

TABLE DES MATIÈRES

	Page
Liste des participants à la Commission spéciale.....	3
INTRODUCTION	11
CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION	11
<i>Champ d'application matériel</i>	11
<i>Arbitrage</i>	11
<i>Sécurité sociale</i>	13
<i>Champ d'application géographique</i>	14
<i>Compétence directe</i>	14
<i>Litispendance</i>	15
<i>Election de for</i>	16
<i>Reconnaissance et exécution des décisions</i>	16
ÉLÉMENTS DU CONTRÔLE DU JUGEMENT ÉTRANGER PAR LE JUGE REQUIS	16
<i>Compétence indirecte</i>	17
<i>Contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine</i>	18
<i>Motivation de la décision étrangère</i>	19
<i>Notification et ordre public procédural</i>	20
<i>Ordre public substantiel</i>	21
<i>Décisions inconciliables</i>	21
<i>Fraude</i>	23
<i>Notion de décision</i>	24
ÉLÉMENTS DE PROCÉDURE	26
<i>Reconnaissance de plein droit</i>	26
<i>Type de procédure</i>	26
<i>Rôle ex officio du juge</i>	28
<i>Charge de la preuve</i>	28
<i>Dommages et intérêts non compensatoires ou excessifs</i>	28
COMPÉTENCES INTERDITES	29
COMPÉTENCES OBLIGATOIRES	31
<i>Compétence fondée sur l'activité</i>	31
<i>Compétence en matière contractuelle</i>	32
<i>Compétence en matière délictuelle</i>	33
<i>Election de for</i>	35
<i>Déni de justice</i>	37
<i>For de la succursale et levée du voile de la personne morale</i>	37
<i>Compétences complexes</i>	38
<i>Pluralité de défendeurs</i>	38
<i>Demandes reconventionnelles</i>	39
<i>Appel en garantie ou en intervention</i>	39
<i>Connexité</i>	39
CLAUSES D'EXCEPTION EN MATIÈRE DE COMPÉTENCE DIRECTE	40
<i>Litispendance</i>	40
<i>Forum non conveniens</i>	42
QUESTIONS DE COMPÉTENCE NON DISCUTÉES PAR LA COMMISSION SPÉCIALE	44
<i>Actions de groupes</i>	44
<i>Compétences de protection</i>	44
<i>Mesures provisoires et conservatoires</i>	44
<i>Propriété intellectuelle</i>	45
<i>Trusts</i>	45
INTERPRÉTATION UNIFORME	45
CLAUSES FÉDÉRALES	46
ADHÉSION À LA CONVENTION	46

INTRODUCTION

1 La Commission spéciale qui s'est réunie à La Haye du 3 au 13 mars 1998 est la deuxième¹ d'une série de quatre destinées à préparer un avant-projet de Convention sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, à soumettre à la Dix-neuvième Session diplomatique de la Conférence qui sera convoquée en l'an 2000. La réunion de mars 1998 s'est ouverte par une brève allocution de bienvenue prononcée par le Professeur A.V.M. Struycken, Président de la Commission d'Etat néerlandaise pour la codification du droit international privé. Les débats ont ensuite repris sous la présidence de M. T.B. Smith, QC, Représentant du Canada².

2 Les experts ont décidé de débiter leurs discussions au stade où ils les avaient interrompues en juin 1997 et, ainsi, de commencer à discuter du régime applicable à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers. Ces questions ont occupé les trois premiers jours des délibérations. Ensuite, ont été étudiés les champs d'application matériel et géographique de la future Convention. Puis, les experts ont abordé les questions de litispendance, et ont à nouveau discuté, mais de manière plus approfondie qu'en juin 1997, d'un certain nombre de compétences juridictionnelles directes (contrat, délit et for de la succursale notamment). La validité des clauses d'élection de for, une éventuelle clause de *forum non conveniens*, les compétences complexes et une éventuelle clause permettant de donner compétence à un for de nécessité ont également été discutées. Chacune de ces questions sera abordée successivement dans les développements qui suivent. En fin de rapport, seront évoquées brièvement certaines questions renvoyées à un examen futur ou discutées très rapidement en fin de session.

CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

3 Les experts ont eu à discuter à la fois du champ d'application matériel de la future Convention et de son champ d'application géographique. Chacune de ces questions seront abordées séparément dans les développements qui suivent.

4 ***Champ d'application matériel*** – Beaucoup sont tombés d'accord pour dire que la définition des matières civiles et commerciales ne correspond pas à une réalité suffisamment uniforme dans les différents systèmes juridiques pour constituer une définition satisfaisante du domaine d'application de la Convention. Une liste d'exclusions doit donc être insérée au texte. Plusieurs experts se sont déclarés d'accord pour exclure l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions, les faillites et autres procédures analogues. Par ailleurs, plusieurs experts ont confirmé une tendance, qui semblait s'être dessinée aussi en juin 1997, qui consisterait à exclure les obligations alimentaires.

5 En ce qui concerne l'***arbitrage***, si de nombreux délégués se sont exprimés pour dire qu'il fallait absolument exclure ce mode particulier de règlement des différends,

¹ La première a eu lieu à La Haye du 17 au 27 juin 1997. Ses travaux ont été synthétisés dans un document intitulé: *Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements préliminaires en matière civile et commerciale*, ci-après cité Doc.prél. No 8.

² Pour la composition du Bureau de la Commission spéciale, les noms des co-rapporteurs, le lecteur est invité à se reporter à la liste, *supra* p. 9.

certain ont reconnu néanmoins que cette exclusion doit être plus précise, dans sa rédaction, que celle insérée à l'article 1 des Conventions de Bruxelles et Lugano. On a ainsi proposé de spécifier que sont exclues toutes les procédures qui touchent directement ou indirectement à la mise en place d'un tribunal arbitral ou sont liées d'une manière ou d'une autre à une procédure arbitrale. Toutefois, même avec une telle précision, certains experts ont exprimé l'idée que les ambiguïtés pouvaient ne pas être entièrement levées. C'est pourquoi, il a été proposé qu'une disposition de la Convention précise que cette dernière ne déroge pas au droit des Etats contractants en matière d'arbitrage. En sens contraire, plusieurs exemples de problèmes d'interférence entre l'arbitrage et des décisions judiciaires ont été exposés qui montrent à quel point la ligne de partage n'est pas aisée à définir. C'est ainsi que la question a été posée de savoir si un jugement se prononçant sur la validité d'un accord d'arbitrage peut éventuellement être reconnu au titre de la Convention. A cette question, quelques experts ont répondu que ces jugements sont vraisemblablement exclus du champ d'application de la Convention dans la mesure où ce ne sont pas des jugements sur le fond définitif et exécutoire. En tant que tels, ils ne possèdent pas la nature d'un jugement destiné à être reconnu ou exécuté dans le cadre de la Convention. La question a également été posée de savoir si un jugement rendu par un tribunal au mépris d'une clause compromissoire devait ou non être exécuté au titre de la Convention. La réponse à cette question doit être vraisemblablement vue sous l'angle du contrôle de la compétence du juge d'origine. Si le juge requis estime que la clause compromissoire était valable, il en conclura que le tribunal d'origine n'était pas compétent³ et dès lors refusera de reconnaître ou d'exécuter le jugement qui a été rendu au mépris de cette clause compromissoire. Si, en revanche, le juge requis décide que l'accord d'arbitrage n'était pas valable, il devra reconnaître ou exécuter la décision rendue par le juge d'origine si les conditions posées par la Convention sont remplies⁴. Il a également été question de savoir si la Convention doit se prononcer sur l'éventuelle inconciliabilité entre une sentence arbitrale et un jugement. Il a notamment été proposé que le juge requis puisse ne pas reconnaître ou exécuter un jugement qui serait inconciliable avec une sentence arbitrale rendue sur son territoire ou rendue à l'étranger mais réunissant les conditions de sa reconnaissance ou de son exécution dans l'Etat requis. Pour le moment, les experts n'ont pas discuté de manière approfondie des avantages et inconvénients d'une telle disposition. On peut seulement mentionner ici que cette proposition a le mérite de poser un problème qui, pour ne pas être très fréquent, n'est pas un cas d'école. Toutefois, on peut d'ores et déjà noter une difficulté: une sentence arbitrale, dans la plupart des systèmes, possède l'autorité de la chose jugée même si elle a été rendue à l'étranger. En revanche, quant à son exécution, elle doit normalement subir un contrôle à travers une procédure d'exequatur ou autre procédure équivalente, même si elle est rendue sur le même territoire que le juge qui statue. On peut donc se demander s'il est judicieux de prévoir une règle différente selon le pays dans lequel la sentence est rendue.

³ Cette solution n'est pas nouvelle. Elle a été consacrée par l'article 12.3 de la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*.

⁴ Toute la difficulté ici vient du droit applicable à la validité de la convention d'arbitrage. Malgré une ratification de la Convention de New York 1958 très large par plus d'une centaine d'Etats, la validité des conventions d'arbitrage n'est pas uniformément conçue par tous ces Etats du fait de l'interprétation divergente de l'article II et la présence de l'article VII de la Convention de New York autorisant les Etats contractants à appliquer des normes plus favorables à l'arbitrage que celles prévues par la Convention. Si l'on admet que l'Etat requis puisse étudier la validité d'un accord d'arbitrage sur lequel le tribunal d'origine s'est déjà prononcé, il est nécessaire de dire en vertu de quel droit il procédera à cette vérification. Si l'on admet que le tribunal requis applique les normes de l'Etat d'origine, on est alors confronté à la question de savoir pourquoi le juge requis serait mieux placé pour appliquer correctement ces normes. Si, en revanche, l'Etat requis applique ses propres normes, il fera prévaloir sa propre conception sur celle de l'Etat d'origine sans que l'on puisse voir une justification à cette solution. Il est donc légitime de douter que la future Convention fasse oeuvre utile en prévoyant une règle à cet égard.

6 En ce qui concerne la *sécurité sociale*, les experts se sont déclarés insuffisamment informés sur les hypothèses concrètes auxquelles la pratique peut être confrontée. Une petite enquête informelle auprès de personnes intéressées montre que l'exclusion de la sécurité sociale sans autre précision est ambiguë. En effet, il arrive qu'un organisme de sécurité sociale soit subrogé dans les droits d'un assuré et doive recouvrer des sommes auprès de tiers (entreprises – en cas d'accident du travail – ; auteurs d'actes délictueux ou compagnies d'assurance, notamment)⁵. Ce problème pourrait être partiellement réglé si l'on insérait dans la Convention une clause de la nature de celle qui est proposée au paragraphe subséquent⁶. Par ailleurs, on peut se demander si l'on doit exclure les actions des organismes de sécurité sociale pour le recouvrement des cotisations qui leur sont dues alors que, avec l'essor de l'expatriation, certains de ces recouvrements doivent se faire à l'étranger. Mais on doit signaler que certains accords bilatéraux existent qui rendraient moins nécessaires d'inclure cette matière dans la Convention⁷.

7 Par ailleurs, une délégation a attiré l'attention de la Commission spéciale sur le fait que ne devraient pas être exclues du champ d'application de la Convention les procédures qui mettent en cause une entité publique. C'est pourquoi il a été proposé qu'aucune action ne soit exclue de la définition des matières civiles et commerciales pour la seule raison qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou une émanation de l'Etat est partie au litige; dans l'hypothèse où il y a eu transfert de droits privés au profit d'un gouvernement, d'une agence gouvernementale ou une émanation de l'Etat (par exemple lorsque l'une de ces entités est devenue administrateur judiciaire, trustee ou garant); dans l'hypothèse où le gouvernement agit comme un opérateur du commerce, c'est-à-dire qu'il cherche à obtenir réparation pour un contrat ou un délit ou un droit de nature privée; dans l'hypothèse où le gouvernement agit en tant qu'agent d'un groupe de personnes dont les actions individuelles peuvent être qualifiées de droits de nature privée (par exemple fraude aux droits des consommateurs)⁸. On devrait vraisemblablement élargir la liste des entités visées en y incluant les organismes privés chargés d'une mission de service public.

8 Il a également été proposé d'exclure du champ d'application de la Convention les actions relatives aux dommages dans le domaine nucléaire ainsi que le fait l'article premier, septième paragraphe, de la Convention de La Haye du premier février 1971. Toutefois, une délégation a jugé préférable de limiter cette exclusion aux cas couverts par la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et de ses Protocoles additionnels du 28 janvier 1964 et du 16 novembre 1982, ainsi que de la Convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires ou de tout amendement à ces Conventions.

