cadres¹⁷⁸, il a pu être proposé de faire aussi une place à des décisions d'Etats non contractants, il ne semble pas que les intérêts en présence dans le cadre de la future Convention soient tels qu'ils justifient une telle démarche.

162 Quant à la notion de «décision», elle est entendue au sens générique du terme pour couvrir toutes les décisions, portant sur une matière incluse dans la Convention, rendues par une

¹⁷⁶ Sur ce point, les Conclusions du Groupe de travail sont très succinctes et ne paraissent pas avoir pris toute la mesure de la différence existant entre le cadre restreint des Conventions de Bruxelles et de Lugano et la Convention en préparation. *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 262. En revanche, la Commission spéciale de juin 1996 a beaucoup travaillé sur ces questions. Ses conclusions seront donc mentionnées au fur et à mesure des développements.

¹⁷⁷ *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 262.

¹⁷⁸ Les débats au cours de la Dix-huitième session ont montré que des intérêts supérieurs, tels ceux de l'enfant, pouvaient éventuellement rendre nécessaire de reconnaître des décisions d'Etats non contractants, dans le cadre de la Convention. Toutefois, cette solution n'a finalement pas été admise (cf. *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*). En tout état de cause de tels intérêts supérieurs n'existent pas ici.

juridiction de quelque nature qu'elle soit¹⁷⁹ et quelle que soit la dénomination que le droit de l'Etat d'origine donne à cette décision (arrêt, jugement, ordonnance, etc. ...). On doit également y inclure les injonctions qui assortissent souvent les décisions au fond, sauf celles qui n'ont trait qu'à la compétence ou la saisine d'un tribunal étranger telles les «*anti-suit injonctions*»¹⁸⁰, pour les raisons invoquées ci-dessus¹⁸¹. Les experts devront s'interroger sur l'inclusion des décisions prises en matière de preuve qui posent des difficultés particulières notamment en vue de l'application de la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale*.

B) Actes authentiques

163 L'inclusion des actes authentiques dans la future Convention pourrait s'inspirer de ce qui a été fait dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano¹⁸².

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

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

C) Transactions judiciaires

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

167 De nombreux pays connaissent les transactions judiciaires même si, là encore, elles ne possèdent pas toutes et dans tous les systèmes la même force exécutoire. On sait notamment qu'en Allemagne et aux Pays-Bas les transactions judiciaires sont exécutoires de plein droit¹⁸³.

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

¹⁷⁹ C'est ainsi qu'une décision prononçant une condamnation de nature civile mais émanant d'une juridiction pénale doit être exécutée en vertu de la Convention.

¹⁸⁰ Notons à cet égard que les experts de la Commission spéciale de juin 1996 (doc. cité *supra*, note 38, p. 24, No 40) ont exprimé un doute sur la possibilité d'exécuter des injonctions dans le cadre conventionnel. Il a été rappelé que la *Full Faith and Credit Clause* en droit fédéral américain ne couvre pas ce type de décisions

¹⁸¹ Cf. *supra* No 59.

¹⁸² Pour un exemple récent d'exécution d'un tel acte dans le contexte franco-allemand, on pourra consulter l'arrêt de la Cour de cassation française Civ. 1, 12 janvier 1994, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1994, p. 557, note Ch. Pamboukis.

¹⁸³ Cf. Rapport Jenard sur la Convention de Bruxelles, *JOCE* No C 59 du 5 mars 1979, p. 1, à la p. 56.

SECTION 2 – ÉTENDUE DES EFFETS

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

1) Si le jugement n'est pas définitif¹⁸⁴ dans le pays d'origine, il pourrait éventuellement être exécuté dans l'Etat requis à condition qu'il ait un caractère exécutoire par provision dans l'Etat d'origine et que le juge requis assortisse l'exécution du jugement de garanties permettant de s'assurer que dans l'hypothèse où le jugement serait infirmé à l'étranger, la partie qui aurait bénéficié de l'exécution à tort puisse, sans difficulté ni délai, rembourser les sommes payées ou revenir sur une exécution préalablement effectuée¹⁸⁵. Cette règle, purement optionnelle pour le juge requis, aurait le mérite d'interdire à celui qui a perdu le procès à l'étranger d'organiser son insolvabilité en intentant un appel ou autre voie de recours uniquement destinée à bloquer une procédure de reconnaissance ou d'exécution à l'étranger.

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

3) La durée de validité du jugement doit être celle applicable dans l'Etat d'origine (durée de la péremption)¹⁸⁶.

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

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

170 En revanche, on doit pouvoir admettre que l'Etat requis puisse éventuellement donner un effet de fait, de titre, probatoire ou une simple reconnaissance d'éléments contenus dans un jugement étranger, en vertu de son propre droit, alors même que de tels effets ne sont pas connus à l'étranger. De telles questions ne mettent pas en cause le jugement en tant que tel mais seulement certains de ses éléments constitutifs, certains aspects des circonstances factuelles qui l'expliquent, certains raisonnements qui peuvent être utiles au syllogisme juridique utilisé par un juge appelé à statuer sur un autre litige. Il serait bon que la Convention puisse prendre position sur ces aspects trop souvent négligés et qui sont source éventuelle de contentieux ou, à tout le moins, que le Rapport explicatif indique clairement la marge de manœuvre laissée aux Etats Parties.

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

¹⁸⁴ La notion même de «décision définitive» (*final* en langue anglaise) pose des difficultés car elle n'est pas uniformément comprise dans tous les systèmes juridiques.

¹⁸⁵ La Commission spéciale de juin 1994 a conclu plutôt à exclure l'exécution de décisions non définitives sauf en matière d'obligations alimentaires si la matière était incluse, *cf. doc. cité supra*, note 33, p. 22, No 35.

¹⁸⁶ A cet égard, il serait très utile que le Bureau Permanent puisse réunir un document de synthèse sur les durées de péremption des jugements dans chaque Etat membre. L'aide des délégations, à cet égard, serait la bienvenue.

- 1) la reconnaissance ne serait pas accordée «de plein droit», mais elle devrait résulter d'un contrôle de la décision étrangère par le juge saisi du litige au cours duquel la reconnaissance est invoquée¹⁸⁷;
- 2) si la reconnaissance n'est pas accordée «de plein droit», elle doit rétroagir à la date du jugement dans le pays d'origine lorsqu'elle est accordée dans le pays requis. En ce sens, la décision de reconnaissance est purement déclaratoire et non constitutive;
- 3) la reconnaissance n'exige donc pas une procédure particulière et séparée d'exequatur ou d'enregistrement, mais requiert néanmoins un contrôle qui pourrait, éventuellement, être allégé par rapport à celui prévu pour l'exécution;
- 4) l'exécution, quant à elle, exige normalement une procédure séparée devant un juge spécifique, quelle que soit la forme prise par cette procédure (exequatur, action sur le jugement, enregistrement, etc. ...).

SECTION 3 – CONTRÔLE DU JUGEMENT ÉTRANGER

172 A titre liminaire, nous abordons la question évoquée par la Commission spéciale de juin 1996 de savoir si l'on doit prévoir deux régimes de contrôle séparés, l'un applicable aux jugements rendus sur procédure contradictoire et l'autre aux jugements rendus par défaut¹⁸⁸. Une telle différenciation existe dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano, car le contrôle pour la première catégorie de décisions est quasiment inexistant. Or, ainsi que nous l'exposerons ci-après, l'orientation prise dans le cadre de la nouvelle Convention permet de dire qu'il existera un contrôle de la décision de l'Etat d'origine, même si elle a été rendue contradictoirement. Une différenciation avec les décisions par défaut ne se justifie donc plus, sauf peut-être sur les constatations de fait ainsi qu'il sera dit ci-après¹⁸⁹. De surcroît, comme l'a précisé la Commission spéciale de juin 1996¹⁹⁰ si une telle différenciation était retenue, il conviendrait de donner une définition de ce qu'il convient d'entendre par «jugement par défaut», définition «extrêmement délicate» à préciser et qui peut «créer plus de problèmes» qu'elle ne peut en résoudre.

§ 1 – RÉGIME JURIDIQUE DU CONTRÔLE

A) *Rôle ex officio du juge*

173 On doit s'interroger sur le point de savoir si le juge de l'Etat requis doit procéder à un contrôle *ex officio* ou si, au contraire, il doit attendre pour procéder à ce contrôle que la preuve soit rapportée par l'une ou l'autre des parties au procès¹⁹¹.

174 Si l'on peut penser qu'un contrôle du jugement étranger est absolument nécessaire avant de lui donner effet dans l'Etat requis, on peut néanmoins s'interroger sur la nécessité d'imposer au juge requis un contrôle *ex officio*. On touche ici du doigt l'étendue de la mise en cause de la souveraineté des Etats dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. La position que l'on prend sur cette question est très souvent une position théorique et doctrinale. Il semble cependant abusif de considérer que l'exécution sur un territoire autre que celui dans lequel un jugement a été rendu met en cause la souveraineté des Etats. La plupart du temps, seuls des intérêts privés sont en cause. La plupart du temps, l'effet donné à un jugement étranger sur un territoire n'aura aucune conséquence hormis à l'encontre de la partie qui a perdu son procès à l'étranger. Des intérêts publics ne sont que rarement en cause. C'est pourquoi, sauf circonstances exceptionnelles qui pourraient être parfaitement éclairées par l'exception d'ordre public, il nous semble préférable de considérer que les exceptions tirées des éléments du contrôle du jugement étranger soient laissées quasi exclusivement entre les mains des parties sans que le

¹⁸⁷ Le principe d'une reconnaissance de plein droit a été évoqué par la Commission spéciale de juin 1994 mais n'a pas été approfondi, cf. doc. cité *supra*, note 33, p. 22, No 33.

¹⁸⁸ Cf. doc. cité *supra*, note 38, p. 22, No 37.

¹⁸⁹ Cf. *infra* No 180.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ La répartition de la charge de la preuve entre les parties au procès sera étudiée *infra* Nos 175 et s.

juge intervienne *ex officio*¹⁹². La seule exception est, comme nous venons de le dire, le contrôle de l'ordre public qui doit effectivement être effectué *ex officio* car, dans le cas contraire, ce serait purement et simplement nier la raison d'être et la nature même d'une exception d'ordre public.

B) Répartition de la charge de la preuve

175 Le demandeur qui, par hypothèse, a intérêt à se prévaloir de la décision étrangère et a donc, vraisemblablement, gagné le procès à l'étranger¹⁹³, doit bénéficier d'un régime de faveur lorsqu'il est question pour lui de recommencer une procédure nécessitée par l'exécution de la décision à l'étranger.

176 Par ailleurs, du point de vue du défendeur, c'est-à-dire celui qui a perdu son procès à l'étranger, on peut penser que si la procédure étrangère a été «correcte» il ne doit pas pouvoir reprendre l'intégralité du procès devant le juge requis. C'est pourquoi, il sera demandé un minimum au demandeur devant le juge requis (preuve de l'existence du jugement; éventuellement traduction dans la langue du pays requis et, en cas de procédure par défaut à l'étranger, preuve que le défendeur a été notifié régulièrement de la procédure, qu'il a été concrètement atteint, qu'il a compris concrètement qu'il devait procéder à l'étranger et a eu le temps nécessaire pour présenter sa défense).

177 Une fois cette preuve rapportée par le demandeur, la charge repose alors sur le défendeur de prouver que le jugement étranger ne correspond pas aux critères de contrôle posés par la Convention.

§ 2 – CRITÈRES DE CONTRÔLE

178 Parmi les critères de contrôle qui font l'objet des développements qui suivent, on ne trouvera pas la révision de la décision en tant que telle, dans sa substance. Bien qu'à notre connaissance ce point n'ait pas encore été directement discuté par les Commissions spéciales de 1994 et 1996, il nous paraît que la révision au fond de la décision étrangère devrait être interdite dans le cadre de la future Convention.

A) Compétence du juge d'origine

179 Dans le cadre géographique élargi dans lequel nous travaillons, il ne semble pas incohérent d'exiger une vérification des règles de compétence utilisées par le juge d'origine¹⁹⁴, alors même que l'on serait dans le cadre d'une convention double stricte. Pour ce faire, le Groupe de travail a d'ailleurs suggéré que «possibilité soit donnée à une partie de demander au tribunal d'origine de préciser dans son jugement les chefs de compétence sur lesquels le tribunal s'est fondé ou a pu se fonder»¹⁹⁵. En effet, on peut s'interroger sur l'effet d'autorité de chose jugée à l'égard de la compétence du juge d'origine. Si le défendeur n'a pas soulevé cette question à l'étranger, il semble normal de ne pas l'autoriser à soulever cette question au stade de l'effet dans

¹⁹² Cette méthode semble avoir été acceptée par la Commission spéciale de juin 1996, au moins en ce qui concerne la compétence *cf.* doc. cité *supra* note 38, p. 22 à 24, Nos 31 à 38.

¹⁹³ Sauf si l'action qu'il entreprend est une action en inopposabilité auquel cas l'hypothèse est renversée.

¹⁹⁴ Conclusions du Groupe de travail, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 258 et Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994, doc. cité *supra*, note 33, p. 22, No 34.