9 En revanche, il a été expliqué qu'il n'est plus nécessaire, dans le cadre d'une convention double prévoyant des compétences juridictionnelles directes, d'exclure les actions portant sur l'existence ou la constitution des personnes morales ou sur les pouvoirs

⁵ On peut d'ailleurs se demander si cette hypothèse relève de la sécurité sociale ou sort de son emprise. Le Rapport Jénard (Rapport explicatif de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968) explique que de telles actions sont soumises au droit commun (*JOCE C 59* du 5 mars 1979 à la p.13).

⁶ Toutefois, on doit noter que dans certains pays les organismes de sécurité sociale sont des organismes de droit privé chargés d'une mission de service public.

⁷ C'est déjà pour cette raison que cette matière a été exclue de la Convention de La Haye du premier février 1971. Voir le Rapport Fragistas, *Actes et documents de la Session extraordinaire Exécution des jugements*, p.369. Voir également le Rapport Jénard cité *supra* note No 4, à la page 12).

⁸ Ces exemples ne constituent pas une liste exhaustive et ne sont donnés ici qu'à titre illustratif.

de leurs organes puisque cette exclusion, insérée dans la Convention de La Haye du premier février 1971, avait été justifiée seulement par le fait que cette Convention est une convention simple ne comportant pas de compétence directe. A l'époque, on ne voulait pas voir s'affronter des décisions divergentes au stade de l'exécution sur des questions aussi importantes que l'existence ou la constitution des personnes morales. Ce problème devrait être éliminé *ex ante* dans la future Convention puisque celle-ci comportera une règle de compétence juridictionnelle directe en la matière.

10 *Champ d'application géographique* – Plusieurs questions différentes doivent être étudiées à cet égard. Elles ont trait à la compétence directe y compris les hypothèses de compétence exclusive et d'élection de for; à la litispendance et la reconnaissance et l'exécution des jugements.

11 Le moins que l'on puisse dire est que la proposition qui a été présentée au No 55 du Document préliminaire No 7 (y compris la note de bas de page No 73) a suscité une levée de boucliers telle que l'on hésite dans le présent Rapport à revenir sur cette question. Il a notamment été expliqué que le défendeur se trouve au centre de gravité de la Convention. Dès lors, pour les experts qui se sont dits favorables au double critère d'application géographique (c'est-à-dire le tribunal saisi *et* le défendeur doivent être situés sur le territoire d'un Etat contractant éventuellement différent l'un de l'autre), cette exigence permet de ne pas «protéger» un défendeur qui est situé sur le territoire d'un Etat tiers puisque, dans cette hypothèse, le for saisi pourra continuer à utiliser son droit commun à l'encontre de ce défendeur. De plus, ce système permettrait d'inciter les Etats tiers à ratifier la Convention. Enfin, ce système serait seul à pouvoir s'harmoniser avec celui prévu par les Conventions de Bruxelles et de Lugano.

12 En ce qui concerne les règles de *compétence directe*, il n'existe pas de principe de droit international public exigeant des Etats de limiter l'application de la Convention aux seules hypothèses dans lesquelles deux conditions cumulatives sont remplies: le tribunal saisi est situé sur le territoire d'un Etat contractant *et* le défendeur est situé⁹ sur le territoire d'un Etat contractant. En effet, cette seconde exigence qui est l'axe principal du domaine d'application géographique des Conventions de Bruxelles et de Lugano, sauf pour les compétences exclusives et l'élection de for, ne semble correspondre à aucune exigence formelle s'attachant aux Etats parties à la Convention.

C'est pourquoi, une politique législative peut parfaitement envisager de rendre la Convention applicable pour ce qui a trait aux règles de compétence directe, seulement lorsque le tribunal saisi est situé sur le territoire d'un Etat contractant. Si une telle orientation était décidée, il conviendrait de compléter la Convention par une disposition prévoyant que lorsque le tribunal saisi doit se déclarer incompétent en vertu des règles de la Convention et si les parties¹⁰ ne démontrent pas qu'un autre tribunal situé sur le territoire d'un Etat contractant est compétent en vertu de la Convention, le tribunal saisi peut alors se déclarer compétent en vertu des règles de compétence contenues dans son droit national, y compris les règles de compétence exorbitante qui seraient autrement exclues par la Convention. Cette deuxième disposition permet d'éviter les critiques qui ont été largement développées au cours de la Commission spéciale selon lesquelles il n'existe aucune raison de priver le tribunal saisi de ses fors exorbitants si «le défendeur

⁹ Nous utilisons à dessein un terme non juridique permettant de désigner tout à la fois le domicile ou la résidence habituelle pour les personnes physiques et tout autre critère équivalent pour les personnes morales.

¹⁰ On ne se prononce pas ici sur la charge de la preuve entre le demandeur et le défendeur. Toutefois, on peut penser que, parfois, au stade de la procédure dans laquelle le juge doit se prononcer sur la compétence, seul le demandeur sera devant lui.

est domicilié dans un Etat tiers». Or, l'on sait que certaines règles de compétence ne seront pas centrées sur le domicile ou la résidence habituelle du défendeur. Il en ira ainsi des compétences exclusives ou des compétences centrées sur un acte ou une activité, par exemple.

La règle exposée ci-dessus permet de privilégier l'application de la Convention et de conserver le plus grand nombre de litiges sur le territoire des Etats contractants sachant que les jugements ainsi rendus bénéficieront d'un régime de reconnaissance et d'exécution allégé par rapport au droit commun. Par ailleurs, on connaît les difficultés que posent aujourd'hui l'effet dit «réflexe» de l'article 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano¹¹. Il convient donc de ne pas reproduire cette même difficulté dans la Convention de La Haye.

Enfin, le schéma reproduit au paragraphe 55 du Document préliminaire No 7 démontrent que la règle préserve la priorité des Conventions de Bruxelles et de Lugano ou de toute autre convention lorsque les critères qui y sont prévus les rendent applicables. En tout état de cause, on peut penser qu'une clause finale réservera l'application des conventions qui demeureront applicables malgré l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye. Cette clause est classique¹² et elle permettra de satisfaire, sans entrer dans les détails, l'harmonie internationale entre les conventions.

13 En ce qui concerne la *litispendance*, les experts se sont montrés plutôt d'accord pour dire que les règles de la Convention doivent s'appliquer si les deux tribunaux saisis en même temps sont situés sur le territoire de deux Etats contractants. Cependant, il peut y avoir un intérêt à prévoir dans la Convention une règle lorsque la litispendance a lieu entre le tribunal d'un Etat contractant et le tribunal d'un Etat non contractant. Cette idée n'a pas été vraiment discutée par la Commission spéciale et, pour le moment, les

¹¹ Les diverses compétences de l'article 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano ne sont pas fondées sur le domicile du défendeur mais sur des critères de rattachement différents: lieu de situation de l'immeuble pour les actions réelles mobilières et les baux d'immeubles sous certaines conditions différentes d'une convention à l'autre (article 16.1); lieu du siège social pour les actions en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés aux personnes morales ou des décisions de leurs organes (article 16.2); lieu de situation des registres publics en matière de validité des inscriptions sur ces registres (article 16.3); lieu du dépôt ou de l'enregistrement demandé, effectué ou réputé avoir été effectué, pour les actions en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou à un enregistrement (article 16.4); lieu de l'exécution pour les actions en matière d'exécution des décisions (article 16.5). Lorsque le critère de rattachement concerné n'est pas situé dans un Etat contractant de la Convention, le caractère exclusif conféré à cet article empêche d'utiliser l'article 2 qui aurait pu s'appliquer lorsque le défendeur est effectivement domicilié sur le territoire d'un Etat contractant. Cet effet est dit «réflexe» pour signifier qu'il s'agit d'une conséquence indirecte du caractère exclusif des compétences prévues au texte, en ce qu'il agit comme une exclusion de l'application de la Convention dans son ensemble lorsque le critère de rattachement prévu par l'une des compétences exclusives n'est pas situé sur le territoire d'un Etat contractant. Un exemple concret permettra d'en percevoir mieux les conséquences: un demandeur français, domicilié en France, veut intenter une action réelle immobilière ayant trait à un immeuble situé au Maroc. Le défendeur est domicilié en Allemagne. La Convention de Bruxelles ne peut s'appliquer puisque l'immeuble est situé au Maroc. Une controverse existe sur cet effet réflexe. Elle a été mise en lumière par les auteurs (essentiellement français, Georges Droz, Gothot et Holleaux et Gaudemet-Tallon) alors que les Rapporteurs des Conventions de San Sebastian et de Lugano considèrent que cet effet réflexe ne peut jouer et que, dans l'exemple que nous avons donné, le Français domicilié en France doit attirer le défendeur en Allemagne en vertu de l'article 2 de la Convention. En ce qui nous concerne, c'est cette solution qui nous paraît être la meilleure. Toutefois, il pourrait être fait application, dans une telle hypothèse, de la théorie du *forum non conveniens*.

¹² La règle est classique en ce sens qu'il est désormais courant de prévoir des dispositions permettant d'éviter les conflits de conventions. En revanche, son contenu devra être adapté à la matière particulière de la Convention.

règles de litispendance qui ont été proposées à titre préliminaire¹³ ne se sont pas prononcées sur cette question qu'il conviendra d'approfondir au cours des débats du mois de novembre.

14 En ce qui concerne l'*élection de for*, les experts se sont partagés essentiellement en deux groupes: un premier groupe soutient que les règles de validité de la clause d'élection de for contenues dans la Convention ne peuvent s'appliquer qu'aux élections de for désignant un tribunal¹⁴ d'un Etat contractant alors qu'un deuxième groupe d'experts soutient que les règles de la Convention doivent s'appliquer même si la clause d'élection de for désigne un tribunal d'un Etat non contractant. S'agissant ici de faire respecter la volonté des parties et de vérifier simplement la validité de l'expression de cette volonté, on ne voit pas très bien pourquoi on devrait faire la différence selon le choix que ces parties ont fait, sauf à partir du principe que les parties doivent être protégées malgré elles. De surcroît, procéder à une distinction selon que la clause donne compétence à un tribunal d'un Etat contractant ou non complique l'application de la Convention. En effet, compte tenu des règles d'application dans le temps et du fait que, s'agissant d'un accord de nature contractuelle, il faudra se placer à la date à laquelle la clause d'élection de for a été conclue, on risquerait de reporter indéfiniment l'application des règles de la Convention concernant cette question. Or, le besoin d'unification en la matière est immédiat et réel. De plus, la Convention comprendra une ou plusieurs règles limitant la validité au fond des clauses lorsque la Convention prévoit des compétences exclusives ou de protection. Dans ce domaine, il n'existe pas de raison évidente pour abandonner l'application de la Convention si les parties ont décidé de choisir un tribunal situé dans un Etat non contractant.

15 Quant aux règles présidant à l'applicabilité des dispositions conventionnelles portant sur la *reconnaissance et l'exécution des décisions*, les experts se sont accordés pour admettre, comme cela est indiqué au paragraphe 58 du Document préliminaire No 7, que deux conditions cumulatives sont nécessaires: le tribunal requis est situé sur le territoire d'un Etat contractant; le jugement a été rendu par un tribunal d'un Etat contractant.

ÉLÉMENTS DU CONTRÔLE DU JUGEMENT ÉTRANGER PAR LE JUGE REQUIS

16 Pour faciliter la discussion il a été convenu, au départ, de ne pas distinguer la reconnaissance et l'exécution du jugement étranger. Toutefois, ainsi qu'il sera dit ci-après¹⁵, lorsque le régime juridique de la reconnaissance d'un côté et de l'exécution de l'autre auront été définis, il sera plus aisé de décider quels sont les éléments du contrôle nécessaires pour les deux effets et quels sont ceux qui doivent être limités à la seule exécution du jugement étranger.

17 Il a également été suggéré que le régime applicable au contrôle d'un jugement étranger rendu par défaut pourrait être différent de celui destiné à vérifier un jugement étranger rendu à la suite d'une procédure contradictoire. La terminologie qui sera finalement usitée dans la future Convention n'a pas encore été arrêtée dans la mesure où de nombreux experts ont relevé que les notions de «jugement par défaut» ou de

¹³ Cf. *infra* No 96 et s.