¹⁹⁵ *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 260, No 13. Nous ne sommes pas convaincue qu'une telle disposition soit utile. En effet, aucune règle procédurale empêche aujourd'hui à une partie de «demander» au juge d'agir en ce sens, sans aucune garantie que le juge acceptera de la suivre. En revanche, si la disposition devait être plus sévère et obliger le juge à donner cette précision, cet alourdissement de la tâche du juge peut aller à l'encontre de certaines dispositions de la Convention (par exemple prorogation tacite). De plus, cela risque de compliquer la procédure d'origine inutilement, notamment en provoquant un débat contradictoire sur un point que les parties n'avaient pas soulevé. Enfin, elle peut modifier la nature des règles de compétence et le rôle du juge en l'obligeant à statuer *ex officio*.

l'Etat requis¹⁹⁶. En revanche, si le défendeur a contesté à l'étranger la compétence du juge d'origine et a perdu à l'étranger, on doit l'autoriser à reprendre cette discussion devant le juge requis, car il est possible que le juge d'origine ait à tort considéré qu'il était compétent au regard de la Convention. Evidemment, si l'on parvient à mettre en place une interprétation uniforme de la Convention¹⁹⁷ ainsi que cela est apparu souhaitable à certains experts, les hypothèses dans lesquelles le juge requis parviendra à une conclusion différente du juge d'origine seront extrêmement rares. Il n'empêche que la compétence, ainsi que nous l'avons déjà dit, demeure la pierre angulaire d'une bonne administration internationale de la justice. Dans ces conditions, il nous apparaît normal d'autoriser une vérification alors même que les règles de compétence sont prévues par la Convention.

180 En revanche, il ne semble pas difficile d'admettre, comme l'a fait la Commission spéciale de juin 1994¹⁹⁸, que les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence demeurent acquises comme le prévoit d'ailleurs la Convention de La Haye de 1971 sauf pour les décisions par défaut. Ce point semble ne plus devoir être discuté après les travaux de la Commission spéciale de juin 1996¹⁹⁹.

B) Loi appliquée par le juge d'origine

181 De très nombreux systèmes juridiques ne connaissent pas cet élément de contrôle du jugement étranger. Il peut apparaître, à bien des égards, superfétatoire. Il est trop proche d'une révision au fond pour pouvoir être autorisé dans le cadre d'une convention²⁰⁰. Par ailleurs, même si effectivement l'issue du litige dépend souvent de la loi qui a été appliquée, on peut néanmoins considérer que, dans un très grand nombre de cas, le résultat ne sera pas forcément «injuste». Or, pour les cas dans lesquels un tel résultat serait effectivement injuste, on peut penser que l'exception d'ordre public substantiel²⁰¹ sera suffisante. On peut s'interroger sur une vérification de la loi appliquée pour des questions préalables ayant trait à des matières non couvertes par la Convention ainsi que le prévoit l'article 27.4 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Les délégués voudront peut-être discuter les cas concrets que l'exclusion d'une telle vérification entraînerait et, en fonction des inconvénients et des avantages de la règle, dans des cas étudiés de manière concrète, la décision pourra être d'insérer une clause à cet égard. En tout état de cause, même si ce contrôle est maintenu, la non-reconnaissance devrait être facultative pour le juge requis.

C) Motivation de la décision d'origine

182 L'exigence de motivation des décisions judiciaires diffère très profondément d'un système juridique à l'autre. Par ailleurs, le contrôle de la motivation du juge étranger est trop proche de la révision au fond pour pouvoir être admis dans le cadre d'une convention. De surcroît, il est possible de se demander à quoi sert la motivation du jugement étranger dans le cadre du contrôle. Si l'on étudie chacun des éléments qui pourraient éventuellement être retenus pour le contrôle conventionnel, aucun ne nécessite de vérifications dans la motivation même du jugement. Il conviendra donc vraisemblablement de ne pas prévoir un tel contrôle dans le cadre de la Convention²⁰².

D) Ordre public procédural

¹⁹⁶ On suppose ici que la première partie de la Convention contiendra une règle de prorogation tacite, cf. *supra* No 108.

¹⁹⁷ Cf. *infra* No 200.

¹⁹⁸ Doc. cité *supra*, note 33, p. 22, No 34.

¹⁹⁹ Cf. doc. cité *supra*, note 38, p. 20, No 30.

²⁰⁰ La Commission spéciale de juin 1996 est parvenue à un quasi-consensus sur ce point, cf. doc. cité *supra*, note 38, p. 22, No 34.

²⁰¹ Cf. *infra* No 187.

²⁰² Certains experts de la Commission spéciale de juin 1996 ont néanmoins indiqué que cette motivation pouvait être nécessaire dans certains cas, sans que des exemples aient été donnés; doc. cit. *supra*, note 38, p. 22, No 36.

183 Ce contrôle de l'ordre public procédural nous apparaît comme la pierre angulaire de la future Convention. En effet, il est possible de dire qu'un procès est juste ou injuste non pas tant par l'issue du litige que par la manière par laquelle le litige s'est déroulé procéduralement parlant. Notification du défendeur, temps qui lui a été donné pour se défendre, respect strict du principe de la contradiction, neutralité des experts, possibilité de rapporter des preuves, neutralité des juridictions, indépendance des juges²⁰³; toutes ces questions nous semblent devoir être indiquées comme devant faire l'objet d'un contrôle par le juge requis ou, au moins, faire l'objet de développements dans le Rapport explicatif.

184 En effet, il ne nous paraît pas suffisant de simplement énoncer que la procédure doit être régulière et équitable. Il conviendrait, en plus, de préciser ce que l'on entend par une procédure régulière et équitable. Les conceptions à cet égard sont trop différentes d'un pays à l'autre pour ne pas faire l'effort de s'entendre sur les points fondamentaux de la notion de procès équitable ou de *due process* dans les pays de *common law*, notamment aux Etats-Unis.

185 L'explication de ce qu'il convient d'entendre par «procès équitable», «*due process*» ou toute autre expression équivalente peut ne pas apparaître dans la Convention elle-même, mais être précisée dans le Rapport explicatif. L'inconvénient de cette formule est bien connue: le Rapport explicatif n'est pas consulté aussi facilement que le texte d'une convention et les juges ne l'auront pas tous forcément à leur disposition. L'avantage serait de ne pas trop alourdir le texte de la Convention.

186 En ce qui concerne le contrôle de la régularité de la notification du défendeur certains experts de la Commission spéciale de juin 1996 ont suggéré qu'il soit effectué un simple renvoi à la Convention de La Haye de 1965²⁰⁴. Cette solution satisfaisante *a priori* pour l'harmonie d'application des diverses Conventions de La Haye peut s'avérer plus difficile à mettre en oeuvre en pratique parce que certains Etats contractants de la nouvelle Convention ne seraient pas Parties à la Convention de 1965. La disposition pertinente dans la nouvelle Convention pourrait donc prévoir renvoi à la Convention de 1965 ou à toute disposition équivalente connue à la fois de l'Etat d'origine et de l'Etat destinataire dans lequel la notification a été effectuée, ce dernier n'étant pas forcément le même que l'Etat requis.

E) *Ordre public substantiel*

187 On ne peut pas éviter que le juge requis puisse éventuellement opposer son ordre public substantiel à la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger qui viendrait contredire ses principes et règles fondamentaux. Il conviendra cependant, dans la ligne de toutes les conventions que nous connaissons sur le sujet y compris en matière de reconnaissance de sentence arbitrale de préciser que c'est l'effet du jugement étranger qui doit être contraire à l'ordre public substantiel et non le jugement lui-même. En d'autres termes, c'est l'insertion des obligations et droits tels qu'ils sont issus du jugement étranger dans le système juridique de l'Etat requis qui pose problème. La mise en oeuvre concrète de cette exception devrait donc vraisemblablement être limitée à des cas particulièrement flagrants. A cet égard, la formule traditionnelle des Conventions de La Haye paraît appropriée dans le cadre de la future Convention.

F) *Inconciliabilité de décisions*

188 La plupart des systèmes juridiques admettent que le juge requis puisse refuser de donner effet à un jugement étranger si celui-ci est inconciliable avec un jugement précédemment rendu.

²⁰³ La Commission spéciale de juin 1996 a longuement discuté de cette question et ses débats sont succinctement résumés No 38, p. 24 du document cité *supra* note 38. Si l'on est unanimement d'accord pour dire qu'un jugement rendu par une juridiction partielle et soumise aux pouvoirs politiques ne doit pas recevoir d'effet, le contrôle d'une telle occurrence est difficile à organiser. Le danger essentiel réside dans la tentation de ne pas étudier le procès lui-même en tant que tel, mais de s'en tenir à une appréciation en général de toutes les juridictions d'un pays donné en fonction des fluctuations de la politique étrangère existant entre l'Etat d'origine et l'Etat requis. Certes, on ne pourra pas empêcher que le contrôle soit fait plus rigoureusement et précisément lorsque le jugement provient d'un pays plutôt que d'un autre. Mais la Convention devrait présenter une formulation telle que le juge sera contraint de procéder au cas par cas et non par généralité.

²⁰⁴ Doc. cité *supra* note 38, p. 22, No 35.

Plusieurs conditions d'application assortissent généralement cette disposition: 1) Une définition de ce que l'on entend par «décisions inconciliables». Il s'agit de deux décisions qui prévoient des droits et des obligations contradictoires pour les parties au litige. C'est donc une appréciation *in concreto* qui doit être faite par le juge requis. 2) Si la décision avec laquelle le jugement étranger en cause est inconciliable provient également de l'étranger, les deux doivent avoir passé avec succès les tests du contrôle des jugements étrangers soit en vertu du droit commun de l'Etat requis si le jugement provient d'un Etat non contractant, soit en vertu de la Convention elle-même si ce jugement provient d'une juridiction d'un Etat Partie.

G) *Fraude*

189 Il convient vraisemblablement de prévoir que la fraude perpétrée à l'étranger est un obstacle à l'effet du jugement dans l'Etat requis²⁰⁵. Cependant il sera utile de s'entendre sur la notion de fraude telle qu'elle doit être utilisée ici.

a) *Fraude à la loi*

190 Quelle que soit la position que les délégués auront prise concernant le contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine, il ne nous paraît pas que la fraude à la loi doive être contrôlée en tant que telle dans la disposition conventionnelle sur la fraude. En effet, de deux choses l'une, soit les délégués auront prévu un contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine et la fraude à la loi sera donc contrôlée par l'intermédiaire de cette disposition; ou bien les délégués auront abandonné l'exigence du contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine et l'on ne peut à ce moment-là pas y revenir sous l'angle de la fraude à la loi sauf, éventuellement, à en limiter très strictement l'application et les cas concrets de mise en oeuvre.

b) *Fraude à la procédure ou au jugement*

191 Il s'agit ici de sanctionner une fraude perpétrée à l'étranger sans laquelle le jugement n'aurait pas pu être obtenu. Il s'agit notamment du cas dans lequel le demandeur soutient devant le juge d'origine qu'il ignore l'adresse du défendeur ou que celui-ci n'a plus de domicile connu, empêchant ainsi que le défendeur soit cité et qu'il soit représenté dans la procédure étrangère. Le jugement qui s'ensuit est généralement un jugement par défaut ou, quelquefois, un jugement «réputé contradictoire». Il est possible que cette fraude soit contrôlée à travers l'ordre public procédural, mais elle est trop grave pour ne pas devoir être contrôlée en elle-même. Par ailleurs, une autre fraude au jugement peut éventuellement exister, celle de la remise au juge étranger de fausses preuves. Ici, bien évidemment, il ne peut être question de sanctionner que les cas dans lesquels la nature fautive des preuves soumises à l'étranger apparaît seulement *a posteriori*, c'est-à-dire au moment où le jugement étranger est présenté au juge requis. Dans ce cas, le juge requis doit pouvoir refuser de donner effet à ce jugement. La charge de la preuve de la nature fautive des preuves utilisées à l'étranger revient évidemment à celui qui soutient cet argument.

H) *Montant excessif des condamnations*

192 Les difficultés ayant trait à l'exécution éventuelle de jugements portant condamnation à des dommages et intérêts punitifs ou considérés comme «excessifs» ont préoccupé les deux Commissions spéciales de juin 1994 et de juin 1996. La question a été abordée de manière approfondie au cours des débats de la Commission spéciale de 1996. La délégation américaine, particulièrement concernée par ce type de jugements puisqu'ils émanent en grand nombre des juridictions de ce pays, compte tenu des particularités procédurales et judiciaires sur lesquelles il n'est pas nécessaire de revenir, a montré que la jurisprudence la plus récente, notamment de la Cour suprême, devrait permettre à l'avenir de diminuer considérablement les risques que de tels jugements puissent être rendus.

193 Toutefois, un nombre important d'experts ont préféré ne pas s'en tenir à cette vision optimiste de la question et ont suggéré que la future Convention prévienne une ou plusieurs dispositions précises à cet égard²⁰⁶.

²⁰⁵ Cf. doc. cité *supra* note 33, p. 22, No 36.

²⁰⁶ Conclusions de la Commission spéciale de juin 1996, doc. cité *supra*, note 38, p. 18, No 27.

194 Afin d'explorer les solutions possibles, il convient de différencier les trois hypothèses qui ont été expliquées, à la satisfaction de tous, par les experts de la Commission spéciale de juin 1996²⁰⁷.

1) Les jugements portant condamnation à des dommages et intérêts punitifs (*punitive damages*) dont la particularité est de ne pas être de nature compensatoire. Il serait possible d'exclure ces jugements purement et simplement du champ d'application de la Convention car, par nature, ils se rapprochent plus des jugements condamnant à des amendes même s'ils en diffèrent, puisque l'amende est payée à l'Etat alors que les dommages et intérêts punitifs sont payables à la partie qui a gagné la procédure. Souvent, cette exclusion totale des jugements condamnant à des dommages et intérêts punitifs sera délicate à mettre en oeuvre, car ces jugements peuvent porter d'autres condamnations qui, elles, pourraient ne pas se heurter aux mêmes difficultés que la partie du jugement portant condamnation à des dommages et intérêts punitifs. Il suffirait alors que la Convention permette au juge requis, dans ce cas, à titre exceptionnel, de n'accorder l'exécution au jugement étranger que de manière partielle. Cela serait à rapprocher de la solution admise en matière de contrariété à l'ordre public qui, lorsque les divers chefs du jugement sont séparables, permet de ne pas mettre à exécution le ou les chefs contraires à l'ordre public substantiel, tout en laissant exécuter sur le territoire de l'Etat requis les autres chefs du jugement.

2) La deuxième catégorie inclut les jugements condamnant à des dommages et intérêts multiples (par exemple dans les litiges *anti-trust* aux Etats-Unis). Ces dommages et intérêts multiples sont calculés sur la base d'un coefficient multiplicateur par rapport aux dommages et intérêts initiaux de nature compensatoire prononcés en faveur de l'autre partie au litige. Il convient de remarquer que, comme les dommages et intérêts punitifs de la première catégorie, les dommages et intérêts multiples n'ont pas une nature compensatoire, mais sont destinés à prévenir des comportements futurs de la partie condamnée. La solution d'exécution partielle proposée pour la première catégorie peut s'appliquer encore plus facilement dans le cas des dommages et intérêts multiples puisque, en général, on connaît le montant des dommages et intérêts de base sur lequel est appliqué le coefficient multiplicateur. Il suffit alors au juge requis de ne donner son accord à l'exécution que pour la partie des dommages et intérêts de base.

3) En ce qui concerne tous les autres jugements condamnant à des dommages et intérêts considérés comme «excessifs», la solution proposée ci-dessus n'est pas directement applicable, puisque ces dommages et intérêts sont par nature compensatoires, mais qu'ils ne sont considérés comme excessifs que par le tribunal requis ou des tribunaux tiers à celui qui les a prononcés. Si la Convention devait proposer une règle particulière à l'égard de ces décisions, il conviendrait d'abord de préciser ce que l'on doit entendre par «dommages et intérêts excessifs». En effet, il nous paraît important de ne pas laisser le juge requis entièrement libre de définir cette notion, pour lui-même, selon ses propres critères. Une définition possible consisterait à dire que sont excessifs par rapport au tribunal requis les dommages et intérêts qui sont sans commune mesure avec les risques généralement évalués par les compagnies d'assurance locales pour calculer les primes d'assurance lorsque le jugement porte sur une matière tombant dans un domaine assurable, ou si l'exécution de ces dommages et intérêts entraînerait pour la partie qui doit les exécuter une procédure collective telle que faillite ou procédure analogue²⁰⁸. Pour ces jugements, la Commission spéciale de juin 1996 avait également souligné l'intérêt d'étudier l'insertion d'une disposition similaire à celle qui avait été proposée dans le projet de traité bilatéral entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis en son article 8A²⁰⁹.

SECTION 4 – PROCÉDURE

²⁰⁷ Doc. cité *supra* note 38, p. 18, No 23.

²⁰⁸ On peut évidemment discuter du point de savoir s'il est excessif de conduire à la faillite une personne en raison d'une condamnation ou s'il s'agit simplement d'un événement normal de la vie des affaires.

²⁰⁹ En annexe V au présent Rapport est reproduit l'extrait pertinent de ce texte.

195 Dans le cadre d'une Convention mondiale, double ou mixte, il peut paraître difficile de prévoir une procédure simplifiée²¹⁰ pour l'exécution des décisions. Toutefois, quelques principes peuvent être prévus. Si l'effet que l'on veut donner à la décision étrangère n'est pas l'exécution forcée mais tous les autres effets (de fait, de titre, de preuve et reconnaissance), la compétence pour ce faire doit être donnée au juge statuant sur le litige au cours duquel se pose la question de l'effet du jugement étranger. En revanche, si l'effet recherché est l'exécution forcée, un juge spécialement désigné doit recevoir compétence pour prononcer soit l'exequatur dans les pays qui connaissent une telle procédure, soit l'action sur le jugement, soit l'enregistrement pour les autres. Il serait bon que la Convention désigne nommément la juridiction compétente dans chaque Etat contractant. Ce pourrait être fait sous forme de déclaration au moment de la signature ou de la ratification de la Convention. Cette déclaration pourrait également contenir la nature des voies de recours ouvertes dans l'Etat ainsi que les juridictions compétentes pour statuer sur ces voies de recours²¹¹.

196 Il a été suggéré que la Convention prévoie le délai maximal dans lequel la procédure d'exécution doit se dérouler. Nous sommes, certes, sensibles à cet argument qui permettrait d'éviter de trop longues procédures d'exécution annihilant bien souvent l'intérêt de cette procédure. Le caractère «pédagogique» d'une telle disposition n'est pas non plus à négliger. Toutefois, à être trop sévère, la nouvelle Convention peut aussi manquer son but en incitant les Etats à ne pas la ratifier.

197 Il est fort possible que cette procédure soit unilatérale dans un premier temps. Le juge aurait alors l'obligation *ex officio* de vérifier l'existence du jugement, la compétence du juge étranger et la non contrariété à l'ordre public tant procédural que substantiel. Bien entendu, cette vérification *ex officio* pourrait s'en tenir à une vérification du «manifestement contraire».

198 Il convient également de prévoir une disposition pour l'action en inopposabilité, c'est-à-dire l'action intentée par la partie qui a perdu le procès à l'étranger ou un tiers. Cette action leur permet de ne pas laisser en suspens une situation juridique qui peut leur être préjudiciable et de tenter de bloquer les effets du jugement. Cette action, procéduralement inverse de celle d'un exequatur, suit les mêmes critères de contrôle que ceux utilisés pour l'exequatur. Cette action est très utile et la Convention ne devrait pas l'exclure. Cependant, pour les pays qui ne connaissent pas une telle action, il serait certainement difficile de leur demander d'instituer cette action nouvelle pour la mise en oeuvre de la Convention. La disposition conventionnelle pourrait simplement prévoir que cette action en inopposabilité est possible à condition que le droit de l'Etat requis la connaisse. Il conviendra alors de prévoir quel sera le sort de cette décision en inopposabilité dans les autres pays de la Convention. Deux positions à cet égard peuvent être prises: 1) on peut considérer que cette décision ne sera valable que dans le pays dans lequel elle a été rendue; 2) on peut également penser que cette décision puisse être reconnue dans les autres pays Parties à la Convention. Les avantages et inconvénients de chacune des deux branches de cette alternative sont bien connues. Dans le premier cas, le jugement étranger pourra continuer à développer ses effets dans tous les pays de la Convention sauf dans ceux où il aura été déclaré inopposable. Dans le deuxième cas, il y aura une meilleure uniformité de résultats mais l'inconvénient majeur est que la partie qui aura été la plus rapide et aura obtenu une décision d'inopposabilité dans un pays (qui pourrait d'ailleurs n'avoir aucun lien avec le litige ni les parties) empêcherait à ce moment-là le jugement d'avoir un quelconque effet dans tous les autres pays. Nous pensons que seule la première solution est conforme à une harmonie des relations privées internationales.

199 Il serait fort utile que la Convention prévoie les voies de recours à l'encontre des décisions d'exequatur ou décisions rendues sur le jugement ou des mesures d'enregistrement. La Convention pourrait donner une liste des juridictions devant lesquelles les voies de recours peuvent être portées. Cette liste sera mise à jour au fur et à mesure des déclarations des Etats Parties. Comme pour la procédure d'exequatur elle-même, les procédures sur voies de recours pourraient également être assorties d'un délai connu de tous. Toutefois, force est de reconnaître que tout ceci alourdirait sensiblement la Convention. On pourrait alors envisager qu'à l'occasion de cette Convention soit mis au point un manuel pratique détaillé des procédures d'exequatur

²¹⁰ Les Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 parlent de procédure «expéditive»; *cf.* doc. cité *supra*, note 33, p. 24, No 38.

²¹¹ Doc. cité *supra*, note 33, p. 24, No 39.

dans les différents Etats contractants. L'intérêt d'un tel manuel ne serait évident que si une très large diffusion lui est donnée par l'intermédiaire des associations internationales de barreaux et éventuellement des associations professionnelles et de consommateurs.

CHAPITRE IV – INTERPRÉTATION DE LA CONVENTION ET SUIVI DE LA MISE EN ŒUVRE

SECTION 1 – INTERPRÉTATION UNIFORME

200 On peut penser qu'une interprétation uniforme de la Convention est souhaitable²¹². Pour ce faire, un assez large éventail d'options existe qui va de la simple collecte systématique des décisions des juridictions des Etats Parties et de leur diffusion, à la préparation d'opinions ou avis interprétatifs généraux et à l'organisation d'une juridiction internationale chargée de donner des interprétations obligatoires. Bien entendu, les Etats Parties n'auront pas à leur disposition une juridiction telle la Cour de Justice des Communautés européennes pour la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968²¹³. Toutefois, on pourrait imaginer de constituer des panels interprétatifs *ad hoc*, au fur et à mesure des questions qui seraient rencontrées dans la pratique. L'idée serait la suivante:

- 1) Chaque Etat ratifiant la Convention désignerait deux experts, parfaitement au fait des questions tant théoriques que pratiques de compétence juridictionnelle internationale et d'exécution des jugements, ainsi que, plus généralement, de procédures civiles et commerciales, pour faire partie d'une liste d'experts détenue par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye en cas de nécessité de réunion d'un panel interprétatif.
- 2) Lorsqu'une juridiction d'un Etat Partie à la Convention rencontrerait une difficulté d'interprétation, elle adresserait sa question au Bureau Permanent.
- 3) Dans un délai relativement bref, à déterminer, le Bureau Permanent et/ou les parties seraient chargées de constituer un panel interprétatif de trois experts.
- 4) La constitution de ce panel suivrait des règles prédéterminées (notamment il devrait être décidé d'avance si un expert désigné par le pays d'où émane la juridiction qui a posé la question en interprétation pourrait ou devrait faire partie du panel ou, au contraire, devrait en être exclu).
- 5) Les membres du panel recevraient la question en interprétation et pourraient, s'ils le jugent utile, se réunir à La Haye dans les locaux du Bureau Permanent.
- 6) Les parties au litige seraient entendues sous une forme prédéterminée (par exemple, uniquement par écrit pour éviter des délais trop longs).
- 7) Les membres du panel ne recevraient aucune rémunération spécifique pour ce travail, mais leurs frais seraient intégralement couverts par une portion du budget du Bureau Permanent qui serait attribué spécialement à cet effet.

201 Si une telle idée était retenue, il conviendrait de s'interroger sur le sort des interprétations données par ces panels, non seulement par rapport à la juridiction qui a posé la question en interprétation, mais également par rapport à toutes les autres juridictions des Etats Parties qui pourraient se trouver, à l'avenir, dans des cas identiques, confrontées à une même question. Bien entendu, l'efficacité de l'utilisation des ressources financières prévues à cet effet militerait en faveur d'une application obligatoire de ces interprétations non seulement par la juridiction qui a posé la question en interprétation, mais également par toutes les juridictions des Etats Parties. Les avantages et les inconvénients d'une telle conséquence devront être plus amplement discutés.

SECTION 2 – SUIVI DE LA MISE EN ŒUVRE

²¹² Cf. Conclusions de la Commission spéciale de juin 1996, doc. cité *supra* note 38, p.16, No 20.

²¹³ Pour justifier en partie l'idée selon laquelle la future Convention pourrait s'inspirer des Conventions de Bruxelles et de Lugano, le Bureau Permanent avait insisté sur l'aide fort utile de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes y compris pour la Convention de Lugano grâce à son Protocole No 2 incitant les tribunaux des Etats contractants à tenir «dûment compte» de cette jurisprudence, cf. *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, p. 236, No 16.

202 Le suivi de la mise en œuvre de la future Convention pourrait être effectué au cours de Commissions spéciales réunies périodiquement, ainsi que le Bureau Permanent en a organisées, avec succès, pour d'autres Conventions de La Haye.