¹⁴ La désignation pourrait être faite aux tribunaux d'un Etat en général plutôt qu'à un tribunal spécialement désigné. Mais l'on sait que ce système est plus compliqué à mettre en oeuvre ainsi qu'en atteste l'article premier, § 1, de la *Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for*. Sur la question générale de savoir si les règles de compétence de la Convention doivent être rédigées en terme de compétence générale ou de compétence spéciale, cf. *infra* No 119 et Doc.prél. No 8, Nos 6 et s.

¹⁵ Cf. *infra* Nos 53 et s.

«jugement contradictoire» reçoivent des définitions très dissemblables d'un système juridique à l'autre; les procédures nationales présentant une grande diversité à cet égard. La question est peut-être plus de savoir si le défendeur à la procédure d'origine a eu une réelle opportunité de se défendre et de présenter ses arguments que l'étiquette accolée au jugement lui-même.

18 Plusieurs experts ont également souligné la nécessité d'étendre le contrôle du jugement étranger plus largement que ce qu'il est possible de faire dans un cercle restreint d'Etats. Il a cependant également été admis que plus la liste des éléments du contrôle serait longue, moins la Convention aurait d'intérêt vis-à-vis de l'un de ses objectifs à savoir, une plus grande facilité de circulation des jugements au sein des Etats parties à la Convention. Or, il a été dit également qu'un minimum de confiance entre les Etats est à la base de l'exercice de création de la future Convention. L'équilibre entre un contrôle rigoureux du jugement étranger et la volonté de laisser circuler les jugements sera délicat à trouver. A cet égard, il convient de remarquer que les éléments du contrôle du jugement étranger seront formulés non en terme de «régularité» de la décision mais en terme de condition ou d'exception à la reconnaissance ou l'exécution¹⁶. De plus, on peut imaginer d'insérer dans la Convention une disposition modelée sur l'article VII de la *Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* selon lequel les Etats sont libres d'appliquer des normes plus libérales que celles prévues par la Convention.

19 Il a également été convenu que la discussion se bornerait, dans un premier temps, à s'intéresser aux jugements provenant d'un Etat contractant pour être reconnus ou exécutés dans un autre Etat contractant. Initialement en effet, il convenait d'éviter la complication qui n'aurait pas manqué de se faire jour si l'on envisageait également l'hypothèse d'un jugement en provenance d'un Etat non contractant¹⁷.

20 Enfin, il a été convenu que l'on partirait du principe de la prohibition de la révision au fond; sachant cependant que certains éléments du contrôle exigent du juge requis d'étudier plus ou moins en détail le jugement du tribunal d'origine.

21 *Compétence indirecte* – On entend par compétence indirecte la vérification de la compétence du juge d'origine par le juge requis. C'est une condition universellement connue de tous les systèmes juridiques. Elle constitue souvent le pilier central du régime de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. La prémisse du raisonnement consiste à dire que les règles de compétence permettant la vérification de la compétence indirecte sont celles définies par la première partie de la Convention c'est-à-dire comportant les règles de compétence directe. Indépendamment de la question de la charge de la preuve qui relève des questions de procédure étudiées plus loin dans le présent Rapport¹⁸, les experts ont eu à se prononcer sur la question de savoir si cette

¹⁶ La terminologie est ici très importante. Si l'on utilise le mot «condition» on pourrait en inférer que c'est au demandeur à la reconnaissance ou à l'exécution à prouver les éléments du contrôle. Au contraire, si l'on parle d'«exception», on en déduit alors que la charge de la preuve pèse sur le défendeur. Cette question de répartition de la charge de la preuve sera abordée ci-dessous au No 60 et fut brièvement abordé *in Doc.prél.* No 4, p.5. Par ailleurs, on a discuté du point de savoir si la liste doit être rédigée en utilisant la forme affirmative ou la forme négative. Aucune décision n'a été prise à cet égard.

¹⁷ On peut d'ailleurs se demander s'il revient à la Convention le rôle d'unifier le droit des Etats contractants pour les effets des jugements d'Etats non contractants.

¹⁸ Cf. *infra* No 60.

vérification se justifie dans le cadre d'une convention double et si la vérification doit porter à la fois sur les constatations de fait et en droit.

22 Sur la première question, un grand nombre d'experts ont soutenu l'idée que la future Convention ne bénéficiant pas d'un système d'interprétation uniforme et obligatoire tel que ce système est prévu dans le cadre de la Convention de Bruxelles de 1968¹⁹, le contrôle de la compétence indirecte est indispensable. Il a été dit en effet que l'on ne peut pas laisser la responsabilité de la bonne ou mauvaise application de la Convention au seul tribunal d'origine. Le contrôle de la compétence du tribunal d'origine semble donc acquis.

23 Demeure incertaine l'étendue exacte du contrôle. Doit-il porter à la fois sur les questions de fait et en droit? Les experts se sont trouvés plus divisés sur cet aspect du problème. Tout d'abord, il a été fait remarquer que la distinction des constatations de fait et des décisions en droit est extrêmement délicate à mener. Certaines questions ont un caractère mixte mélangé de fait et de droit. Pour maintenir une certaine logique au système, ces questions mixtes devraient également être contrôlées par le juge requis. Il a également été noté que beaucoup de jugements ne comportent pas un détail des faits suffisant pour permettre une vérification de la compétence du juge d'origine. Certes, on pourrait imaginer que le jugement étranger soit accompagné d'un document récapitulatif donnant l'essentiel des faits constatés par le juge d'origine. Si cette idée a été émise au début des discussions, et a été reprise de temps en temps au cours de celles-ci, à aucun moment les experts ne se sont vraiment exprimés sur une telle éventualité. Il est encore trop tôt pour dire si, comme cela est parfois le cas pour certaines Conventions de La Haye, la future Convention en cours de négociation serait ou non accompagnée d'un formulaire destiné à faciliter le travail du juge requis. La préparation d'un tel document incomberait soit au juge d'origine, soit éventuellement à un membre du Greffe du tribunal d'origine ou encore à une des parties au procès d'origine.

24 *Contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine* – Très peu de systèmes juridiques connaissent ce contrôle qui exige du juge requis la vérification de la loi appliquée au fond par le juge d'origine. Le juge requis procède à cette vérification en fonction de ses propres règles de conflits. Cette vérification est anachronique à la fois en théorie et en pratique. En théorie, il est étrange d'exiger (même si ce n'est qu'implicitement) que le juge d'origine ait appliqué une loi désignée par des règles de conflits dont il n'a pu faire application puisque chaque juge est lié par son propre système de droit international privé et ne peut appliquer que ses propres règles de conflits. En pratique, même lorsque ce contrôle est exigé, une clause de sauvegarde permet de reconnaître ou d'exécuter le jugement étranger malgré le fait que le juge d'origine a appliqué une autre loi que celle désignée par les règles de conflits du juge requis, à supposer que le résultat concret auquel est parvenu le juge d'origine soit sensiblement le même que celui auquel il serait parvenu s'il avait appliqué la loi que le juge requis considère comme applicable. Cet élément du contrôle a disparu de la plupart des conventions bilatérales modernes. S'il existe dans la Convention de Bruxelles et la Convention de Lugano²⁰, c'est à titre très résiduel lorsque le juge d'origine a dû trancher des questions préalables qui sortent du champ d'application matériel de ces Conventions. S'agissant de domaines extrapatrimoniaux pour la plupart, on a pensé qu'il était important de maintenir le contrôle de la loi appliquée afin de ne pas avoir recours inutilement à l'exception d'ordre public. Il convient de noter, cependant, que le texte des

¹⁹ Interprétation confiée à la Cour de Justice des Communautés européennes par le Protocole annexe. Les questions sur l'interprétation uniforme de la future Convention de La Haye ont été brièvement évoquées en fin de Commission spéciale ainsi qu'il sera dit *infra* No 118.

²⁰ Voir article 27.4.

Conventions de Bruxelles et de Lugano comporte la même clause de sauvegarde que celle qui a été exposée ci-dessus.

25 On note que cet élément du contrôle existe dans la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*²¹. Toutefois, ce texte est extrêmement limitatif puisqu'il interdit au juge requis de s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement étranger pour la seule raison que le tribunal de l'Etat d'origine a appliqué une loi autre que celle qui aurait été appliquée par l'Etat requis. Compte tenu de la présence du premier alinéa de ce texte, le second alinéa adopte une rédaction inverse en ce qui concerne les questions préalables tranchées par le juge d'origine dans des matières exclues par la Convention. En effet, la reconnaissance et l'exécution peuvent alors être refusées si le tribunal d'origine a atteint un résultat différent de celui qui aurait été obtenu par application à cette question des règles de droit international privé de l'Etat requis.

26 Compte tenu des explications données durant la discussion sur la nature limitée du contrôle et son abandon dans les conventions bilatérales récentes, un grand nombre d'experts se sont déclarés plutôt opposés au maintien d'un tel contrôle, sauf éventuellement pour les questions préalables et à titre résiduel.

27 *Motivation de la décision étrangère* – Tous les systèmes juridiques ne connaissent pas le même degré d'exigence de motivation. On doit d'ailleurs signaler qu'à l'intérieur d'un même système juridique, l'exigence de motivation n'est pas toujours la même selon le type de jugement envisagé. Par exemple, les jugements de référé²² sont généralement peu ou pas motivés. Il est traditionnel de justifier l'exigence de motivation par les arguments suivants: 1) elle permet de s'assurer que les droits de la défense ont bien été respectés; 2) elle permet de vérifier que le principe du contradictoire a été mis en oeuvre et que toutes les pièces et documents versés par une partie aux débats ont été connus par l'autre partie; 3) elle permet, enfin, aux parties au procès de comprendre les raisons pour lesquelles elles ont éventuellement perdu ce procès et leur permettre de déterminer avec une assez grande certitude si un recours peut avoir une quelconque chance de succès. A cet égard, la motivation permet aussi aux juridictions supérieures de mieux statuer sur le recours formé à l'encontre de la décision.

28 Dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des jugements quelle peut être l'utilité d'un tel contrôle? Il est clair que l'argument pris des voies de recours ne peut être d'aucune utilité dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement étranger puisque les voies de recours sont ouvertes dans l'Etat d'origine et non dans l'Etat requis. En revanche, certains s'attachent au contrôle de la motivation pour refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement qui n'aurait pas respecté les droits de la défense ni le principe du contradictoire. Si l'on peut effectivement admettre qu'il existe un lien direct entre la motivation et la vérification du respect du contradictoire, il conviendrait alors de permettre à la partie intéressée de soumettre au juge requis tout document complémentaire qui viendrait pallier l'absence de motivation, afin de convaincre le juge requis que le juge d'origine a effectivement permis un débat contradictoire dans la procédure d'origine. Néanmoins, il a été fait remarquer, notamment par les praticiens,

²¹ Article 7.

²² Cette expression, peut-être spécifique au système français, désigne les procédures rapides donnant lieu à des décisions exécutoires par provision, c'est-à-dire nonobstant tout recours, soit en raison de l'urgence soit parce qu'il n'existe aucune contestation sérieuse sur les droits des parties au litige. Un équivalent pourrait être les «*summary judgments*» des systèmes de *common law*.

observateurs durant la Session de la Commission spéciale, que l'exigence automatique de documents complémentaires est trop contraignante, notamment s'il faut traduire tous ces documents dans la langue du juge requis.

29 Finalement, la discussion montre que les experts sont tombés d'accord pour dire que l'on ne doit pas modifier la pratique des États et exiger une motivation lorsque celle-ci n'est pas habituellement exigée par l'État d'origine. Par ailleurs, le contentieux privé international révèle l'importance toujours plus grande de procédures rapides. L'exigence de motivation peut aller à l'encontre de la nécessité de rapidité. Certes, il a été expliqué que, plus le jugement étranger serait motivé et plus le contrôle du juge requis en serait facilité. Toutefois, il ne semble pas de bonne politique législative d'autoriser le juge requis de refuser la reconnaissance et l'exécution uniquement pour cette raison. Si le juge requis ne trouve pas dans le jugement les éléments nécessaires pour procéder au contrôle auquel il devra procéder en vertu de la Convention, il lui est loisible de demander un complément d'information à la partie sur qui pèse la charge de la preuve²³. Mais on peut douter que la Convention doive inclure des dispositions aussi détaillées, d'autant plus que l'on s'est même demandé si la Convention ne doit pas exclure la possibilité pour le juge requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution en raison d'un défaut de motivation.

30 *Notification et ordre public procédural* – La notification préalable du défendeur dans la procédure d'origine est essentielle à la protection des droits de la défense. Sous réserve de ce qui sera dit plus loin à propos de la charge de la preuve, il apparaît clairement des discussions que le contrôle de la notification préalable du défendeur doit permettre de s'assurer qu'il a eu le temps nécessaire pour organiser sa défense. Certains experts ont parlé à ce sujet de «délai raisonnable». On s'est demandé à cet égard si la seule vérification du délai est suffisante ou s'il faut également exiger une régularité de la notification conformément aux Conventions en vigueur et notamment à la *Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*. Certains experts ont en effet émis l'idée selon laquelle si le défendeur a comparu devant le juge d'origine et qu'il a eu un délai suffisant pour organiser sa défense, peu importerait la régularité de la notification. Pour d'autres, la vérification de la régularité de la notification et du délai suffisant doit avoir lieu seulement lorsque le jugement d'origine a été rendu par défaut.

31 Quant à l'*ordre public procédural*, il a été noté l'importance de favoriser une approche didactique. Les experts n'ont pas discuté des éléments concrets qui pourraient être inclus dans une clause d'ordre public procédural²⁴. Plusieurs experts se sont déclarés hésitants à admettre une clause spécifique d'ordre public procédural ne sachant pas très bien ce qu'il conviendrait d'y placer. L'avantage d'une telle clause serait de ne pas faire de l'impartialité du tribunal d'origine une disposition séparée mais de la subsumer dans une disposition consacrée au contrôle des garanties fondamentales du procès, ou tout autre concept équivalent. On doit cependant reconnaître qu'une disposition trop vague ne pourrait qu'entraîner des retards dans la phase de reconnaissance ou d'exécution et encourager éventuellement les abus. Là encore, il conviendra de trouver le point d'équilibre entre la volonté de faciliter la circulation des jugements et la nécessité d'arrêter ceux qui ont été rendus dans des conditions inacceptables²⁵.

²³ Sur la question du rôle *ex officio* du juge et de la répartition de la charge de la preuve, cf. *infra* Nos 59 et 60.

²⁴ Notons ici le texte anglais de l'article 5 de la Convention de La Haye du premier février 1971.

²⁵ Les difficultés liées à l'ordre public procédural pourraient d'ailleurs susciter une réaction de protection telle celle envisagée par un système d'adhésion avec acceptation ainsi qu'il est exposé ci-dessous au No 120.

32 *Ordre public substantiel* – Cette disposition est classique dans tous les droits nationaux ainsi que dans toutes les conventions internationales, qu'elles soient bilatérales ou multilatérales. Cette clause pose plus un problème de rédaction qu'un problème de principe. La question a été posée de savoir si la nouvelle Convention doit suivre la tradition des Conventions de La Haye et exiger que la violation de l'ordre public soit «manifeste». La plupart des experts qui se sont exprimés ont préféré suivre la tradition de la Conférence de La Haye. Toutefois, certains ont noté l'ambiguïté de la signification exacte de l'adverbe «manifestement»²⁶. Il conviendra d'être vigilant sur l'harmonie et la cohérence à maintenir entre une disposition sur l'ordre public rédigée de manière limitative et les différents recours à l'ordre public qui ont été préconisés à plusieurs reprises au cours des discussions ayant trait aux autres éléments de contrôle²⁷.

33 Il est également de tradition en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements que la contrariété à l'ordre public de l'Etat requis soit appréciée en fonction de la reconnaissance et de l'exécution qui est demandée et non pas du jugement étranger lui-même. Cette distinction qui semble être inconnue dans les pays de *common law* est au contraire essentielle pour les pays de tradition romano-germanique. C'est ce que l'on appelle l'«effet atténué» de l'ordre public. Cet effet est dit «atténué» parce que le lien de la relation juridique de base avec le for requis est relativement faible. Cette relation est née à l'étranger, elle s'y est cristallisée, elle y a été jugée et c'est uniquement son ultime phase – celle de la reconnaissance ou de l'exécution – qui doit s'insérer dans l'ordre juridique de l'Etat requis. Ceci ne devrait pas poser trop de difficulté dans la mesure où la rédaction qui pourrait être retenue serait celle privilégiée par le début de l'article 5.1 de la Convention de La Haye du premier février 1971 qui dispose dans sa partie pertinente: «la reconnaissance ou l'exécution de la décision»²⁸ est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat requis».

34 *Décisions inconciliables*²⁹ – Il n'est pas aisé de définir ce que sont deux décisions inconciliables. On pourrait toutefois retenir la définition suivante: deux décisions sont inconciliables si elles sont contradictoires, c'est-à-dire qu'elles obligent une même personne à agir de deux manières opposées. Un exemple peut mieux faire comprendre cette définition: une décision juge que l'occupant d'un immeuble en est le propriétaire alors qu'une autre décision décide que cette même personne doit payer un loyer à un tiers. Dans un premier temps, nous devons nous préoccuper uniquement des jugements inconciliables en provenance d'Etats contractants.

35 La première hypothèse est la contradiction entre un jugement en provenance d'un Etat contractant par rapport à un jugement rendu dans l'Etat requis. Les experts de la Commission spéciale se sont divisés sur la règle à adopter dans ce cas. Certains ont préféré faire systématiquement prévaloir le système judiciaire de l'Etat requis quelle que soit la date à laquelle chaque jugement a été rendu. D'autres experts, en revanche, ont préféré faire jouer la règle *prior tempore potior jure* et faire prévaloir la décision rendue en

²⁶ Il est classique de dire que l'exigence d'une violation «manifeste» permet au juge requis de procéder à un examen superficiel de la décision car la violation doit être apparente ou évidente. C'est dire que le refus d'exécution pour ce motif sera relativement rare.

²⁷ Cf. notamment la discussion sur les dommages et intérêts excessifs, la loi appliquée par le juge d'origine, la motivation, l'ordre public procédural et la fraude. Il a aussi été fait allusion à l'hypothèse d'un jugement rendu en violation des principes de l'Etat requis en matière d'immunités des Etats. L'exception d'ordre public substantiel devrait permettre d'empêcher l'exécution d'un tel jugement dans l'Etat requis.

²⁸ C'est nous qui soulignons.

²⁹ Sur cette question et son rapport avec l'arbitrage, voir *supra* No 5.

premier même si cette décision est celle d'un autre Etat contractant³⁰.

36 La deuxième hypothèse est celle qui met en présence deux jugements de deux Etats contractants dont aucun ne provient de l'Etat requis. Les experts se sont déclarés en majorité pour faire prévaloir le premier jugement rendu. Certains ont néanmoins envisagé l'hypothèse dans laquelle le deuxième jugement rendu serait présenté d'abord à la reconnaissance ou à l'exécution dans l'Etat requis³¹. Dans ce cas, et si le défendeur ne prend pas la précaution de soulever l'existence d'un autre jugement préalablement rendu dans un autre Etat contractant, on peut se demander si le juge de l'Etat requis doit faire jouer la règle *prior tempore*. En effet, on peut penser que le juge requis ne sera pas forcément au courant de l'existence de l'autre jugement rendu dans un autre Etat contractant, mais, même s'il est au courant, on peut se demander s'il ne revient pas au défendeur, et à lui seul, de soulever l'autorité de la chose jugée et éventuellement l'inconciliabilité d'un autre jugement sous peine de perdre ses droits en vertu de cet autre jugement. En effet, dans la plupart des systèmes juridiques, l'autorité de la chose jugée n'est pas une exception d'ordre public et il convient à la partie qui veut s'en prévaloir de la soulever³².

37 Mais, il n'est pas suffisant de s'intéresser seulement aux autres Etats contractants ainsi qu'il a été dit en introduction de ce chapitre³³. En effet, on ne pourra pas éviter que le juge requis soit confronté à une inconciliabilité de jugement entre un jugement d'un Etat contractant et un jugement d'un Etat non contractant. Dans ce cas, il ne peut y avoir inconciliabilité que si les deux jugements peuvent chacun en ce qui le concerne faire l'objet d'une reconnaissance ou d'une exécution en fonction des règles qui leur sont propres: règles issues de la nouvelle Convention de La Haye pour le jugement en provenance d'un Etat contractant et règles issues soit d'autres conventions internationales applicables dans l'Etat requis soit de son droit commun pour le jugement en provenance d'un Etat non contractant. Si l'une de ces deux décisions ne permet pas de passer les tests de reconnaissance ou d'exécution, il n'y a pas alors incompatibilité puisque, pour l'Etat requis, seule importe la décision qui peut être reconnue ou exécutée. En revanche, si les deux décisions sont susceptibles de reconnaissance ou d'exécution dans l'Etat requis, il conviendrait alors de faire application de la même règle que celle exposée ci-dessus pour l'inconciliabilité de décisions en provenance de deux Etats contractants différents.

38 On s'est également posé la question de savoir si n'est pas pertinente pour cette question d'inconciliabilité de décisions la date à laquelle une procédure a été lancée dans l'Etat d'origine en plus de la date de la décision rendue. En réalité, cette question doit être traitée au stade de la litispendance et elle sera donc étudiée dans les développements consacrés à cette question³⁴.

³⁰ La règle *prior tempore* est susceptible de ne pas être pertinente dans certains cas. Il en va ainsi lorsqu'un jugement condamne une caution alors qu'un autre annule la dette cautionnée. Il existe une hiérarchie naturelle entre ces deux décisions ne dépendant pas de la date à laquelle elles ont été respectivement rendues. Il serait en effet absurde d'exécuter un jugement à l'encontre de la caution alors que, la dette principale ayant été annulée, la caution n'est plus tenue.

³¹ En ce qui concerne la reconnaissance, cela dépendra du point de savoir si elle est attribuée de plein droit. Sur cette question, *cf. infra* Nos 53 et s.

³² Il existe néanmoins des systèmes (par exemple, en Suisse) dans lesquels, une fois au courant de l'existence d'une décision ayant l'autorité de la chose jugée, le juge doit en tenir compte d'office.

³³ *Cf. supra* No 19.

³⁴ *Cf. infra* Nos 96 à 100. Nous supposons que la future Convention contiendra une règle sur la litispendance. Dans le cas contraire, les dispositions ayant trait à l'inconciliabilité des décisions devront alors tenir compte de la date à laquelle chacune des procédures a été commencée.

39 Enfin, il convient de savoir dans quelle condition les décisions inconciliables doivent avoir été rendues. L'article 5, paragraphe 3, de la Convention de La Haye du premier février 1971 exige que les décisions inconciliables aient été rendues au cours de procédures opposant les mêmes parties, fondées sur les mêmes faits et ayant le même objet. Plusieurs experts ont exprimé l'idée que cette triple condition est trop restrictive. Toutefois, les avis ont été extrêmement partagés, certains proposant la suppression de toutes conditions préalables, se contentant de constater l'inconciabilité de décisions au cas par cas en fonction de la définition qui a été donnée ci-dessus³⁵; les autres préférant continuer à exiger que les litiges ayant donné lieu aux décisions inconciliables se soient fait jour entre les mêmes parties, alors que d'autres encore ont préféré conserver une condition substantielle entre les deux procédures ayant donné lieu aux jugements inconciliables (même objet ou même cause); alors qu'une dernière catégorie d'experts a préféré, pour le moment, conserver les trois conditions exigées par l'article 5.3 de la Convention de La Haye de 1971.

40 *Fraude* – On peut différencier au moins quatre hypothèses de fraude: 1) une fraude à la compétence du juge d'origine; 2) une fraude à la loi; 3) une fraude à la notification préalable du défendeur dans la procédure d'origine; 4) une fraude commise dans la production des preuves devant le tribunal d'origine (par exemple des documents contrefaits ou falsifiés).

41 En ce qui concerne la fraude à la compétence, il s'agit de la manipulation du critère de rattachement. Ces hypothèses sont rares dans les domaines qui nous préoccupent. Elles peuvent être mises en lumière à travers le contrôle de la compétence et il ne semble pas nécessaire de faire du contrôle de la fraude à la compétence une hypothèse spécifique dans la Convention.