203 La particularité de la future Convention c'est qu'elle ne prévoit pas d'Autorités centrales et que les délégués habituellement envoyés par les Etats pour participer à ces Commissions spéciales de suivi n'auront pas forcément une connaissance concrète de la mise en œuvre de la Convention dans leur juridiction. C'est pourquoi il est suggéré ici que les Commissions spéciales de suivi de la future Convention soient organisées avec des juges en activité. On pourrait imaginer que ces Commissions spéciales soient préparées au niveau national par des séminaires de juges au cours desquels la synthèse de la pratique nationale pourrait être faite, synthèse qui serait ensuite présentée au cours de la Commission spéciale de suivi par un délégué de ces séminaires de juges.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION RESOLUTION

HELSINKI, AUGUST 1996

**PROVISIONAL AND PROTECTIVE MEASURES
IN INTERNATIONAL LITIGATION**

* * *

RÉSOLUTION DE L'ASSOCIATION DE DROIT INTERNATIONAL

HELSINKI, AOÛT 1996

**MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES DANS
LE CONTENTIEUX PRIVÉ INTERNATIONAL**

(traduction)

JUDICIAL REGULATION OF IMPROPER FORUM SELECTIONS

*Lecture given by Catherine Kessedjian to the Sokol Colloquium
at Charlottesville, Virginia (USA) 1996*

* * *

CONTRÔLE JUDICIAIRE DES ÉLECTIONS DE FOR INAPPROPRIÉES

*traduction française d'une communication donnée par Catherine Kessedjian au Sokol Colloquium
Charlottesville, Virginie (USA) 1996*

«Aucun système n'est viable qui ne s'en remet finalement à l'honnêteté intellectuelle du juge»²¹⁵

L'idée qu'une élection de for puisse être «inappropriée» comporte presque une connotation morale, même s'il paraît étrange, à la fin du vingtième siècle, d'entendre formuler un tel jugement quand la plupart des théoriciens du droit, du moins en France, se félicitent de la dichotomie admise de nos jours entre les règles morales et les normes juridiques. En dépit de cette tendance doctrinale bien établie, il convient de s'interroger sur la frontière entre ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas, surtout si l'on considère que les règles à appliquer aux procès internationaux servent essentiellement, non pas tant à cerner le domaine respectif de chaque pouvoir souverain, mais à dégager la solution juste par rapport à une relation particulière²¹⁶. De fait, la règle de droit a pour fonction de réguler les comportements au sein d'une collectivité d'êtres humains. Les juristes ne doivent jamais oublier que, ce qui compte réellement, c'est de «construire l'humain»²¹⁷. La règle de droit ne doit jamais s'écarter des objectifs éthiques²¹⁸, même si, dans un monde idéal où chaque être humain se comporterait selon la morale et l'éthique, la règle de droit deviendrait superflue²¹⁹.

Gardant ces idées présentes à l'esprit, à propos du problème des élections de for inappropriées dans les procès internationaux, j'essaierai de répondre à trois questions: 1) Qui est habilité à décider si un for élu par les parties ou par l'une d'entre elles est ou non un for approprié? 2) Où trouver les principes juridiques sur lesquels reposera la décision, dans le droit international ou dans le droit interne? 3) Comment ces principes jouent-ils dans la pratique?

I Qui est habilité à décider?

La réponse à cette question ressort du titre donné à la session à laquelle le présent texte est destiné: «Contrôle judiciaire». Cependant, même si les organisateurs de la conférence n'avaient pas soigneusement choisi un titre pédagogique, il aurait fait peu de doute qu'en définitive la personne investie du pouvoir ou de la fonction de tracer la limite entre ce qui est approprié et ce qui est inapproprié est le juge²²⁰. L'un de mes collègues français les plus estimés, le regretté Dominique Holleaux, a exprimé cette idée de façon frappante. En définitive, a-t-il dit en substance, la réalité et l'efficacité de la règle de droit ne se manifestent que dans le processus judiciaire, en présence d'un litige concret. En outre, tant qu'un juge n'a pas examiné

²¹⁴ Les organisateurs de cette conférence ont exprimé l'idée que «l'élection de for» s'appliquait aussi bien au choix d'un tribunal national qu'à l'arbitrage. Dans le présent document des exemples ont donc été tirés des deux domaines, bien que parfois les analogies entre les deux options puissent être trompeuses, notamment en raison des politiques différentes sur lesquelles reposent les deux modes de règlement des litiges.

²¹⁵ Commentaire de H. Batiffol, arrêt du 12 mai 1969 (Bisbal), Cass. civ. 1^{ère}, 49 *Rev. crit. dr. int. pr.* 61, 66 (1960) (Fr.).

²¹⁶ Voir René David, «The International Unification of International Law», dans *International Encyclopedia of Comparative Law II-5*, 45 (René David ed., 1972).

²¹⁷ Cette formule est de Paul Ricœur, *Le Juste* (1995).

²¹⁸ Il est intéressant de constater qu'une nouvelle tendance prend corps en France à la suite de plusieurs décisions rendues par la Cour de cassation dans le domaine du droit des contrats commerciaux. Jean Léonnet, Conseiller à la Cour de cassation, en tire la conclusion suivante: «Ainsi ... le droit du contrat n'apparaît plus comme une donnée abstraite éloignée des données économiques et morales. La loi des parties n'ignore plus, du moins sous le regard du juge, les concepts éthiques. Et contrairement à ce que certains pourraient craindre, la sécurité juridique des contractants ne peut qu'en sortir renforcée.» «Ethique des affaires et droit des contrats» in *Dalloz Affaires* 57, 59 (No 3 1995).

²¹⁹ C'est là un des premiers grands enseignements que Jean Carbonnier a dispensé à ses étudiants et qui est reflété dans tous ses écrits.

²²⁰ Ce qui est conforme au renforcement général du contrôle judiciaire de la procédure. Voir Mauro Cappelletti & Bryant G. Garth, «Introduction-Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure», dans *International Encyclopedia of Comparative Laws XVI-1* (Mauro Cappelletti ed., 1987).

le contrat entre les parties, celles-ci n'ont jamais la certitude que les clauses dudit contrat résisteront à l'examen judiciaire.

On ne saurait nier pour autant que le législateur joue un rôle lorsqu'il s'agit de définir les conditions dans lesquelles une élection de for est mal venue. Il le fait rarement sous l'angle de l'impropriété; au contraire, il définit ces conditions dans un cadre plus général et plus positif. Ce cadre devra être observé par le juge et sa marge de manœuvre dépendra surtout des pouvoirs qu'un système juridique donné accorde à ses tribunaux. Le contrôle des élections de for inappropriées est donc intimement lié à la conception que l'on se fait du pouvoir judiciaire. C'est là que l'on voit d'ordinaire l'une des différences majeures entre les systèmes romano-germaniques et ceux de *common law*. Dans les systèmes de *common law*, le juge est considéré comme étant véritablement chargé de créer la règle de droit et comme ayant l'obligation de déterminer si, et dans quelle mesure, une règle de droit convient dans un cas d'espèce. Le juge de *common law* jouit donc d'une large liberté²²¹. Dans les systèmes de droit civil la question a fait jusqu'à maintenant l'objet de débats animés²²². Il est vrai que le droit positif français fournit de nombreux exemples de l'automatisme de la règle de droit, tout particulièrement lorsque les tribunaux s'occupent de compétence internationale. Si le critère fourni par la règle de compétence conduit à une solution qui s'inscrit dans les limites du territoire français, un juge français n'aura de prime abord aucune possibilité de décliner la compétence. Il y a cependant lieu de noter que personne n'a jamais saisi la Cour de cassation du problème, ce qui en a empêché l'examen par la plus haute instance judiciaire française²²³.

Nous nous trouvons entre deux extrêmes. Les juges ont le pouvoir de créer la règle de droit dans chaque espèce, même dans les systèmes de droit civil²²⁴. Toutefois, dans de tels systèmes, le cadre législatif dans lequel le juge est appelé à rendre sa décision est plus large et plus précis que dans les systèmes de *common law*, ce qui favorise la prévisibilité, fût-ce au détriment d'une plus grande souplesse. Pour reprendre les termes de M. Pierre Drai, Premier Président de la Cour de cassation française, dans son discours d'ouverture de l'année judiciaire 1995:²²⁵ le juge a le pouvoir de gérer, d'adapter et, s'il le faut, de créer la règle de droit²²⁶. Dans les systèmes de droit civil, on doit faire plus largement confiance aux capacités des juges. Pour cela il faut peut-être mieux les former²²⁷, en particulier dans le domaine du droit

²²¹ Par exemple, l'application de l'Instruction (*Order*) 11 des Règles de la Cour suprême au Royaume-Uni est tempérée par l'obligation judiciaire de décider si la demande est de celles qui autorisent une assignation. Voir par exemple *Société commerciale de réassurance c. Eras (International) Ltd.*, [1992] 2 All ER 82.

²²² On trouvera un exemple instructif des restrictions imposées au pouvoir judiciaire dans Hélène Gaudemet-Tallon, France, *Declining Jurisdiction in Private International Law* 175, 175 (J.J. Fawcett ed., 1995).

²²³ Commentaire de P. Courbe, arrêt du 31 janvier 1995 (*Société Guy Couach Plascoa c. Martabano*), Cass. civ. 1^{re}, 1995, *Recueil Dalloz*, Section jurisprudence 471 (Fr.). La Cour a appliqué automatiquement le privilège juridictionnel de l'article 14 du Code civil français sans avoir à faire intervenir le *forum non conveniens*.

²²⁴ Deux exemples illustrent cette affirmation. En 1966, la Cour de cassation française n'a pas hésité à décider *contra legem* que, dans le commerce international, l'Etat français a le pouvoir de signer (et d'être lié par) une clause arbitrale même s'il lui est interdit de le faire en droit interne. Voir commentaire B. Goldman, arrêt du 2 mai 1966 (*Trésor public c. Galakis*), Cass. civ. 1^{ère}, 56 *RCDIP* 553 (1967) 93 *Journal du droit international [JDI]* 648 (1966), commentaire de P. Level; 1966 *Recueil Dalloz* 575 commentaire de J. Robert (Fr.). Il convient aussi de noter que, bien qu'il soit courant de dire que la théorie du *forum non conveniens* est étrangère au système français, la Cour d'appel de Paris a en fait refusé de donner suite à une demande de mesures conservatoires au titre de l'article 24 de la Convention de Bruxelles, au motif que le tribunal italien était mieux placé pour se prononcer à son sujet. Commentaire critique de A. Huet, arrêt du 17 novembre 1987 (*Menegatti c. Metallurgica Nava Stephano e Giuseppina*), Cour d'appel de Paris, 116 *JDI* 96 (1989).

²²⁵ La traduction en anglais dans le texte original de la communication est celle de l'auteur.

²²⁶ On peut soutenir qu'un juge ne «crée» jamais réellement, *stricto sensu*, la règle de droit mais qu'il la met au jour puisqu'à tout moment la règle de droit est préexistante à la décision du juge.

²²⁷ André Potocki a apporté une contribution intéressante aux *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 459, sous le titre «La formation des magistrats (plaidoyer pour une ouverture)».

international privé, pour leur donner les moyens de se pénétrer du caractère toujours plus complexe et plus tortueux du procès transfrontière²²⁸.

De toute manière il n'appartient pas au juge d'un seul pays, opérant isolément et de façon unilatérale par rapport à ses homologues d'autres Etats, de réguler les élections de for internationales. Cela vaut en particulier pour le *forum non conveniens*, les injonctions de ne pas agir en justice, la litispendance et, à un moindre degré, la connexité. Les juges doivent commencer à communiquer les uns avec les autres au-delà des frontières²²⁹. A l'évidence, ils pourront le faire à cinq conditions au moins: 1) Dans chaque pays il conviendra de mettre en place une série de tribunaux spécialisés (en première instance et en appel) qui y seront chargés des procès transfrontières²³⁰; 2) Les juges affectés à ces tribunaux devront avoir été spécialement formés au droit international, public et privé, et se perfectionner périodiquement en participant à des sessions communes avec leurs homologues étrangers; 3) En outre ils devront parler plusieurs langues en plus de la leur²³¹; 4) Ils devront avoir accès à une documentation sur les législations étrangères en plus des documents internationaux d'usage courant; 5) Ils devront disposer de modes de communication transnationale faciles à utiliser et bon marché.

La Conférence de La Haye de droit international privé a déjà pris des mesures novatrices pour atteindre ces objectifs. La Convention sur la protection des enfants²³², propose un mécanisme²³³ par lequel un juge compétent pour se prononcer dans un cas d'espèce demanderait et obtiendrait la coopération d'un juge étranger considéré par lui comme étant mieux à même d'évaluer l'intérêt de l'enfant. Ce genre de mécanisme est certainement rendu nécessaire pour aboutir dans l'avenir à une meilleure administration de la justice. Cela est vrai quelle que soit la source de droit, ce qui sera la seconde question abordée ci-après.

II Où le juge trouve-t-il les principes juridiques?

Lorsqu'on parle d'un for international qui convient ou ne convient pas, on peut se demander si le droit interne est la seule source de droit à laquelle les juges doivent puiser des principes d'orientation. En fait il y a lieu de se demander d'emblée s'il ne faudrait pas rechercher cette orientation du côté du droit international?

²²⁸ Ce n'est pas ici le lieu de proposer de nouvelles idées pour parvenir à cet objectif. Il existe des possibilités d'accroître l'efficacité des juges et les Etats devraient commencer à allouer des crédits à cette fin, vraisemblablement en opérant en commun sous la couverture de l'une des organisations intergouvernementales compétentes en matière de droit international privé.

²²⁹ Une initiative dans ce sens peut être illustrée par la Convention signée le 5 septembre 1995 entre les Cours suprêmes française et marocaine. Rapport de la Cour de cassation 1995, *La documentation française* 63 (1996).

²³⁰ Dans un monde idéal chaque juge devrait avoir reçu une formation adéquate en droit international privé pour être à même de traiter de ces questions sans qu'il soit besoin de créer des tribunaux spécialisés. Tant qu'il n'en sera pas ainsi il est préférable de limiter nos ambitions. Toutefois, il n'est pas forcément nécessaire de créer de nouveaux tribunaux qui constitueraient une charge excessive pour les contribuables. On pourrait assez facilement nommer ou constituer une «chambre internationale» spéciale dans les tribunaux existants. Il n'est pas indispensable que tous les tribunaux disposent d'une chambre internationale. En fait il pourrait suffire qu'un nombre limité de tribunaux soient spécialement désignés à cette fin. Etre obligé de plaider devant une de ces quelques juridictions ne serait pas une charge trop lourde pour les parties, puisque de toute façon les litiges sont déjà complexes et transnationaux. Le transfert à ces tribunaux spécialement désignés serait effectué par le système judiciaire sans qu'il en résulte de frais supplémentaires pour les parties. Cette solution peut toutefois présenter des difficultés en matière de droit de la famille et nécessitera certaines adaptations.

²³¹ Il est cependant possible que de nouveaux progrès technologiques permettent prochainement d'obtenir une traduction automatique par ordinateur, et d'obvier ainsi en grande partie aux difficultés linguistiques.

²³² Convention du 19 octobre 1996. concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants adoptée par la Dix-huitième session de la Conférence, Recueil p. 378.

²³³ Articles 8 et 9.

Poser cette question, ce n'est, une fois encore, que jauger le rapport entre droit international public et droit international privé²³⁴. L'espace fait ici défaut pour approfondir toutes les nuances de ce rapport. Qu'il suffise de rappeler quelques principes. La perception que l'on peut avoir de ce lien entre le droit international public et le droit international privé est encadrée par la définition de deux concepts, celui de «souveraineté» et celui od' «indépendance». Un troisième concept prête aussi à beaucoup de controverses et n'est pas sans incidence sur le débat; c'est celui d'un éventuel «ordre juridique international»²³⁵.

Le présent document partira du postulat hautement discutable²³⁶ qu'il existe un ordre juridique international supérieur aux Etats et qui limite la souveraineté et l'indépendance de ces derniers. Pour reprendre les termes de D. Anzilotti dans l'affaire du Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche: «l'Etat n'a au-dessus de soi aucune autre autorité, si ce n'est celle du droit international»²³⁷.

Le mot important dans le paragraphe qui précède est «limite». Le droit international (public ou privé) est un *Grenzrecht*, un droit des limites, a law of the limits²³⁸.

Ainsi, ce qu'il faut rechercher dans le droit international public, ce sont les limites qu'un Etat n'est pas autorisé à franchir lorsqu'il exerce sa compétence sur des personnes privées. D'aucuns estiment que la quête de tels principes directeurs est vaine²³⁹. Elle l'est certainement si l'on espère trouver des règles de compétence spécifiques dans le droit international public²⁴⁰. Cependant les principes généraux²⁴¹ du droit international fournissent bel et bien les limites dont on a besoin pour vérifier si l'élection d'un for est appropriée ou non. Parmi ces principes généraux il faut citer le principe de non discrimination et la nécessité de procédures équitables et non arbitraires²⁴². En outre, un procès équitable et non arbitraire pose d'emblée la question de la compétence. La non discrimination oblige un juge à ne pas traiter différemment un ressortissant du pays et un étranger. Pour finir, on peut dire qu'un principe d'économie

234 Cette dichotomie caractérise la pensée juridique en France et dans d'autres pays de droit civil.

235 Certains auteurs considèrent qu'il existe deux conceptions différentes de la souveraineté et de l'indépendance. L'une est «pré-légale» ou existe avant que l'Etat soit accepté comme membre de l'ordre juridique international, et l'autre survient après que l'Etat a été accepté. Voir par exemple, Bin Cheng, *La jurimétrie: sens et mesure de la souveraineté juridique et de la compétence nationale*, 118 *JDI* 579 (1991). Cheng part du postulat qu'un ordre juridique existe.

236 Le débat porte davantage sur la nature de ce qui fait un «système juridique», que sur celle du système juridique international. En fait, comme l'avait exprimé le regretté professeur Virally, le droit international existe; ce n'est pas une question d'opinion mais une question de fait. Toutefois le système juridique international n'a rien à voir avec ses cousins nationaux. Il est d'une nature différente, moins complète.

237 1931 *CPJI* (série A/B) No 41, 55, 57 (opinion individuelle). Cette idée semble être aussi à la base de l'ouvrage de Lawrence Collins «Foreign Relations and the Conflict of Laws», 6 *King's College L.J.* 20 (1995-96).

238 Une thèse de doctorat récemment soutenue devant l'Université de Paris I sous la direction de Pierre Mayer essaie de réhabiliter la théorie du *Grenzrecht*, qui inspire peu d'enthousiasme aux auteurs français. Bien que nous ne partagions pas entièrement les conclusions de cette thèse, nous approuvons cette tentative de réhabilitation. Voir Pascal de Vareilles-Sommières, *La compétence normative de l'Etat en matière de droit privé - Droit international public et droit international privé* - Thèse, Paris I, 1992, ronéo, p. 83 et s.

239 Pierre Mayer, «Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence» (pts 1, 2 et 3), 68 *RCDIP* 1 (1979), 68 *RCDIP* 349 (1979), 68 *RCDIP* 537 (1979).

240 Mayer suggère que le droit international public ne permet pas à un Etat d'autoriser ses tribunaux à se saisir d'une action qui n'a aucun «lien» significatif avec le for. 68 *RCDIP*, p. 22.

241 Il est difficile de définir un «principe général». On peut s'efforcer de le faire en s'appuyant sur l'étymologie. Un principe est une affirmation première, un commencement. Comme tel il ne saurait être démontré. Un principe est une fondation dont des règles ou des normes spécifiques de comportements humains peuvent être dérivés. «Général» signifie qu'il s'applique à toute une diversité d'objets. Voir à titre général Patrick Juillard, «Existe-t-il des principes généraux du droit international économique?», dans *l'Internationalité dans les institutions et le droit - Convergences et défis*, Etudes offertes à Alain Plantey 243 (1995).

242 Ces principes sont codifiés dans la Convention européenne des Droits de l'Homme.

procédurale fait son émergence, au moins à l'intérieur de l'Europe ou d'autres groupes régionaux de pays, avec pour corollaire la nécessité d'éviter des doubles saisines.

S'il entend respecter ces principes généraux, un juge doit constamment examiner les raisons pour lesquelles les parties ont élu un for particulier parmi ceux qui étaient potentiellement disponibles. Le juge ne doit pas oublier que son objectif est d'aboutir à la meilleure solution possible dans chaque espèce, en pesant tous les intérêts en jeu et sans perdre de vue que ce qui sert l'intérêt du défendeur peut être totalement injuste pour le demandeur et *vice versa*.

Cela étant, ce ne sera peut être pas sortir du sujet que de rappeler certaines des raisons pour lesquelles les parties souhaitent plaider dans un certain for et non dans d'autres ou recourir à l'arbitrage plutôt qu'aux juges nationaux. On peut dire que ces raisons constituent le commun dénominateur de l'activité procédurale des parties. Elles ne sont sans doute pas pertinentes dans chaque instance mais elles doivent être examinées à chaque fois. Elles ont trait à la nature des tribunaux et concernent les règles de procédure à suivre durant le procès, y compris celles qui se rapportent à la charge de la preuve et aux modes d'administration de la preuve, aux délais, aux frais et au droit matériel à appliquer en chaque espèce.

A ce sujet, certains auteurs soutiennent qu'un lien automatique entre la compétence pour prescrire et la compétence pour juger (suivant la terminologie proposée initialement par le Professeur von Mehren et adoptée dans le *Restatement (Third) Foreign Relations of the United States*²⁴³) tend à encourager le *forum shopping*. Il est vrai que la théorie de la *lex fori* laisse plus rapidement présager l'issue du procès pour ce qui est du conflit de lois. Toutefois, et malgré sa plus grande complexité, la dichotomie maintenue dans la loi française et dans celle de la plupart des pays européens entre les deux types de compétences n'empêche pas une partie de suivre le raisonnement du juge sur le conflit de lois et de parvenir ainsi à une certitude raisonnable sur la loi matérielle applicable²⁴⁴.

Dans le domaine arbitral, cette perspective ne pèse pas du même poids. Si les parties ne disent rien de la loi applicable à leur différend (normalement la loi du contrat), les arbitres jouissent d'une liberté presque totale pour choisir la loi, quelle qu'elle soit, qu'ils jugeront applicable en l'espèce, et ils sont normalement tenus de faire jouer les principes généraux du droit commercial international, les usages commerciaux et toute norme similaire, ce qui rend l'issue du problème de conflit de lois beaucoup moins prévisible²⁴⁵. En général les plaideurs ont recours à l'arbitrage pour les raisons suivantes: son caractère confidentiel (bien que la pratique moderne tende à se montrer moins stricte à cet égard); l'esprit de coopération (presqu'entièrement disparu aujourd'hui, l'arbitrage ayant souvent un caractère aussi agressif que l'action devant le juge national); la souplesse des diverses cultures représentées au sein du tribunal arbitral qui permettra peut être un aménagement plus facile des règles de procédure et des approches aux problèmes; la possibilité de choisir des personnes connaissant bien le métier ou la technique en cause; le fait que l'arbitrage règle habituellement la question en une seule fois, sans possibilité d'appel et avec peu de motifs pour contester la sentence; et un processus de reconnaissance et d'exécution très aisé grâce à la Convention de New York²⁴⁶, bien qu'en Europe les Conventions de Bruxelles et de Lugano²⁴⁷ donnent de meilleurs résultats pour les jugements que la Convention de New York pour les sentences arbitrales.

²⁴³ Voir *Restatement (Second) Foreign Relations Law of the United States*, partie IV, chapitres 1 et 2 (1987).

²⁴⁴ Cela est vrai dans une moindre mesure pour la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, 19 juin 1980, 19 *ILM* 1492 [appelé ci-après la Convention de Rome], qui laisse une certaine latitude au juge en dehors des présomptions définies par ses dispositions.

²⁴⁵ Voir, par exemple, le Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre internationale de commerce (CCI), art. 13(3)-13(5); Règlement arbitral de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, art. 33; UNCITRAL Model Law, art. 28.

²⁴⁶ Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 10 juin 1958, 21 *UST* 2517, 330 *Série des Traités des Nations Unies* 3 [appelée ci-après la Convention de New York].

²⁴⁷ Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 27 septembre 1968, 8 *ILM* 229 (1969) [appelée ci-après la Convention de Bruxelles]; Convention concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 16 septembre 1988, 28 *ILM* 620 (1989) [appelée ci-après la Convention de Lugano]. Chaque fois qu'un pays est admis comme nouvel Etat membre de l'Union européenne, il s'engage à signer et à ratifier la Convention de Bruxelles, ce qui est accompli au moyen d'une Convention d'adhésion. La Convention d'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède a été signée le 29 novembre 1996. Le processus

D'autre part le juge ne doit pas oublier que le demandeur mérite tout autant d'être protégé que le défendeur²⁴⁸. Dans les affaires complexes, concernant par exemple les atteintes à l'environnement ou les préjudices causés par des produits défectueux, l'intérêt du défendeur à ce que toutes les réclamations soient rassemblées devant une seule juridiction doit être pris en considération et confronté à l'intérêt de chaque victime à saisir son propre tribunal. Dans ces cas précis, la coopération judiciaire, au sens nouveau qu'on lui donne dans le présent document, peut être spécialement bénéfique pour chacun²⁴⁹. En fait les raisons qui ont été énumérées n'ont pas toutes la même pertinence dans chaque affaire. Certaines peuvent même n'avoir aucune légitimité. Ainsi le juge siégeant dans un pays serait bien avisé de s'entretenir avec son collègue, également compétent d'un autre pays, de manière à faire conjointement le tri des raisons qui sont légitimes et de celles qui ne le sont pas.

La conclusion de l'analyse qui précède est que le juge ne doit pas manquer de vérifier si l'élection de for convient ou non, en prenant en considération non seulement les limites fournies par les principes généraux du droit international, mais aussi les règles du droit international privé et les attentes des parties, afin que sa décision ait le plus de chances possibles d'être respectée par d'autres juges dans le monde entier.

III Comment les principes jouent-ils dans la pratique d'aujourd'hui et que faire à ce sujet?²⁵⁰

1 Lorsque l'élection de for est convenue d'avance par les parties

Il y a lieu de supposer que personne ne met en doute le principe que, lorsque les parties ont élu un for, qu'il s'agisse d'un tribunal national ou d'un tribunal arbitral, le juge doit veiller à ce que le choix des parties soit respecté. Cette notion est à ce point intégrée à la réflexion juridique que, selon la plupart des auteurs, le juge n'a d'autre solution que de respecter le choix des parties²⁵¹.

De toute évidence, le choix des parties connaît au moins deux limites:

de ratification devrait se dérouler en 1997 pour la plupart des Etats membres de l'Union européenne. La Convention de Bruxelles, telle qu'amendée par la Convention de Saint Sébastien (adhésion du Portugal et de l'Espagne) le 28 septembre 1995 est en vigueur dans dix Etats membres (seuls la Belgique et le Danemark ne l'ont pas encore ratifiée). La Convention de Lugano a été signée le 16 septembre 1988 entre les Pays de l'AELE et les Pays de la CEE. Le 28 septembre 1995 la Convention de Lugano était en vigueur dans tous les Pays de l'AELE, sauf l'Autriche, et dans tous les Etats membres de l'Union européenne, sauf la Belgique, le Danemark et la Grèce. Dans la suite du présent document il ne sera plus fait référence qu'à la Convention de Bruxelles à moins qu'une solution différente ne soit donnée par la Convention de Lugano, ce qui sera alors spécifié.

²⁴⁸ Pour une nouvelle façon de considérer les droits du demandeur, voir Droz, «Mémoire présenté au Comité français de droit international privé», Paris, *Travaux du Comité français de droit international privé* 97 (1993-1995).