42 En ce qui concerne la fraude à la loi, il s'agit d'une manipulation similaire qui permet de faire déclarer une loi applicable différente de celle qui aurait dû être appliquée sans la manipulation du critère de rattachement. Si l'on maintient le contrôle de la loi appliquée spécifiquement dans la Convention, le contrôle de la fraude à la loi sera ainsi assuré au travers du contrôle de la loi appliquée. Si, en revanche, on abandonne le contrôle de la loi appliquée³⁶, on peut se demander s'il est vraiment utile de maintenir un contrôle de la fraude à la loi appliquée. En effet, l'abandon de toute vérification de la loi appliquée correspond à une volonté de ne pas réouvrir un débat sur le fond. Le défendeur doit bénéficier d'une opportunité de se défendre mais il ne doit pas lui être donné une deuxième occasion de le faire au moment de la reconnaissance et de l'exécution.

43 En ce qui concerne la fraude à la notification préalable, celle-ci sera détectée et sanctionnée en même temps que le contrôle de la notification dont il a été question ci-dessus³⁷.

44 Le cas le plus grave mais qui n'est tout de même pas extrêmement fréquent, c'est celui dans lequel il y a eu une fraude dans l'administration de la preuve au cours de la procédure étrangère. On pourrait, pour cela, penser à insérer dans la future Convention un texte similaire à celui qui existe à l'article 5, paragraphe 2, de la Convention de La Haye du premier février 1971 qui dispose: «la reconnaissance ou l'exécution de la décision peut être refusée si la décision résulte d'une fraude commise dans la procédure».

³⁵ Cf. *supra* No 34.

³⁶ Cf. *supra* No 26.

³⁷ Cf. *supra* No 30.

Toutefois, les experts ont été invités à s'interroger sur le point de savoir si l'on maintenait une telle disposition et si elle ne devrait pas être complétée par une condition supplémentaire selon laquelle la fraude devrait être connue de la partie qui s'en prévaut seulement après que le jugement d'origine a été rendu. En effet, on pourrait décider de ne pas autoriser la partie qui se prévaut de la fraude à soulever cette question au stade de la reconnaissance et de l'exécution du jugement si elle a eu connaissance de cette fraude au cours de la procédure d'origine et a omis de soulever ce problème devant le juge d'origine.

45 La discussion a montré que plusieurs experts sont opposés à voir la future Convention alourdie par une disposition spécifique en matière de fraude. D'autres experts se sont montrés très réservés et hésitants à admettre une telle disposition. D'autres encore, qui envisageraient éventuellement une disposition de la nature de celle existant dans la Convention de 1971, ont précisé qu'il conviendrait d'en limiter les effets au cas où la partie qui se prévaut de la fraude en a eu connaissance après que le jugement d'origine a été rendu. Ce sera évidemment le cas lorsque ce jugement a été rendu par défaut. Mais l'on peut imaginer que même lorsqu'il y a eu participation du défendeur dans la procédure d'origine, la fraude a pu ne pas apparaître au cours de la procédure. Par ailleurs, certains experts ont fait valoir que, dans certains cas, si la fraude est apparue au cours de la procédure d'origine, la partie qui en est victime peut souhaiter ne pas soulever ce problème au cours de la procédure d'origine parce que les conditions de procédure devant le juge d'origine ne lui donnent pas de garantie que sa demande serait prise en considération. Cette dernière hypothèse pourrait être couverte par l'ordre public procédural ou tout équivalent fonctionnel que l'on voudrait insérer dans la future Convention³⁸.

46 *Notion de décision* – La Convention devra définir les décisions qui pourront être reconnues ou exécutées en vertu de ses dispositions. Il faudra bien sûr que la décision porte sur une matière non exclue du champ matériel de la Convention. Il faudra qu'elle émane d'un tribunal ou autre autorité³⁹ situé sur le territoire d'un Etat contractant. Il est possible que les experts souhaitent prévoir à cet égard des dispositions transitoires lorsque la procédure aura été initiée dans l'Etat d'origine en vertu de règles de compétence autres que celles de la Convention pour la seule raison que la Convention n'était pas en vigueur dans l'Etat d'origine à l'époque, mais que le jugement a été rendu à une époque où la Convention est entrée en vigueur tant dans l'Etat d'origine que dans l'Etat requis. Les experts se sont également interrogés sur le point de savoir si la décision devait être définie en fonction du tribunal ou de l'autorité qui l'a rendu dans l'Etat d'origine. Un certain nombre de décisions d'un type particulier, telles les décisions gracieuses, en matière de preuves, les injonctions «*anti-suit*», peuvent ou non donner lieu à une reconnaissance ou une exécution. Il a également été discuté de la question des actes authentiques et des transactions. Enfin, le caractère définitif de la décision d'origine et son caractère exécutoire sont-ils nécessaires à la fois pour la reconnaissance et l'exécution?

47 Un certain nombre d'experts se sont montrés d'accord pour s'inspirer de l'article 2, premier alinéa, de la Convention de La Haye du premier février 1971 qui dispose:

³⁸ Cf. *supra* No 31.

³⁹ Une assez longue discussion eut lieu sur la notion de tribunal et sur le point de savoir si l'on a besoin d'un terme précis dans la Convention. Se poseront, en effet, des questions pour les décisions de juridictions confessionnelles ou d'autorités ayant une fonction juridictionnelle en vertu du droit de l'Etat qui les institue. En ce qui concerne les juridictions confessionnelles, on peut penser qu'elles auront peu ou pas de titre à intervenir dans le cadre de la Convention, compte tenu des matières exclues de son champ d'application matériel. En tout état de cause, il conviendra de trouver une terminologie permettant d'englober toutes ces hypothèses. Celle d'«*autorité juridictionnelle*» pourrait être adéquate. On trouvera des développements sur cette question dans le Doc.prél. No 4, p.11.

«La Convention s'applique à toute décision, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, rendue par un tribunal d'un Etat contractant, quelle que soit la dénomination donnée dans l'Etat d'origine tant à la procédure qu'à la décision elle-même».

En d'autres termes, peu importe l'autorité ou le tribunal qui a rendu la décision si celle-ci est rendue dans une matière couverte par la Convention telle qu'elle sera prévue vraisemblablement à l'article premier du futur texte. Il pourrait en aller ainsi, par exemple, des décisions civiles rendues par les tribunaux pénaux⁴⁰. Il a cependant été fait remarqué que la notion de «mandat d'exécution», prévue à l'article 2, premier alinéa de la Convention de La Haye du premier février 1971 rappelé ci-dessus, n'est plus appropriée puisque c'est une institution qui a été supprimée de la plupart des droits nationaux⁴¹. Il a également été précisé que la Convention pourrait prévoir une disposition spécifique pour les décisions concernant l'allocation des frais de procès. Toutefois, cet aspect de la question est relativement controversé et il n'est pas certain que les experts décident finalement d'inclure une disposition spécifique à cet égard. Quant aux injonctions de payer, elles posent des problèmes particuliers puisqu'elles donnent lieu à des ordonnances prises unilatéralement, sans que le défendeur soit entendu. Ces ordonnances sont exécutoires de plein droit jusqu'à ce que le défendeur ait formé opposition, recours qui permet de redonner un caractère contradictoire à la procédure.

48 Les experts se sont généralement montrés d'accord pour exclure du domaine de la Convention toutes les décisions en matière de preuve notamment pour éviter les risques de confusion avec la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*.

49 Un cas à part devra vraisemblablement être fait pour les décisions provisoires et conservatoires. En effet, la Commission spéciale de mars 1998 n'a pas discuté spécifiquement des décisions provisoires et conservatoires renvoyant cette discussion au mois de novembre 1998. Cependant, la question se pose de savoir si, en plus des dispositions de compétence directe que la future Convention pourrait inclure en la matière, des dispositions spécifiques de reconnaissance et d'exécution pourraient également être introduites⁴². En attendant une décision sur ce point, les experts ont préféré ne pas se prononcer immédiatement sur cet aspect de la définition de la notion de décision.

50 Une longue discussion a été menée sur la notion de décision définitive (*final*). La Convention de La Haye du premier février 1971 prévoit en son article 4:

«La décision rendue dans l'un des Etats contractant doit être reconnue et déclarée exécutoire dans un autre Etat contractant conformément aux dispositions de la présente Convention

2. si elle ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire dans l'Etat d'origine».

⁴⁰ Toutefois, les particularités de la procédure pénale dans certains pays pourraient être une entrave à une telle disposition.

⁴¹ De plus, on doit noter que l'expression en langue anglaise «*writ of execution*» n'est pas claire. Il peut s'agir d'un simple problème de traduction. Mais il peut s'agir aussi d'un problème ayant trait à l'inexistence d'une institution analogue dans les systèmes de *common law*.

⁴² Signalons ici que la Convention de La Haye du premier février 1971 exclut les mesures provisoires et conservatoires (art.2, 2ème alinéa).

La discussion a montré que l'on pourrait éventuellement se mettre d'accord sur une telle définition de la notion de jugement définitif. Toutefois, en ce qui concerne l'exécution du jugement d'origine, si celui-ci est déclaré exécutoire dans le pays d'origine mais peut encore faire l'objet d'un recours ordinaire ou si ce recours est encore pendant, le juge requis pourrait néanmoins accorder l'exécution contre garantie donnée par la partie qui bénéficierait de l'exécution qu'elle pourrait rendre les sommes qui lui ont été imparties si la décision venait à être infirmée dans l'Etat d'origine. En ce qui concerne la reconnaissance, il ne devrait pas être nécessaire que la décision soit exécutoire dans l'Etat d'origine. Toutefois, les experts ne se sont pas prononcés très clairement sur ce point.

51 Une assez longue discussion a été menée sur la question des actes authentiques. Il s'agit d'actes qui sont établis par une autorité publique ou, comme en Ecosse, inscrits dans un registre officiel. L'authenticité de l'acte doit porter sur son contenu et pas seulement sur la signature ou la forme de l'acte. L'acte doit être exécutoire par lui-même dans l'Etat dans lequel il a été établi. En Ecosse par exemple, un extrait du registre autorise l'exécution de l'acte au même titre qu'une décision judiciaire. Dans la mesure où un acte authentique est un équivalent fonctionnel à une décision judiciaire, il pourrait, en tant que tel, être inclus dans le champ d'application de la Convention. La discussion n'a pas permis de décider quelles seraient les conditions exactes de reconnaissance et d'exécution de ces actes authentiques et si elles seraient identiques à celles exigées pour les jugements. Cette question fera l'objet de discussions ultérieures.

52 En ce qui concerne les transactions, cette question n'a pas vraiment été discutée. Il s'agit essentiellement de transactions conclues au cours d'un procès, devant un tribunal ou une autorité, et qui sont exécutoires de plein droit en vertu du droit de l'Etat d'origine⁴³. Si la Convention devait autoriser une exécution des transactions, elle devrait également se prononcer sur les conditions exactes qui permettraient cette exécution dans l'Etat requis⁴⁴.

ÉLÉMENTS DE PROCÉDURE

53 *Reconnaissance de plein droit* – Au cours de la discussion, il a été constaté que la notion de reconnaissance de plein droit est une notion ambiguë. Dans le cadre de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996, cette expression est utilisée simplement pour viser les hypothèses dans lesquelles aucune procédure spécifique n'est nécessaire pour la reconnaissance de la décision étrangère. Toutefois, des conditions précisément définies à la Convention doivent néanmoins être vérifiées avant que la reconnaissance puisse être accordée s'il y a contestation. Dans cette acception, la reconnaissance de plein droit veut simplement dire que tout juge de l'Etat requis auquel il est demandé d'accorder l'autorité de la chose jugée à un jugement étranger peut, sans procédure particulière, vérifier les conditions de reconnaissance de la décision invoquée et reconnaître cette décision si les conditions sont remplies. Il conviendra également de décider si le contrôle doit éventuellement être allégé au-delà de l'exigence du caractère exécutoire de la décision qui n'est pas nécessaire pour l'autorité de la chose jugée.

54 *Type de procédure*⁴⁵ – Deux orientations se sont fait jour parmi les experts de la

⁴³ Il a été suggéré également que les transactions issues de modes alternatifs de règlement des différends, telle la médiation, devraient être couvertes par les dispositions de la Convention. Cette suggestion n'a pas été discutée par la Commission spéciale.

⁴⁴ Cf. article 19 de la Convention de La Haye du premier février 1971.

⁴⁵ La discussion qui suit porte uniquement sur l'hypothèse d'une procédure distincte d'exécution de la décision étrangère.