²⁴⁹ Dans ces cas d'espèces complexes on pourrait aussi préconiser un nouveau type de compétence: un tribunal *ad hoc* serait formé, il serait composé d'un nombre impair de juges désignés conjointement par les pays dans lesquels les victimes et les défendeurs sont résidents permanents. Les juges ainsi désignés éliraient parmi eux un président. Toutes les demandes seraient concentrées devant ce tribunal, qui rendrait une décision définitive sur la responsabilité du ou des défendeurs. Chacun des pays participants s'engagerait à reconnaître cette décision. Le tribunal *ad hoc* se prononcerait sur la responsabilité du défendeur. En cas de responsabilité, le montant des dommages et intérêts dus à chacune des victimes serait alors fixé par les tribunaux locaux en fonction du niveau de vie du pays où elle réside et en fonction de ses besoins particuliers. Le pays où se trouve le défendeur ou la plus grande partie de ses avoirs s'engagerait aussi à reconnaître les jugements ainsi rendus. On peut se demander si une juridiction d'appel devrait être formée de la même manière afin que le défendeur bénéficie de la possibilité d'un second examen.

²⁵⁰ Voir de façon générale *Declining Jurisdiction in Private International Law* (J.J. Fawcett, ed., 1995). Cet excellent ouvrage donne une vue générale du droit dans dix-huit pays et contient un Rapport général remarquable.

²⁵¹ H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 8, p. 185 (citant l'opinion exprimée par Paul Lagarde dans son cours de La Haye suivant laquelle il n'y a pas incompatibilité entre les clauses attributives de compétence et le *forum non conveniens*).

a *Le consentement à ce choix doit être valablement exécuté*

D'ordinaire cette question prend la forme d'un échange de consentements à l'attribution de compétence. L'article 17 de la Convention de Bruxelles constitue un bon exemple d'une telle règle. En outre, la question peut être considérée comme concernant la légalité du choix. Là encore, la Convention de Bruxelles limite la liberté des parties dans certains domaines comme celui des contrats de travail²⁵², des transactions entre consommateurs²⁵³ et de l'assurance²⁵⁴. Pour ce qui est des contrats de travail la règle est différente dans la Convention de Lugano²⁵⁵. Pour finir, en certaines matières énumérées à l'article 16 de la Convention de Bruxelles, l'élection de for par les parties est entièrement prohibée.

En droit français il est clair que, si le juge conclut que les parties ont violé une règle de compétence obligatoire, il ne sera tenu aucun compte de la clause²⁵⁶. Cela signifie que, dans toutes les matières pour lesquelles les parties ne sont pas habilitées à disposer de leurs droits par voie d'accord (qui se situent typiquement hors du domaine commercial), la faculté de désigner le for leur est fermée. On ne sait pas très bien si la compétence doit être considérée comme obligatoire quand elle est liée au caractère de loi de police de la loi applicable. Il a été souligné que, si l'on répond à cette question par la négative, il ne serait que trop facile aux parties d'éviter l'application d'une loi de police en insérant une clause d'élection d'un for étranger ou une clause d'arbitrage²⁵⁷. Toutefois les juges et les arbitres ayant de plus en plus le pouvoir et l'obligation d'appliquer une loi de police étrangère, il est possible que ce risque s'atténue, ce qui permettrait de considérer la clause comme étant *a priori* valable. Il demeure un obstacle qu'un pays peut soulever au stade de la reconnaissance, afin de préserver son ordre public. Les Etats dont les lois de police ont été violées par un juge étranger ou par un tribunal arbitral pourraient ne tenir aucun compte du jugement ou de la sentence étrangère, ne serait-ce qu'en faisant jouer l'exception d'ordre public²⁵⁸.

b *L'intention des parties doit être claire, mais elle peut être tacite*

L'intention est tacite lorsque le défendeur ne conteste pas la compétence du juge. Là encore, la Convention de Bruxelles (article 18) fournit un bon exemple d'élection de for tacite que le juge n'est pas habilité à écarter.

En dehors de cette hypothèse, la liberté des parties est assez large. Elles peuvent élire un for sans lien avec le litige ni avec l'une ou l'autre d'entre elles. C'est du moins ce que permet le droit français²⁵⁹, bien que certains auteurs indiquent qu'un lien demeure nécessaire dans certains pays²⁶⁰. Indépendamment de la nécessité d'un lien, il convient de signaler un point laissé de côté par la plupart des commentateurs, à savoir le souci qu'inspire au juge élu le fait que son système judiciaire et les modestes moyens financés par le contribuable sont utilisés pour résoudre des litiges sans connexité avec le for. Mais il faut rappeler aussi

252 Art. 17, tel qu'amendé par la Convention de San Sebastian.

253 Art. 15.

254 Art. 21.

255 Art. 17 (5).

256 Arrêt du 17 décembre 1985 (*CSEE c. Sorelec*), Cass. civ. 1^{ère}, 75 *RCDIP* 537 (1986), commentaire de H. Gaudemet-Tallon (Fr.).

257 Voir B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* 565 (2^{ème} éd. 1992); voir aussi les débats de la conférence tenue à Dijon du 24 au 26 janvier 1996, *L'illécite dans le commerce international*, Paris, Litec, 1996.

258 Cette exception existe dans la plupart des systèmes juridiques, sinon dans tous. Elle est prévue dans la Convention de New York, voir ci-dessus note 30, en son article 5 (2)(b), et dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano, voir note 31 ci-dessus, art. 27.1. Toutefois la portée exacte de cette disposition n'a pas encore été entièrement élucidée, que ce soit par la Cour européenne de justice ou par les tribunaux nationaux.

259 Arrêt du 19 décembre 1978 (*Europa Carton c. Cifal*), Cass. com., 68 *RCDIP* 61 (1979), commentaire de A. Huet, 106 *JDI* 366 (1979), commentaire de H. Gaudemet-Tallon (Fr.).

260 On trouvera une analyse approfondie des différentes attitudes au sujet de la nécessité d'un lien dans Gabrielle Kaufmann-Kohler, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux* 130-44 (1980).

l'inverse: le déroulement des procès dans un pays y stimule l'activité économique (hôtels, fréquentation du bar local, etc.).

Malgré le principe ferme indiqué brièvement ci-dessus, lorsque les parties ont fait un choix préalable, une certaine marge peut être laissée à la décision du juge. On peut en fournir deux exemples.

a Lorsque des tiers sont en cause

Le caractère inapproprié du for élu lorsque les droits et obligations d'un tiers sont aussi en cause dans un procès donné apparaît de façon particulièrement flagrante lorsque le for retenu est un tribunal arbitral. En fait, l'essence même de l'arbitrage est de n'obliger que les signataires de la clause. En conséquence, si la présence d'un tiers qui n'a pas signé la clause est nécessaire pour un règlement satisfaisant, l'arbitrage sera un for inapproprié. La France s'est efforcée de surmonter cette difficulté en élargissant la clause compromissoire au-delà du champ des signataires initiaux dans certains cas précis, comme ceux qui font intervenir tout un groupe de sociétés²⁶¹. Il nous paraît que la jurisprudence française à cet égard n'est pas toujours convaincante et doit être considérée d'un œil critique et avec une certaine prudence.

Dans certains cas, en revanche, il peut être préférable de ne pas laisser se dérouler la procédure arbitrale et d'obliger les parties à soumettre leur affaire à un for différent. Il en serait ainsi dans l'hypothèse suivante. Primus et Secundus ont signé un contrat comportant une clause compromissoire. Le contrat concerne la vente des produits de Secundus à Primus, lequel revendra aux utilisateurs. L'un des produits étant défectueux, Tertius, client de Primus, attire Primus devant un tribunal compétent. Au moment même où l'action est entamée, Primus déclenche une procédure arbitrale contre Secundus, en soutenant que, quel que soit le résultat du procès intenté par Tertius, Secundus est tenu envers lui, Primus, au titre de la garantie. Secundus prie le tribunal arbitral de rejeter la demande au motif que le for qui convient est le tribunal de *common law* saisi de l'action de Tertius contre Primus.

Dans cette hypothèse particulière, le tribunal arbitral doit effectivement rejeter la demande et inviter Primus à citer Secundus pour qu'il participe à l'instance judiciaire ou prier Secundus d'intervenir volontairement dans cette instance²⁶². Il existe juridiquement deux raisons d'agir ainsi. La première se rattache à l'intention des parties. Il est douteux que lorsque Primus et Secundus ont conclu un contrat ils aient envisagé que leur clause compromissoire s'appliquerait aussi bien aux litiges directs qu'aux litiges indirects les opposant. En fait on est fondé à dire que les parties ne pouvaient avoir prévu que les litiges directs, abandonnant ainsi à un for différent toute action impliquant d'autres intérêts, tels que ceux de tiers. En l'occurrence une théorie analogue au «principe de préjudice»²⁶³ de John Stuart Mill s'appliquerait. La seconde raison tient à un principe général selon lequel les juges et les arbitres doivent viser à une bonne administration de la justice. Si l'on accepte que les deux réclamations soient soumises à des fora différents, appliquant des règles de procédure différentes, un système de divulgation des preuves (*discovery*) différent, la première réclamation étant jugée en l'absence de Secundus qui, en définitive, devra probablement supporter les conséquences du préjudice causé à Tertius, la procédure y relative pourra aboutir à une décision injuste pour Secundus. De fait, Secundus défendra peut-être sa cause autrement que Primus, ce dernier n'ayant pas, somme toute, de réel souci à se faire puisqu'il peut compter sur la garantie de Secundus.

La même solution devrait valoir si, au lieu d'une clause arbitrale, le contrat prévoyait la compétence d'un tribunal national. De fait, l'article 333 du nouveau Code de procédure civil français (NCP) dispose: «Le tiers mis en cause est tenu de procéder devant la juridiction saisie de la demande originaire, sans qu'il puisse décliner la compétence territoriale de cette juridiction, même en invoquant une clause attributive de

²⁶¹ Sur ce point et sur les approches différentes adoptées en France et en Suisse voir, de façon générale, Jean-François Poudret, «L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse», 122 *JDI* 893 (1995).

²⁶² La situation décrite est proche des faits de l'affaire *Donald c. Guns N'Roses Missouri Storm*, 1994 *RJQ* 1193, dans laquelle le tribunal a écarté la clause d'arbitrage et autorisé le défendeur dans l'action en garantie à plaider devant le tribunal saisi en premier par le tiers. On peut imaginer aussi que le tribunal arbitral surseoit à statuer au lieu de se dessaisir.

²⁶³ J. Stuart Mill, *On Liberty* 1389-40 (E.P. Dutton ed. 1890) («L'individu n'a pas à répondre de ses actions devant la société dans la mesure où elles ne concernent les intérêts de nul autre que lui ... quant aux actions préjudiciables à l'intérêt d'autrui, l'individu doit en répondre et peut être puni, socialement ou légalement»).

compétence»²⁶⁴. Dans une décision fort malencontreuse rendue il y a quelques années²⁶⁵, la Chambre commerciale²⁶⁶ de la Cour de cassation française a décidé que l'article 333 du NCPC ne s'applique pas dans le contentieux international. La Cour n'explique pas pourquoi elle a statué dans ce sens. Dans le commentaire, le Professeur Gaudemet-Tallon explique que la décision découle directement de celle qu'avait rendue la Première Chambre de la même Cour en 1985, suivant laquelle l'article 48 du NCPC ne s'applique pas aux litiges internationaux²⁶⁷. L'article 48 limite sévèrement le droit des parties d'inclure dans leur contrat une clause d'élection de for et le Professeur Gaudemet-Tallon considère que le libellé de l'article 333 en est la conséquence directe. Elle conclut que le fait d'affranchir les parties aux litiges internationaux des limites imposées par l'article 48 implique que l'article 333 n'est plus applicable à de tels litiges.

Comme on l'a vu dans les paragraphes qui précèdent, nous ne partageons pas la thèse du Professeur Gaudemet-Tallon. Il est certain que le texte de l'article 333 traduit la sorte de réticence que le législateur français a toujours manifestée à l'égard de l'élection de for par les parties. L'article 333 correspond à d'autres considérations, proches de celles qui ont été développées précédemment sur ce point en ce qui concerne les clauses arbitrales. L'une des plus fortes est que la justice sera mieux rendue si chacun se présente devant le même juge de manière que celui-ci puisse apporter une solution pleine et entière évitant ainsi l'éventualité de décisions conflictuelles.

Le même problème se pose à propos de l'article 6 (2) de la Convention de Bruxelles. La Cour européenne de Justice n'a pas encore eu l'occasion de trancher directement dans une affaire en se prononçant sur ce point. Toutefois, dans des affaires concernant l'article 17 de la Convention, la Cour a statué qu'une clause valable exclut le recours à la compétence dérivée de l'article 6²⁶⁸. Il n'en reste pas moins que la Cour a aussi précisé que l'un des principes sous-jacents de la Convention est de favoriser l'économie dans la procédure²⁶⁹. Il est donc peut être temps de réévaluer le recours à la compétence dérivée en présence d'une clause d'élection de for et de limiter cette clause aux litiges directs entre les signataires, à moins que l'intention desdits signataires n'ait clairement été que la clause s'applique aussi aux litiges indirects²⁷⁰.

b Quand les parties ne sont pas à égalité ou que l'une d'entre elles doit être protégée

C'est certainement ce que la Haute Cour d'Australie a voulu quand, en dépit d'une clause attributive de compétence obligeant à plaider à Athènes, elle a autorisé un médecin de Sydney à intenter une action contre une compagnie maritime grecque en Australie, en partant du principe que c'était en Australie que s'étaient manifestées les conséquences dommageables, même si elles résultaient d'un accident survenu à bord d'un navire de croisière grec en Grèce²⁷¹.

²⁶⁴ NCPC, art. 333.

²⁶⁵ Arrêt du 30 mars 1993 (*Comanov c. Seine-et-Rhône Océanides Réuniones*), Cass. com., 82 *RCDI* p. 680 (1993) commentaire de H. Gaudemet-Tallon (Fr.).

²⁶⁶ Il importe de noter que la Chambre habituellement appelée à se prononcer en matière de droit international privé est la Première Chambre de la Cour de cassation. Néanmoins, quand des affaires portent sur des litiges purement commerciaux, la Chambre commerciale a le pouvoir de trancher des questions de droit international privé. Dans les cas difficiles, cependant, la Chambre commerciale demande l'avis de la Première Chambre. On ignore si, dans ce cas particulier, cette procédure a été suivie, et donc si la solution retenue avait l'approbation de la Première Chambre. Apparemment la Première Chambre n'a jamais eu l'occasion de connaître de cette question. En 1989 elle a décidé que l'article 333 du NCPC ne s'appliquait pas dans l'affaire dont il s'agissait pour la seule raison que cette affaire devait être régie par la Convention de Bruxelles alors que celle-ci ne contient pas de disposition similaire. Voir de façon générale l'arrêt du 18 octobre 1989 (*Berlit Staudt c. l'Alsacienne*), Cass. civ. 1ère, extrait dans 118 *JDI* 155 (1991) (Fr.).

²⁶⁷ Voir la note 43 ci-dessus.

²⁶⁸ Arrêt du 14 décembre 1976 (*Estasis Salotti di Colzani c. RUWA Polstereimaschinen*), [1976] *ECR* 1831, point 7; arrêt du 14 décembre 1976 (*Segoura c. Rahim Bonakdarian*), [1976] *ECR* 1851, point 6; arrêt du 9 novembre 1978 (*Meeth c. Glacetal*), [1978] *ECR* 2133, point 5.

²⁶⁹ *Meeth c. Glacetal*, [1978] *ECR*, point 8.

²⁷⁰ Le Professeur Gaudemet-Tallon serait en faveur de renverser la présomption. Voir les Conventions de Bruxelles et de Lugano 172 (2ème éd. 1996).

²⁷¹ Voir à titre général *Oceanic Sun Line Special Shipping Co c. Fay*, [1988] 165 *CLR* 197 (Australie).

Certaines catégories de parties ne sont guère qualifiées pour élire d'avance un for en pleine connaissance de cause. Les consommateurs représentent une de ces catégories, les bénéficiaires d'assurances et les clients des banques, dans les opérations quotidiennes dites de pères de famille, en sont une autre. Les dispositions de la Convention de Bruxelles, dans ses sections 3 et 4, et l'approche adoptée par la Directive européenne sur les clauses abusives en matière de contrats de consommation²⁷², en vertu de quoi une clause arbitrale est réputée potentiellement inéquitable²⁷³, influent sur cette conclusion. Toutefois, même si aucune règle écrite semblable à celles que propose la Convention de Bruxelles n'existe dans un système déterminé, un juge doit toujours décider si le consentement à une clause attributive de compétence donné par la partie qui s'y oppose ultérieurement a été un consentement libre et éclairé. Cette considération s'applique à n'importe quel contrat. Elle est encore plus pertinente lorsque l'objet du contrat est aussi crucial pour les droits des parties que l'est la compétence.

2 Quand l'élection du for est le fait du seul demandeur

A supposer que le demandeur saisisse un tribunal ayant compétence en vertu de ses propres règles²⁷⁴, celui-ci peut néanmoins trouver des motifs pour se dessaisir de l'affaire. Il se peut qu'en même temps un juge étranger ait été requis d'empêcher le demandeur de poursuivre son action ou encore qu'il ait été saisi d'une action similaire ou connexe. La question est donc: que doivent faire les juges concernés? On trouvera ci-après un aperçu non exhaustif des théories qui peuvent être appliquées²⁷⁵.

a Hypothèse facile?: celle de la fraude

Il y a fraude sur la compétence lorsque le demandeur a manipulé les faits de la cause de manière à créer un lien artificiel avec le for qu'il entend saisir. On trouvera un bon exemple de cette théorie dans la décision française *Société Europe Aéro Service c. Société Garrett Corporation*²⁷⁶. Les faits étaient les suivants: une société suisse s'était chargée de l'exécution d'un contrat entre deux compagnies américaines qui ne comportait aucune clause attributive de compétence. Une action a été intentée peu après à l'étranger et la société suisse a subrogé dans les droits et obligations que lui attribuait le contrat une compagnie d'assurance française. Cette dernière a immédiatement entamé une procédure en France sur la base juridictionnelle de l'article 14 du Code civil français. La Cour de cassation a nettement précisé que, si la subrogation n'avait d'autre objet que d'attirer l'autre partie en dehors de sa juridiction «normale», les tribunaux français devaient décliner la compétence.

Le principe général de droit *fraus omnia corrumpit* s'applique à tous les systèmes juridiques et l'on peut dire qu'il fait partie des principes généraux que consacre également le droit international. Néanmoins il est toujours difficile de prouver la fraude dans les cas où elle est alléguée. Ainsi, bien qu'en théorie il soit facile de parler de fraude *prima facie*, il est malaisé de la mettre en lumière dans la pratique.

b Attentes légitimes des parties

²⁷² Au sujet des conditions inéquitables dans les contrats de consommation, voir à titre général la Directive du Conseil 93/12/CEE, 5 avril 1993, 1993 JO (L 95) 29.

²⁷³ La clause n'est pas automatiquement et en soi déclarée abusive, mais le juge a le pouvoir de la déclarer telle si elle n'a pas été négociée séparément et provoque un déséquilibre appréciable entre les droits et obligations contractuels des parties au détriment du consommateur. *Id.* art. 3.1.

²⁷⁴ Il ne peut pas ici y avoir d'arbitrage, le consentement des deux parties étant nécessaire à celui-ci.

²⁷⁵ L'étude des injonctions contre les actions en justice, traitée par d'autres participants à la Conférence, est ici laissée de côté. Ce genre d'injonction est inconnu des systèmes de droit civil. Toutefois d'autres méthodes indirectes pourraient être considérées comme visant à réaliser des objectifs équivalents. Par exemple un juge peut prendre en considération l'attitude d'une partie dans une procédure étrangère lorsqu'il se prononcera sur le fond. Dans un accord international tel que la Convention de Bruxelles, les injonctions contre les actions en justice peuvent être considérées comme un instrument propre à protéger l'effectivité des dispositions de compétence exclusive et protégée.

²⁷⁶ Arrêt du 21 novembre 1987 (*Europe Aéro Service c. Garrett*), Cass. civ. 1ère, 77 RCDIP 364 (1988) commentaire de G. Droz, 115 JDI 793 (1988) commentaire de E. Loquin (Fr.).

Même lorsqu'il n'y a pas de fraude, ou lorsque celle-ci ne peut être prouvée, la théorie des attentes légitimes des parties²⁷⁷ peut être invoquée par le juge pour décliner la compétence. L'hypothèse qui illustre le mieux cette théorie est la même que dans l'exemple que nous avons donné pour la théorie de la fraude, à savoir celui de deux compagnies étrangères ayant conclu un contrat sans clause attributive de compétence, l'une d'entre elles transférant le contrat à une société française. Au moment de conclure le contrat initial, les deux compagnies étrangères ne pouvaient avoir prévu qu'une société française y serait partie, ce qui permet à ladite société française de revendiquer le privilège de juridiction dont elle jouit en vertu des articles 14 et 15 du Code civil français. En conséquence un juge français devrait toujours décliner la compétence dans une telle espèce²⁷⁸. D'une manière générale, aucun fait se produisant après la formation du lien juridique ne devrait être invoqué pour créer une base de compétence qui n'existait pas initialement. Ce principe pourrait probablement être écarté si, et seulement si, la base de compétence était le domicile du défendeur, ce fait devant être apprécié au moment où l'action est intentée.

Ce principe s'applique-t-il dans des domaines non contractuels tels que celui de la responsabilité civile? Certains auteurs estiment que dans ce cas les attentes des parties ne doivent jouer aucun rôle²⁷⁹. Cela n'est pas toujours vrai. Au contraire il est des cas où les parties dans une affaire de responsabilité civile ont pu se forger certaines attentes relativement à la compétence au moment où elles se livraient à l'activité qui est à l'origine de l'action en justice.

c *Forum non conveniens*

On dit souvent que le *forum non conveniens* est une théorie que la Convention de Bruxelles ignore²⁸⁰. C'est exact si l'on s'en tient à la lettre des dispositions de la Convention. Toutefois, si l'on examine la jurisprudence de la Cour européenne de Justice, on peut se demander si celle-ci n'a pas appliqué une analyse analogue à celle du *forum non conveniens*, mais sans le dire expressément, un peu comme M. Jourdain, dans *Le bourgeois gentilhomme*, faisait de la prose sans le savoir. Si l'on considère les décisions rendues en application de l'article 5 (3) de la Convention de Bruxelles, il est tout à fait clair que la Cour a refusé de réitérer sa décision en l'affaire *Bier*²⁸¹, comme si elle entendait signifier par là que le choix complémentaire accordé à la victime en vertu de ladite décision était désormais inapproprié dans la plupart (sinon dans la totalité) des cas. Si l'on analyse la jurisprudence, il apparaît aussi que les tribunaux nationaux ont une certaine latitude pour juger inapproprié le choix fait par le demandeur en vertu de la nouvelle analyse de l'article 5 (3) de la Convention. Par suite une analyse sous l'angle du *forum non conveniens* ne doit pas être automatiquement écartée dans l'application de cette disposition.

On peut aussi soutenir que diverses autres dispositions de la Convention peuvent justifier une analyse dans l'optique du *forum non conveniens*. C'est ce qu'a fait la Cour européenne de Justice aux fins de l'application de l'article 6 (2) lorsqu'elle a décidé que le juge saisi à l'origine n'était pas tenu de donner suite à une action en garantie exercée contre un tiers, mais avait le pouvoir discrétionnaire d'en apprécier l'utilité et l'intérêt pratique. La Cour a également statué que le juge peut appliquer son droit national à cette fin sans nuire à l'efficacité ni aux objectifs de la Convention²⁸².

²⁷⁷ Cette expression ne signifie pas que les deux parties à un différend aient les mêmes attentes ou des attentes comparables. Elle signifie plutôt que, lorsqu'elles ont établi leur relation, les parties ont pu n'envisager que les faits et circonstances qui existaient à ce moment, avec les conséquences juridiques qu'on pouvait en attendre alors.

²⁷⁸ Georges Droz, «Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français», 64 *RCDIP* 1 (1975).

²⁷⁹ Commentaire de H. Gaudemet-Tallon, arrêt du 25 novembre 1986 (*Siaci c. Zim*), Cass. civ. 1ère, 76 *RCDIP* 396, 400 (1987) (Fr.).

²⁸⁰ Peter Schlosser, *Report on the Convention of October 9, 1978*, 1979 OJ (C 59) 71, 97; G. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun* 128-29 (1972); A. Huet, *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux*, 10 *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 581-D (2ème cahier) 36 (1988). Le Professeur Gaudemet-Tallon dit qu'il y a accord unanime sur ce point dans le «*forum non conveniens*», une menace pour la Convention de Bruxelles? (A propos de trois arrêts anglais récents), 80 *RCDIP* 491, 499 (1991).

²⁸¹ *Bier BV c. Mines de Potasse d'Alsace*, [1976] *ECR* 1735.

²⁸² Arrêt du 15 mai 1990 (*Kongress Agentur Hagen GmbH c. Zeehaghe BV*), [1990] *ECR* 1845. Voir aussi Peter North, «La liberté d'appréciation de la compétence (jurisdictional discretion) selon la Convention de Bruxelles», dans *Nouveaux itinéraires en droit, Hommages à François Rigaux* 373 (1993).

La Cour d'appel de Paris n'a pas agi autrement lorsqu'elle a appliqué l'article 24²⁸³. Sa décision a été vivement critiquée par les commentateurs, qui estiment non seulement que le *forum non conveniens* ne s'applique pas dans le cadre de la Convention de Bruxelles, mais encore qu'il est entièrement étranger au système juridique français. Nous avons déjà répondu à la première objection. Pour ce qui est de la seconde, il convient de souligner qu'en l'espèce le juge devait se prononcer sur la pertinence d'une mesure conservatoire. Le juge n'a pas seulement la faculté, il a aussi l'obligation d'examiner la requête de mesures conservatoires semblables faite par le demandeur. Il lui incombe de décider s'il vaut mieux que ces mesures conservatoires soient prises en France ou dans un autre pays. Qu'on appelle cela *forum non conveniens* ou autrement, il est donc clair que la Cour d'appel de Paris devait rendre une décision motivée sur le point de savoir si elle autorisait ou non de telles mesures conservatoires en France, alors que la plupart, sinon la totalité, des faits, des parties et des activités se situaient en Italie²⁸⁴.