Commission spéciale. Dans le premier groupe, on trouve les experts qui suggèrent que la

Convention ne doit proposer aucune disposition spécifique sur la procédure et simplement renvoyer celle-ci au droit de l'Etat requis. Dans le deuxième groupe, on trouve les experts qui préfèrent harmoniser ou même uniformiser un certain nombre d'éléments de procédure indispensables au bon fonctionnement de la Convention et préfèrent ainsi insérer dans la future Convention quelques dispositions de procédure. Tous, néanmoins, se sont accordés pour dire que la Convention ne devait pas être alourdie inutilement et que, si quelques dispositions de procédure devaient être insérées dans la Convention, celles-ci devaient être limitées à celles qui sont strictement nécessaires.

55 Parmi les points qui ont été discutés, on doit signaler l'hypothèse d'une procédure simplifiée en première instance, éventuellement unilatérale dans un premier temps. Toutefois, certains experts se sont interrogés sur la faisabilité, dans le cadre d'une convention mondiale, avec une liste d'éléments de contrôle relativement longue, d'un contrôle unilatéral sans la présence du défendeur. Si une telle voie devait être poursuivie, la Convention devrait vraisemblablement prévoir une liste plus limitée des éléments de contrôle pour cette première phase; les autres éléments n'étant vérifiés qu'au stade de l'appel.

56 En ce qui concerne la liste des juridictions compétentes pour décider de l'exécution d'une décision étrangère, il a été reconnu que, pour des raisons pratiques, cette liste ne peut pas être incluse dans la Convention. En revanche, l'idée selon laquelle chaque Etat ratifiant la Convention pourrait, par voie de déclaration, informer le dépositaire ou le Bureau Permanent de la Conférence de la liste des juridictions compétentes pour connaître d'une action en exécution de jugements étrangers semble avoir recueilli quelque soutien. Le dépositaire ou le Bureau Permanent serait chargé de faire circuler cette information auprès des Etats contractants comme cela est déjà le cas pour d'autres Conventions de La Haye⁴⁶.

57 En 1996, il avait été suggéré que la Convention pourrait prévoir un délai minimal dans lequel le jugement étranger devrait être exécuté. Il est souvent noté, en effet, que les procédures de reconnaissance et d'exécution sont trop longues et empêchent une libre circulation des jugements. Néanmoins, on peut se demander si la charge imposée aux Etats contractants, la Convention dût-elle prévoir un délai maximal, ne serait pas contre-productive, empêchant certains de ratifier la Convention par crainte de ne pas parvenir à respecter ce délai. On peut cependant imaginer plusieurs moyens plus flexibles de parvenir à un résultat similaire. Le préambule de la Convention pourrait prévoir que l'un des objectifs est de faciliter la reconnaissance et l'exécution des jugements dans un bref délai ou un délai raisonnable. Par ailleurs, lorsque la Convention aborde les questions de procédure, une phrase pourrait mentionner une obligation pour le juge requis de statuer le plus rapidement possible. Enfin, le Rapport explicatif pourrait insister sur cet aspect de la procédure dans l'Etat requis. Bien entendu, les différentes possibilités mentionnées ci-dessus ne doivent pas forcément être utilisées cumulativement.

58 Quant à l'action en inopposabilité, la tendance a été plutôt défavorable à l'inclusion d'une telle action dans la Convention. La plupart des délégués qui se sont exprimés sur cette question ont préféré que la Convention demeure silencieuse, bien qu'il ait été fait remarquer que l'article 24 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 prévoit indirectement une telle possibilité⁴⁷.

⁴⁶ A cet égard, le site Internet de la Conférence, qui est en voie de finalisation, se révélera être un outil indispensable pour faciliter cette circulation d'information.

⁴⁷ L'article 24 de la *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* dispose:

«Sans préjudice de l'article 23, paragraphe premier, toute personne intéressée peut demander aux autorités

59 *Rôle ex officio du juge* – La question débattue par les experts est celle de savoir si le juge requis doit *sua sponte* procéder au contrôle de la décision à reconnaître ou à exécuter ou, au contraire, s'en tenir aux seuls éléments contestés par le défendeur à la reconnaissance ou à l'exécution. Un bon nombre d'entre eux ont préféré exclure tout rôle *ex officio* du juge requis y compris sur le contrôle de la violation de l'ordre public de l'Etat requis. Ces experts ont justifié leur position en soulignant que, si le juge était amené à étudier ces questions de sa propre initiative, des délais considérables pourraient en résulter alors que l'un des buts de la Convention est de faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères. D'autres experts, en revanche, ont estimé que l'on ne peut pas laisser le contrôle du jugement étranger entre les mains du défendeur. Parmi ces experts, certains seraient d'accord pour limiter le contrôle *ex officio* du juge aux seules questions d'ordre public et, éventuellement, à la vérification de la notification préalable du défendeur lors de la procédure d'origine⁴⁸ et du respect des droits de la défense.

60 *Charge de la preuve* – La tendance générale de la Commission a été pour exiger du demandeur à la reconnaissance ou à l'exécution la communication d'une copie authentique du jugement étranger avec, si nécessaire, une traduction; un document prouvant que la décision est définitive et, pour les cas d'exécution, qu'elle est exécutoire dans l'Etat d'origine. Pour les jugements par défaut, le demandeur aurait également à prouver que le défendeur a été effectivement notifié de manière à permettre au juge requis de vérifier les conditions qui seront prévues par la Convention. Au-delà de ces preuves exigées du demandeur⁴⁹, toutes les autres preuves devraient normalement être mises à la charge du défendeur. Ces lignes générales concernant la répartition de la charge de la preuve ne semblent pas avoir soulevé de difficulté particulière au cours de la discussion.

61 *Domages et intérêts non compensatoires ou excessifs*⁵⁰ – Les experts ont discuté de manière très approfondie des questions liées à un jugement prononçant une condamnation à des dommages et intérêts, soit de nature non compensatoire, soit de nature compensatoire mais considérés comme «excessifs». Cette question préoccupe toutes les délégations comme elle avait préoccupé les négociateurs du projet de Convention bilatérale entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni, dont l'article 8 A avait été reproduit à l'annexe V du Document préliminaire No 7.

62 L'une des solutions possibles serait de s'en remettre à l'exception d'ordre public. Toutefois, plusieurs experts ont soulevé une contradiction possible entre la notion extrêmement limitée de l'ordre public telle qu'elle semble vouloir être comprise dans le cadre de la future Convention, et l'utilisation de cette même exception pour refuser l'exécution de jugement condamnant à des dommages et intérêts non compensatoires ou excessifs. Par ailleurs, quelques experts ont également suggéré que même si la notion d'ordre public pouvait éventuellement être élargie, une telle disposition ne serait pas

compétences d'un Etat contractant qu'il soit statué sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'une mesure prise dans un autre Etat contractant. La procédure est régie par la loi de l'Etat requis.»

⁴⁸ Certains limiteraient cette vérification *ex officio* aux seuls jugements rendus par défaut.

⁴⁹ On peut songer à une liste comme celle prévue à l'article 13 de la Convention de La Haye du premier février 1971.

⁵⁰ Une étude très complète a été publiée par la Commission de réforme juridique de l'Irlande en avril 1998 sous le titre "*Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*". Cette étude nous est parvenue trop tard pour être exploitée pour le présent Rapport. Il en sera fait état autant que nécessaire au cours de la Commission spéciale de novembre 1998.

satisfaisante pour faire face à un jugement de condamnation à des dommages et intérêts excessifs. C'est pourquoi il a été proposé de prévoir une disposition particulière dans la future Convention. Cette disposition pourrait traiter séparément des condamnations à des dommages et intérêts non compensatoires et de celles portant dommages et intérêts excessifs, bien que la discussion ait montré la difficulté d'une telle scission. Il est possible que, in fine, le problème soit traité en une seule et même disposition.

63 En ce qui concerne les *dommages et intérêts non compensatoires*, la future Convention pourrait prévoir que la partie non compensatoire des dommages et intérêts ne serait pas reconnue si, et dans la mesure où, des dommages et intérêts similaires ou comparables n'auraient pas pu être alloués dans l'Etat requis. La question de savoir si les montants alloués au titre des frais de procès sont de nature compensatoire ou non a été discutée. Il résulte de cette discussion que ces montants sont effectivement de nature compensatoire mais ils ne sont pas toujours attribués de manière directe et en tant que telle. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis, les frais de procès ne sont pas attribués à la partie victorieuse mais les dommages-intérêts punitifs sont, en partie, alloués pour couvrir les frais de procès. C'est pourquoi il convient de comprendre le terme «comparable» comme incluant toute allocation de dommages et intérêts destinée à remplir la même fonction ou le même objectif dans l'Etat requis que ceux alloués dans l'Etat d'origine.

64 En ce qui concerne les dommages et intérêts *compensatoires mais excessifs*, la discussion a d'abord porté sur ce qu'il convenait d'entendre par «dommages et intérêts excessifs». Les experts se sont mis d'accord sur le fait que seuls les dommages et intérêts manifestement abusifs ou comme certains l'ont dit «exagérément excessifs» sont concernés par cette disposition. La discussion n'a pas permis d'éclaircir complètement ce que l'on doit entendre exactement par cela. Toutefois, le standard de comparaison est constitué par les dommages et intérêts qui, dans des circonstances similaires, auraient pu être prononcés par le tribunal requis. On peut penser, bien que l'idée n'ait pas été émise au cours de la Commission spéciale, que parmi les circonstances à prendre en considération les besoins du créancier des dommages et intérêts et les moyens du débiteur de ces dommages et intérêts pourraient être pris en considération. C'est ainsi, par exemple, qu'en cas de préjudice corporel, on pourrait imaginer qu'une condamnation à des dommages et intérêts très importants ne soit pas réduite si le débiteur de cette condamnation a effectivement les moyens d'en payer le montant et que ce montant va servir à la victime pour lui assurer les moyens de subsistance nécessaires alors que le pays dans lequel elle réside ne connaît pas forcément de système d'aide publique qui lui permettrait d'être assistée. Par ailleurs, il a été mentionné par de nombreuses délégations que la discussion devant le juge requis du montant de la compensation qui doit être exécuté doit avoir lieu en présence à la fois du débiteur et du créancier du jugement étranger, de manière à ce que la décision du juge requis soit prise contradictoirement. Cette exigence militerait pour l'institution d'une procédure contradictoire dès la première phase de la reconnaissance ou de l'exécution sauf à faire un cas particulier des jugements condamnant à des dommages et intérêts excessifs. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si la Convention devait retenir une première phase unilatérale, le juge requis ne pourrait pas réduire le montant des dommages et intérêts durant la première phase, cette possibilité étant laissée au seul juge d'appel. Les avantages et inconvénients de chacune de ces deux formules n'ont pas été discutés.

COMPÉTENCES INTERDITES

65 Le point de départ de la discussion était constitué par la liste proposée par les corapporteurs et reproduite à l'annexe VI du Document préliminaire No 8. La discussion a d'abord porté sur l'exclusion de la compétence fondée sur «la poursuite d'activités

commerciales ou autres par le défendeur sur le territoire de l'Etat»⁵¹. La discussion a été grandement facilitée par un document très riche soumis par la délégation des Etats-Unis concernant la distinction entre la compétence fondée sur «*doing business*» et celle fondée sur «*transacting business*»⁵². La différence essentielle tient au fait que «*doing business*» est une compétence générale alors que «*transacting business*» est une compétence spécifique. La première est réservée aux défendeurs qui ont une activité régulière, importante et fréquente dans l'Etat fédéré concerné quelle que soit leur mode d'organisation; qu'ils y possèdent ou non des biens; y possèdent ou non un centre d'activité; que leur principal établissement ou lieu d'incorporation soit situé à l'étranger ou non. En revanche, pour «*transacting business*», la compétence peut être fondée sur un contact unique avec l'Etat fédéré concerné à condition qu'il ait été dirigé vers cet Etat ou vers un consommateur ou un fournisseur situé dans cet Etat. Pour fixer cette dernière compétence, le demandeur n'est pas obligé de démontrer un niveau d'activité aussi élevé que ce qui est nécessaire pour la compétence fondée sur «*doing business*». Par ailleurs, c'est une compétence spécifique en ce que l'action intentée à l'encontre du défendeur doit résulter directement de l'activité en cause dans l'Etat concerné.