Invoquer le *forum non conveniens* peut prendre du temps et s'avérer inefficace et décourageant pour les parties. Certaines peuvent aussi tenter d'abuser du système et retarder indûment la résolution finale du différend. Cela rend d'autant plus nécessaire que le juge joue un rôle actif dans cette analyse et travaille en union étroite avec son homologue étranger. Il faut aussi mettre au point un ensemble de principes clairs que les juges devront prendre en considération lorsqu'ils se prononcent sur le moyen tiré du *forum non conveniens*, de manière que l'issue soit plus prévisible pour les parties. Si l'on s'engage dans cette voie, on évitera beaucoup de frustrations, de dépenses et de retards.

d *Litispendance*

La façon dont la litispendance joue à présent n'est absolument pas satisfaisante, en particulier dans le cadre de la Convention de Bruxelles. En résumé, l'article 21 prévoit que le premier juge saisi a la priorité exclusive, si sa compétence est établie. A part le fait que l'appréciation de la notion de tribunal «premier saisi» est laissée aux droits nationaux des Etats membres, ce qui crée des complications supplémentaires, il est clair que cette règle incite une partie à un litige imminent à agir précipitamment, à négliger toutes les possibilités de mesures de conciliation qui auraient pu aboutir, et à intenter une action avant son adversaire afin de se trouver en position de demandeur et de bénéficier des choix ouverts par la Convention au seul demandeur. A vrai dire, en vertu de la Convention de Bruxelles, il est notoirement plus avantageux d'être demandeur que défendeur. Ce résultat devient encore plus surprenant quand on constate que l'article 21 ne fait aucune mention de l'exception de fraude. On pourrait répondre à cela que l'exception de fraude est un principe général de droit que l'on peut toujours mettre en oeuvre. Ce raisonnement est cependant douteux quant il s'agit de la Convention de Bruxelles, dont les négociateurs se sont donnés la peine d'inclure ladite exception dans un seul article²⁸⁵, ce qui place l'interprète dans une position inconfortable lorsqu'il doit envisager ce problème à propos de dispositions qui ne contiennent pas la référence pertinente.

Dans le droit international privé interne français, indépendamment de la Convention de Bruxelles, il a été établi qu'il n'existe aucun exemple d'acceptation d'un déclinatoire de compétence en faveur d'un tribunal étranger. Un problème supplémentaire tient au fait qu'un tribunal français ne peut décliner sa compétence en faveur d'un tribunal étranger s'il n'est pas convaincu que le jugement que rendra ce dernier sera reconnu en France. Cette condition, que la plupart des auteurs considèrent comme allant de soi, est assez déconcertante. En fait on admet universellement aujourd'hui que les jugements sont reconnus ou ne sont pas reconnus en fonction de leur valeur intrinsèque, c'est-à-dire pour ce qu'ils sont et non pour des raisons générales. Qui plus est, l'exception d'ordre public ne doit être appréciée qu'au moment de la reconnaissance. En conséquence, avant d'avoir vu le jugement lui-même, il est difficile d'être certain qu'il sera reconnu. Cela constitue donc presque une «condition impossible».

Pour pallier les inconvénients de la règle de la Convention de Bruxelles comme de la règle française de droit commun, une forme de raisonnement dérivée du *forum non conveniens* devrait être appliquée

²⁸³ Voir l'arrêt du 17 novembre 1987, note 13 ci-dessus.

²⁸⁴ En dehors de la France, l'article 429 c (2) du Code de procédure civile néerlandais autorise le juge à décliner la compétence si l'action n'est pas suffisamment liée à l'environnement légal des Pays-Bas. Voir aussi Peter Schlosser, «Einschränkung des Vermögensgerichtsstandes», 92/3 *IPRAX* 140. Pour une analyse détaillée du droit allemand voir H. Schack, *Germany*, dans *Declining Jurisdiction in Private International Law* 189 (J.J. Fawcett ed., 1995).

²⁸⁵ Voir l'article 6 (2).

également à la litispendance²⁸⁶. Là encore la décision de décliner ou de ne pas décliner la compétence doit être prise ensemble par les deux juges. Ceux-ci devront notamment examiner si le demandeur a soumis le litige au tribunal premier saisi avec une précipitation excessive. En pareil cas la meilleure solution serait probablement que le premier tribunal, et non le second, décline la compétence. Mais les juges devront aussi se livrer à une analyse pour déterminer lequel des deux tribunaux a le lien le plus fort avec le litige, apprécier les avantages et les inconvénients de la procédure dans les deux pays, et voir comment ils peuvent utiliser les moyens dont ils disposent. Le moment auquel les deux actions peuvent porter leurs fruits peut aussi être pris en considération, comme le prescrit l'article 9 de la loi suisse de droit international privé.

e Connexité

En soi le fait que deux actions sont connexes ne constitue pas une base de compétence en vertu de la Convention de Bruxelles²⁸⁷. En réalité l'article 22 n'a recours à la connexité qu'à titre d'exception, à peu près de la même façon qu'elle utilise la litispendance à l'article 21, bien que l'article 22 soit différent en ce sens que le juge saisi en second lieu n'est pas obligé de décliner la compétence. Cette approche est préférable à celle de l'article 21, pour la raison également que le risque de rendre des décisions inconciliables, cité comme l'un des critères d'appréciation du juge, est interprété libéralement par la Cour européenne²⁸⁸.

Le fait que la connexité ne constitue pas en soi une base suffisante de compétence directe est critiqué à juste titre par de nombreux auteurs en France²⁸⁹. En réalité, une fois bien définie et assortie de quelques restrictions préétablies à la liberté du juge, la connexité pourrait jouer un rôle utile dans le contrôle de l'élection d'un for inapproprié sur le plan international. Dans un sens la Convention de Bruxelles elle-même n'est pas entièrement étrangère à cette idée, puisque la connexité est une considération pertinente quand la compétence est établie en vertu de l'article 6 (1) pour lequel elle constitue un préalable²⁹⁰. Il suffirait de faire un pas de plus en partant toujours de l'hypothèse envisagée plus haut selon laquelle un juge déciderait de connaître du litige en accord complet avec ses homologues d'autres pays ayant un lien avec le litige, et ou une action connexe aurait été entamée ou serait sur le point de l'être.

f Théories de la reconnaissance et de l'exécution

Exercer le contrôle des élections de for abusives en limitant la reconnaissance et l'exécution constitue un moyen malencontreux, celui des faibles. De plus, il n'est pas satisfaisant du tout pour les parties à un litige, qui se sont donné la peine de plaider à fond leur affaire dans un pays, de découvrir pour finir que la décision rendue est un chiffon de papier. Cette solution est aussi tout à fait incompatible avec le libéralisme manifesté dans plusieurs pays, comme la France, en dehors même de la Convention de Bruxelles. En fait, depuis 1985²⁹¹, dans la mesure où un lien raisonnable entre le for étranger et le litige existe, le jugement rendu sera reconnu en France, à moins que la compétence n'ait été obtenue par fraude dans le pays d'origine ou n'aille à l'encontre d'une compétence exclusive française.

Il n'est certainement pas possible d'abolir complètement un contrôle *a posteriori* du caractère plus ou moins approprié de la base de compétence dans le pays d'origine. Ce contrôle doit néanmoins être limité aux cas

²⁸⁶ Pour un examen des deux théories, voir les cas cités dans Paul Beaumont, *Great Britain*, dans *Declining Jurisdiction in Private International Law* 207, 214 p. 29-31 (J.J. Fawcett ed., 1995).

²⁸⁷ Arrêt du 24 juin 1981 (*Elefanten Schuh c. Jacqmain*), [1981] ECR [67]; voir aussi l'arrêt du 18 octobre 1994 (*SBCN c. M.B. Marine Spa*), Cass. com., 84 RCDIP 721 (1995) commentaire de A. Sinay-Cytermann (Fr.).

²⁸⁸ Arrêt du 6 décembre 1994 (Tatry), [1995] ECR 229.

²⁸⁹ Voir à titre général commentaire de A. Sinay-Cytermann, arrêt du 18 octobre 1994 (SBCN), Cass. com., 84 RCDIP, 721, 730 (1995) (Fr.); commentaire de G. Droz, arrêt du 15 janvier 1987 (*Shenavaï c. Kreischer*), ECJ, 76 RCDIP 793, 804 (1987) (Fr.); L'article 51 du NCPC français prévoit que la connexité est un chef distinct et autonome de compétence directe.

²⁹⁰ Arrêt du 27 septembre 1988 (*Kalfelis c. Schroder*), [1988] ECR 5565.

²⁹¹ Arrêt du 6 février 1985 (*Fairhurst c. Simitch*), Cass. civ. 1ère, 74 RCDIP 369 (1985), 112 JDI 460 (1985) commentaire A. Huet (Fr.); Ph. Francescakis, *Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt "Simitch" de la Cour de cassation*, 74 RCDIP 243 (1985)

extrêmes et s'exercer uniquement lorsque toutes les mesures préventives de coopération et de coordination ont échoué.

QUESTIONNAIRE SUR LE DÉNI DE JUSTICE OU FOR DE NÉCESSITÉ

établi par Catherine Kessedjian

* * *

QUESTIONNAIRE ON THE DENIAL OF JUSTICE OR FORUM OF NECESSITY

drawn up by Catherine Kessedjian

Questionnaire sur le déni de justice ou for de nécessité

1 *Exposé*

Les circonstances factuelles des relations privées internationales peuvent entraîner des hypothèses dans lesquelles un juge est confronté à l'affirmation d'une partie selon laquelle un tribunal étranger, éventuellement compétent, est «impossible» à saisir ou bien, au contraire, qu'aucun tribunal compétent n'existe qui pourrait entendre la cause. Dans ces circonstances, le juge peut-il se déclarer compétent pour éviter un déni de justice potentiel?

2 *Questions*

2.1 Selon votre droit national, le for de nécessité destiné à éviter un déni de justice existe-t-il?

2.2 Si le for de nécessité existe, dans quelles circonstances concrètes est-il mis en application? Suffit-il de démontrer une impossibilité probable? La charge de la preuve est-elle au contraire plus stricte? La partie qui soutient la compétence de nécessité doit-elle démontrer que le tribunal étranger éventuellement compétent est matériellement impossible à saisir (trop éloigné, délai de justice trop long, coût prohibitif, ...?).

2.3 En plus d'une impossibilité matérielle, est-il admis que le for de nécessité puisse être appliqué en cas d'impossibilité «subjective» de saisir un juge étranger? Si tel est le cas, quels sont les éléments factuels à démontrer pour que cette «impossibilité subjective» soit reconnue?

2.4 Lorsqu'il s'interroge sur sa compétence au titre du for de nécessité, le juge prend-il en considération le lieu où le jugement rendu devra éventuellement être exécuté?

2.5 Si vous avez répondu affirmativement à la question 2.4, le juge renonce-t-il à se déclarer compétent en vertu du for de nécessité s'il est démontré que le jugement qu'il rendra ne pourra pas recevoir d'effet à l'étranger?

En plus des réponses au questionnaire ci-dessus, vous serait-il possible de communiquer au Bureau Permanent une copie des décisions de jurisprudence pertinentes ainsi qu'une copie des textes législatifs éventuellement applicables.

QUESTIONNAIRE SUR LA FICTIVITÉ DES PERSONNES MORALES

établi par Catherine Kessedjian

* * *

QUESTIONNAIRE ON THE MATTER OF FICTITIOUS CORPORATIONS

drawn up by Catherine Kessedjian

Questionnaire sur la fictivité des personnes morales

1 Exposé

Dans le cadre de l'acceptation éventuelle d'une règle de compétence juridictionnelle internationale prévoyant qu'une société-mère peut être atraite devant le tribunal de son établissement, sa succursale ou autre branche d'activité, à condition que le litige soit né des activités de cet établissement, succursale ou branche, il convient de savoir dans quelle condition une filiale, possédant une personnalité morale distincte, pourrait éventuellement être assimilée à un établissement, une succursale ou une branche.

Cette assimilation existe notamment si la filiale est «fictive». Mais il peut exister d'autres hypothèses dans lesquelles le droit national passe outre le voile de la personnalité morale. Par ailleurs, il est tout à fait possible que la notion de «fictivité» ne soit pas appliquée de la même manière dans les différents domaines du droit (faillite, droit de la responsabilité civile, transport maritime, etc...).

2 Questions

- 2.1 Dans quelles hypothèses concrètes les tribunaux de votre pays ont été amenés à reconnaître la fictivité d'une personne morale?
- 2.2 Votre droit national comporte-t-il des dispositions législatives pertinentes sur la question de la fictivité d'une personne morale? Dans l'affirmative, merci de les citer précisément.
- 2.3 Les dispositions législatives mentionnées au 2.2 ont-elles été appliquées par la jurisprudence? Dans l'affirmative, merci d'expliquer le sens des décisions rendues.
- 2.4 Lorsque la question de la fictivité de la personne morale se pose à propos d'une personne morale étrangère, quelle est la loi applicable à la question de la fictivité selon votre droit international privé?
- 2.5 La règle énoncée en 2.4 ci-dessus a-t-elle été évincée au profit de la *lex fori* dans certaines matières (par exemple, en matière de faillite)?

En plus des réponses au questionnaire ci-dessus, vous serait-il possible de communiquer au Bureau Permanent une copie des décisions de jurisprudence pertinentes ainsi qu'une copie des textes législatifs éventuellement applicables.

E x t r a c t

**of Article 8 A of the draft bilateral Convention
between the United Kingdom and the United States of America**

* * *

E x t r a i t

**de l'article 8 A du projet de traité bilatéral
entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique**

(traduction)

ANNEXE V

Extrait de l'article 8 A du projet de traité bilatéral entre le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique

«Lorsque le défendeur établit que le montant de la condamnation accordé par le tribunal d'origine est largement plus important que celui (y compris les coûts) qui aurait été accordé par le tribunal requis sur la base des éléments de fait et de droit prouvé dans la procédure d'origine, le tribunal requis, dans la mesure autorisée par son propre droit, peut reconnaître ou exécuter le jugement pour un montant inférieur»