66 Il ressort de la discussion de la Commission spéciale que seule la compétence générale fondée sur «*doing business*» pourrait être exclue par les dispositions de la Convention comme faisant partie de la liste des compétences interdites. En d'autres termes, ce qui est visé à la lettre *d* du premier paragraphe de la proposition des corapporteurs est bien la compétence fondée sur «*doing business*» et non la compétence fondée sur «*transacting business*». Il en va d'ailleurs de même de toutes les autres compétences mentionnées au premier paragraphe de la proposition des corapporteurs. Toutes ces compétences seraient interdites dans la mesure où ce sont des compétences générales. En revanche, certaines pourraient être autorisées si elles ne constituent que des compétences spécifiques. A cet égard, il a été précisé qu'aux Etats-Unis la très grande majorité des décisions sont fondées sur une compétence de «*transacting business*» et non pas de «*doing business*». En d'autres termes, il semble se dégager de la discussion que si le chef de compétence «*doing business*» devait être interdit en vertu de la Convention, ceci pourrait ne pas constituer un obstacle pour la mise en oeuvre de cette Convention aux Etats-Unis et dans d'autres pays qui possèdent des limites constitutionnelles équivalentes à celles des Etats-Unis. Bien entendu, aucune position n'a encore été arrêtée par aucune délégation et il est prématuré de dire si ce chef de compétence sera ou non interdit par la Convention. Ceci serait d'autant plus pertinent si la Convention comprend une compétence en matière contractuelle, une en matière délictuelle et une pour une activité conduite par une succursale ou un établissement. Ces trois chefs de compétence pourraient avantageusement remplacer un chef de compétence générale fondé sur «*doing business*».

67 En ce qui concerne les autres éléments de la liste, la discussion a montré que la réflexion n'a pas véritablement progressée depuis juin 1997⁵³. Si une telle liste est

⁵¹ Proposition des corapporteurs, par.1, *d*.

⁵² Etude signée par le Professeur Paul R. Dubinsky, New York Law School, intitulée "*The reach of doing business jurisdiction and transacting business jurisdiction over non-U.S. individuals and entities*".

⁵³ Un aspect, cependant, a été discuté plus que les autres: la compétence fondée sur la notification faite au défendeur lors de sa présence temporaire sur le territoire du tribunal d'origine (*tag jurisdiction*). Cette compétence, en effet, est utilisée, dans certains pays, pour poursuivre un défendeur, accusé d'une violation des droits de l'homme commise à l'étranger, alors que la compétence est fondée sur la théorie dite de «compétence universelle». Cette théorie est née en droit international public. Elle permet de poursuivre certains crimes (génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, par exemple) devant les tribunaux de n'importe quel Etat désireux d'organiser un tel procès, en se fondant sur l'idée que ces crimes ne doivent pas rester impunis, alors que le pays dans lequel ils ont eu lieu n'en poursuit pas les auteurs et qu'aucun tribunal international ne peut intervenir. Cf sur cette question: ILA, *Taipei Conference* (1998) *Committee on Human rights Law and Practice, "The Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences"*, (first Report by Menno T. Kamminga). Aujourd'hui, cette compétence semble être utilisée pour tenter d'obtenir une condamnation civile alors même que la victime ne réside pas dans le

insérée dans la Convention, il conviendra de préciser si elle est exhaustive ou seulement exemplative. La discussion n'a pas progressé sur cet aspect du problème. Par ailleurs, selon le champ d'application géographique de la Convention, certains experts ont confirmé l'idée, reprise ci-dessus⁵⁴, selon laquelle, si la Convention s'applique dès lors que le tribunal saisi est situé sur le territoire d'un Etat contractant et si la compétence de ce tribunal n'est pas fondée au titre de la Convention et qu'aucun autre tribunal d'un Etat contractant n'est compétent en vertu de la Convention, le tribunal saisi conservera la possibilité d'utiliser son droit national y compris les chefs de compétence qui seraient interdits par la Convention.

COMPÉTENCES OBLIGATOIRES

68 La véritable nouveauté des discussions qui ont eu lieu au cours de la Commission spéciale de mars 1998 a consisté à tenter de transcender la dichotomie habituelle des actions en matière contractuelle et des actions en matière délictuelle pour proposer une compétence fondée sur l'activité. Les tenants de cette proposition ont espéré ainsi pouvoir éviter les questions délicates de qualification créées par la distinction entre matière contractuelle et délictuelle. C'est pourquoi, dans les développements qui suivent, on présentera d'abord la compétence fondée sur l'activité, pour ensuite revenir de manière résiduelle à la compétence en matière contractuelle et à celle en matière délictuelle. Seront également étudiés dans les développements qui suivent l'élection de for; le déni de justice; la compétence en matière de société, avec la question particulière de la levée du voile de la personnalité morale; les contentieux complexes (pluralité de défendeur, appel en garantie ou intervention, demande reconventionnelle) et la connexité.

69 *Compétence fondée sur l'activité* – L'idée de base consiste à dire que lorsqu'une personne ou une entité a mené une activité sur un territoire et que cette activité a entraîné la naissance d'un litige, la personne ou l'entité peut être atraite devant les tribunaux de ce territoire qui ont compétence pour juger de ce litige. Le concept ainsi résumé est relativement facile à comprendre. Il s'agit d'une compétence spécifique en ce qu'elle est limitée aux actions directement issues de l'activité en cause. Mais, si le concept est relativement aisé à comprendre, la rédaction d'une disposition conventionnelle le reflétant exactement est plus ardue. La première question qui se pose est de savoir si le défendeur doit avoir agi directement ou s'il peut être attrait dans le for alors qu'il a agi par le truchement d'un tiers. Dans ce dernier cas, le tiers doit-il faire partie du même groupe (société-mère, filiale ou sous-filiale) ou peut-il être un tiers complètement indépendant du défendeur (agent commercial indépendant, distributeur, etc.) ? Afin de ne pas rendre trop complexe cette compétence, il serait peut-être préférable d'en limiter l'application aux cas dans lesquels le défendeur a agi directement ou par l'intermédiaire d'une entité ne possédant pas la personnalité morale telle une succursale, un établissement, un bureau de liaison ou un lieu d'activité économique comprenant des moyens humains et des biens ou des services. Si, en revanche, on devait admettre que le défendeur puisse être attrait dans l'Etat du for alors même qu'il a agi indirectement ou par l'intermédiaire d'un tiers, on pourrait se demander s'il ne faut pas envisager une telle compétence uniquement pour une action délictuelle (c'est le cas de l'action directe à l'encontre d'un producteur pour une

pays dont les tribunaux exercent leur compétence. Il n'est pas certain que ces actions soient couvertes par la Convention. Si elles le sont, il conviendra d'étudier avec précision les conditions nécessaires à l'exercice d'une telle compétence.

⁵⁴ Cf. *supra* No 12.

action en responsabilité du fait des produits pour vice caché par exemple) ou bien, si le tiers fait partie du même groupe économique que le défendeur, il pourrait alors être fait référence à une théorie telle celle de la levée du voile de la personnalité morale ou celle du groupe de sociétés⁵⁵.

70 Une autre question se pose qui consiste à se demander quelle est la nature et la fréquence ou l'importance de l'activité qui permet d'attirer le défendeur sur le territoire du for⁵⁶. En matière délictuelle, il est assez aisé de comprendre que la seule présence d'un produit ayant causé un dommage à une personne domiciliée sur le territoire du for, pourrait être suffisante si le défendeur a effectivement vendu le produit incriminé directement ou par un intermédiaire sur le territoire du for. En revanche, en matière contractuelle, il est moins aisé de comprendre en quoi l'activité du défendeur peut consister si ce n'est en des actes d'exécution concrets rendus nécessaires par le contrat. En effet, il ne semble pas raisonnable de pouvoir attirer le défendeur en vertu d'un contrat si la seule activité engagée sur le territoire du for a consisté dans la négociation du contrat ou même éventuellement sa signature, alors que tous les actes concrets d'exécution du contrat ont lieu à l'étranger. La question de la valeur d'une activité de sollicitation de clientèle ou de prospection des marchés demeure entière⁵⁷.

71 On le voit, une compétence fondée sur l'activité, comme toute disposition fondée sur des notions essentiellement factuelles par opposition aux notions juridiques, est un peu plus difficile à rédiger, demeurant plus vague, laissant au juge ayant à l'appliquer une marge d'interprétation plus grande et dès lors une moins grande prévisibilité dans la connaissance par les justiciables du tribunal qui sera compétent pour statuer. Ceci ne veut pas dire, loin s'en faut, qu'une telle disposition ne doit pas être recherchée et affinée, bien au contraire. On doit d'ailleurs souligner ici le rapprochement intellectuel possible avec la résidence habituelle. Lorsque cette notion, purement factuelle, a commencé à remplacer l'ancienne notion de domicile, les mêmes inquiétudes se sont exprimées. Aujourd'hui, une adaptation similaire nous est demandée pour le chef de compétence fondé sur l'activité. Gageons que certaines juridictions pourraient rencontrer certaines difficultés pour mettre en oeuvre une telle compétence. Mais l'enjeu est d'importance et il mérite une attention toute particulière. A cet égard il conviendra de préciser si une telle compétence doit réserver les clauses d'élection de for et, éventuellement, les hypothèses de comparution effective du défendeur qui ne soulève pas la question de la compétence du tribunal saisi. Une telle compétence devrait également éventuellement réserver les compétences de protection (consommateurs et travailleurs au moins)⁵⁸. Enfin, elle devrait aussi être mise en oeuvre en sus des compétences complexes si la Convention devait effectivement inclure de telles compétences.

72 *Compétence en matière contractuelle* – Pour le cas où l'on ne parviendrait pas à se mettre d'accord sur une compétence fondée sur l'activité ou si cette compétence était acquise mais n'était pas suffisante, il conviendrait de se préoccuper d'une autre

⁵⁵ Sur la question de la levée du voile de la personnalité morale et de la compétence en matière de société, cf. *infra* Nos 85 à 87.

⁵⁶ On peut aussi formuler le problème en commençant par le for du demandeur et se demander quel(s) est (sont) le(s) facteur(s) supplémentaire(s) nécessaire(s) pour que ce for soit acceptable.

⁵⁷ Cette question est particulièrement importante de nos jours compte tenu de l'essor considérable du commerce électronique et de l'interactivité croissante des sites internet.

⁵⁸ Pour les contrats conclus par les consommateurs, il a été proposé une règle plus favorable qui lui permettrait d'agir au lieu de sa résidence habituelle si le contrat en cause a été conclu dans cet Etat. Ce chef de compétence n'a pas fait l'objet de discussion spécifique.

compétence spécifique en matière contractuelle⁵⁹. Les discussions montrent que l'on recherche un lien caractéristique ou le plus étroit entre le contrat, la relation contractuelle entre les parties et le tribunal à qui compétence serait conférée. Cette recherche amène à focaliser la compétence au lieu où sont effectuées les activités nécessaires et essentielles pour l'exécution du contrat. C'est ainsi que l'on ne retiendrait pas le lieu du paiement lorsque le paiement est la simple contrepartie d'une prestation de service ou d'un bien. En revanche, le lieu du paiement pourrait redevenir important lorsqu'il est effectué dans le cadre d'un contrat ayant pour objet un prêt ou une prestation financière. A partir de là plusieurs options demeurent ouvertes. Tout d'abord, il convient de savoir si le choix effectué par les parties au contrat d'un lieu d'exécution spécifiquement désigné par une clause contractuelle est suffisant pour donner compétence au tribunal de ce lieu. On sait à cet égard que la Cour de Justice des Communautés européennes, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, a décidé qu'une telle clause ne pouvait pas conférer compétence sauf à ce qu'elle respecte les formes exigées pour les clauses attributives de juridiction⁶⁰. Par ailleurs, il conviendra de décider si l'on privilégie un centre unique d'exécution du contrat en recherchant seulement l'exécution effective des éléments essentiels pour l'exécution du contrat ou si l'on admet un éclatement potentiel du contentieux en retenant un lieu d'exécution différent selon les obligations au litige. Enfin, pour les prestations de service, il est possible que le seul lieu d'exécution pertinent soit le lieu de la résidence habituelle ou du domicile du débiteur de cette prestation.

73 Les experts n'ont pas eu le temps de s'interroger en détail sur les questions particulières posées par les contrats conclus sous forme d'échanges de données informatisées. Quelques exemples permettront de vérifier si la compétence contractuelle initialement envisagée est susceptible de donner satisfaction dans le cadre du commerce électronique. Lorsqu'une vente de marchandise est conclue électroniquement, y compris son paiement, le seul élément physique existant sera le lieu où le bien vendu va se trouver une fois le contrat exécuté. Si l'action porte sur la non-conformité du produit, un vice caché, une quantité insuffisante, un emballage inadéquat, ou tout autre mécontentement de l'acheteur vis-à-vis de ce produit, il paraîtrait que la compétence la plus appropriée serait celle donnée au tribunal du lieu où se retrouvent physiquement les biens vendus. Un tel chef de compétence est difficile à mettre en oeuvre si l'objet du litige a trait au transport (livraison tardive, transport interrompu et stockage dans un lieu autre que le lieu de livraison définitive). Lorsque le contrat porte sur une prestation de service et que celle-ci est effectuée en totalité en ligne, que le paiement est également effectué en ligne, (porte-monnaie électronique par exemple), il n'existe pas vraiment de lieu spécifique d'exécution de la prestation de service sauf à considérer que celle-ci est effectuée au lieu de résidence habituelle ou de situation du débiteur de la prestation. Or, l'on sait que ce lieu est extrêmement difficile à déterminer, compte tenu de la liberté totale de transfert des sites virtuels dont les noms de domaines ne doivent pas forcément inclure une localisation nationale. Il en résulte que le domicile du défendeur sera peut-être une compétence irréaliste qui ne pourra jamais être mise en oeuvre ou très difficilement. Dans ce cas, ne faudrait-il pas alors privilégier la compétence du domicile du demandeur?

74 *Compétence en matière délictuelle* – Il ne semble pas faire de doute qu'est compétent le tribunal du lieu où a été commis l'acte ou l'omission sur lequel la demande est fondée et qui se trouve être également le lieu où le dommage est subi. Tous les experts qui se sont exprimés semblent s'être accordés sur ce point. En revanche, est

⁵⁹ Celle-ci doit bien entendu s'entendre de tous les contrats sauf les contrats de consommation et avec les travailleurs. En outre, cette compétence est résiduelle par rapport aux clauses d'élections de fors. Il s'agit d'un for supplémentaire par rapport au for du défendeur.

⁶⁰ *Mainschiffahrts - Genossenschaft Eg (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*, aff. No C106/95, arrêt du 20 février 1997, *Recueil I*, p.911.

beaucoup plus problématique l'hypothèse dans laquelle l'acte ou l'omission a été commis sur le

territoire d'un Etat alors que le dommage est subi sur le territoire d'un autre Etat. Plusieurs propositions vont dans le sens d'admettre que la victime puisse agir au tribunal du lieu où elle subit le dommage à condition qu'elle soit la victime directe du dommage, qu'il s'agisse du dommage initial et que le défendeur ait pu prévoir que l'acte qu'il a commis a pu avoir une conséquence dans un autre Etat que celui dans lequel l'acte a été commis. Evidemment, chacun des éléments additionnels nécessaires pour la constitution de la compétence alourdit les recherches initiales que le juge devra faire pour décider s'il est ou non compétent. Toutefois, ces conditions additionnelles semblent être nécessaires dans la mesure où il a été indiqué que la compétence donnée au tribunal du for du dommage qui ne posséderait aucun autre lien avec le défendeur pourrait être un for inconstitutionnel dans un certain nombre d'Etats.

75 Grâce à un Document de travail communiqué par la délégation américaine et préparé sous la plume du Professeur Ronald A. Brand, une discussion très complète des exigences de *due process* aux Etats-Unis a pu être menée par la Commission spéciale⁶¹. Certains éléments de la discussion ont tenté d'opposer la position de la Cour Suprême des Etats-Unis en matière de *due process* et la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en vertu de l'article 5.3 de la Convention de Bruxelles de 1968 et notamment la solution que la Cour a donnée dans l'affaire *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace*⁶². Toutefois, on doit se souvenir que, depuis dix ans, chaque fois que la Cour de Justice des Communautés européennes interprète les chefs de compétence spécifiques prévus à la Convention de Bruxelles, elle prend le soin de toujours répéter que ces compétences doivent être interprétées restrictivement puisqu'elles constituent des exceptions à la compétence de principe qui est la compétence du domicile du défendeur. Le lien entre le tribunal et le défendeur est donc considéré comme très important, également pour la Cour de Justice des Communautés européennes, même si elle ne s'exprime pas de la même manière que la Cour Suprême des Etats-Unis.

76 Un certain nombre d'experts ont convenu que toute règle de compétence spécifique accordant au demandeur la possibilité de poursuivre le défendeur devant un autre for que celui de la compétence générale, devrait être définie de manière étroite avec l'objectif de maintenir un équilibre équitable entre les deux parties au procès. Dans cette perspective, il a été discuté de la possibilité de prévoir dans la Convention plusieurs règles de compétence pour des délits spécifiques comme la diffamation ou la responsabilité du fait des produits. Toutefois, il a également été noté le danger que représente une telle approche qui, en multipliant les qualifications au départ, accroît le contentieux potentiel uniquement pour définir la compétence du tribunal. C'est pourquoi il a été proposé de rechercher plutôt une règle générale pour tous les délits. Cette règle pourrait prendre comme point de départ le lieu où le dommage est subi et exiger un lien supplémentaire. Ce lien pourrait se trouver dans le lieu où est accompli l'acte ou l'omission qui a causé le dommage (sur le même territoire). Il pourrait aussi être révélé par le fait que l'auteur a dirigé son acte vers ce territoire. Cette dernière hypothèse nous rapproche de l'exigence de prévisibilité pour le défendeur, mais la preuve est plus factuelle et objective que subjective. Elle est donc plus aisée à rapporter. De plus, le critère de prévisibilité ne paraît pas entièrement satisfaisant au regard de l'intensité objective du lien de rattachement. La discussion a ensuite porté sur le fardeau de la preuve: celui-ci doit-il

⁶¹ Ce document est intitulé: "*Due Process as a limitation on Jurisdiction in U.S. Courts and a limitation on the United States at The Hague Conference on Private International Law*", proposé par le Professeur Ronald A. Brand, University of Pittsburgh School of Law.

⁶² Affaire No 21/76, arrêt du 30 novembre 1976, *Recueil* 1976, p.1735.

peser sur le demandeur ou sur le défendeur? Aucune orientation précise n'est apparue sur cette question.

77 *Election de for* – Comme il a été dit ci-dessus⁶³, les experts se sont trouvés partagés sur le point de savoir si les règles de la Convention devaient s'appliquer seulement si la clause d'élection de for désigne un tribunal d'un Etat contractant ou si elles peuvent s'appliquer même pour le cas où les parties ont décidé de soumettre leur litige à un tribunal d'un Etat non contractant. S'agissant du respect de la volonté des parties, et de l'encadrement de l'autonomie de la volonté, il semble préférable de décider que les règles de la Convention s'appliqueront à toutes clauses d'élection de for même si celles-ci désignent le tribunal d'un Etat non contractant. Ceci étant dit, la Convention pourra prévoir que cette élection de for ne sera pas valable si elle a pour objet d'évincer une compétence exclusive prévue à la Convention. En ce sens, cette disposition viendrait limiter l'autonomie de la volonté aux seules règles de compétence conventionnelle qui peuvent être écartées par les parties⁶⁴. De la même manière que pour les compétences exclusives, la Convention pourrait également prévoir une règle limitative de validité pour les clauses d'élection de for dans un certain nombre de relations juridiques, tels que les contrats conclus avec les consommateurs ou avec les travailleurs. Hormis ces hypothèses, on ne voit pas pourquoi on protégerait les parties à une clause d'élection de for au-delà de ce qu'elles ont voulu faire elles-mêmes. Si elles ont choisi un tribunal situé sur le territoire d'un Etat non contractant, elles ont pris le risque de sortir du champ d'application de la Convention et d'obtenir un jugement qui ne bénéficiera pas des règles conventionnelles de reconnaissance et d'exécution.

78 A également été discutée la question de l'exclusivité du choix effectué par les parties. Cette question recouvre au moins deux problèmes différents: 1) les parties ont-elles entendu conférer une compétence exclusive au tribunal désigné à l'exclusion de tout autre? 2) les parties ont-elles entendu soumettre tous les litiges qui peuvent les opposer quelle que soit l'hypothèse concrète survenant en pratique et même si le litige qui les oppose survient à l'occasion d'une procédure commencée par un tiers (appel en garantie notamment) ?

Sur la première question, les experts se sont trouvés partagés entre les deux branches de l'alternative: soit on exige que les parties disposent expressément dans la clause que leur choix est exclusif; soit on procède à l'opposé en présumant l'exclusivité, les parties devant alors exprimer leur volonté contraire dans la clause. Dans la deuxième branche de l'alternative, le silence de la clause entraîne automatiquement compétence exclusive du tribunal choisi.

Sur la seconde question, une alternative similaire à celle qui vient d'être exposée existe. Soit on présume que la clause d'élection de for couvre tous les litiges pouvant survenir entre les parties, soit directement entre elles, soit de manière indirecte, c'est-à-dire lorsque le procès est commencé par un tiers et que l'une des parties à la clause d'élection de for se voit atraite dans ce procès par son cocontractant. Pour que la clause n'ait pas cet effet d'application automatique à tous les litiges, y compris les litiges indirects, les parties devraient exprimer dans la clause leur volonté contraire. La deuxième branche de l'alternative permettrait de dire que seuls les litiges directs sont couverts par la clause d'élection de for. Si les parties veulent voir appliquer leur accord d'élection de for à des litiges indirects, elles devraient alors exprimer une telle volonté précisément dans la clause. Il serait préférable que la Convention prenne position sur cette question, compte tenu de son importance pratique. C'est en effet une hypothèse extrêmement fréquente notamment dans le cadre de la responsabilité du fait des produits où le distributeur assigné par un consommateur mécontent veut pouvoir atraire le

⁶³ Cf. *supra* No 14.

⁶⁴ Cf. l'article 6 § 2 de la *Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for*.

producteur dans la procédure commencée par le consommateur. Or, souvent, le contrat entre le distributeur et le producteur contient une clause d'élection de for. La disposition conventionnelle pourra apparaître, soit dans le texte consacré à la validité des clauses d'élection de for, soit dans le texte consacré aux différents chefs de compétence complexe⁶⁵.

79 Parmi les litiges couverts par la clause d'élection de for, il conviendra également de décider si on doit y inclure les mesures provisoires ou conservatoires. Là encore, la disposition à cet égard pourrait apparaître, soit dans le texte consacré à l'élection de for, soit dans le texte spécifique qui sera rédigé pour les mesures provisoires et conservatoires. Il semble que, par rapport à l'intérêt de la pratique, il serait préférable d'exclure les mesures provisoires ou conservatoires du champ d'application de la clause d'élection de for⁶⁶. En effet, limiter la possibilité de demander de telles mesures au seul juge élu par les parties peut affaiblir sensiblement l'impact et l'intérêt des mesures provisoires ou conservatoires.

80 A également été discutée la question de validité formelle de la clause d'élection de for. Par rapport aux discussions de juin 1997, il semble que les experts soient plus disposés à admettre une validité formelle plus large, notamment en ce qui concerne les nouveaux moyens de communication. C'est ainsi que l'existence de la clause pourrait être prouvée par tous moyens préservant un enregistrement complet du texte et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue entre les parties⁶⁷. On rappelle ici également, s'il en était besoin, les précisions données par la loi-type CNUDCI sur le commerce électronique et son guide pour son incorporation, articles 6.1, 7 et 8⁶⁸.

81 En ce qui concerne les contrats de travail et de consommation⁶⁹, plusieurs experts ont proposé que plutôt que d'interdire toute clause d'élection de for conclue avant la survenance du litige, il soit proposé d'admettre la validité des clauses d'élection de for *ex ante* à condition qu'elles ouvrent une option de compétence aux consommateurs ou aux travailleurs, en plus des autres compétences ouvertes par la Convention.

82 A également été discuté le point de savoir si la Convention doit comprendre une disposition privant d'effet la clause d'élection de for si elle a été obtenue par des pressions excessives, un abus de position dominante ou autres manoeuvres abusives⁷⁰. Certains experts ont trouvé extrêmement difficile l'insertion d'une telle disposition qui entraînera

⁶⁵ Cf. *infra* Nos 88 et s.

⁶⁶ Cf. l'article 6 § 4 de la *Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for*.

⁶⁷ Cette formulation est adaptée de l'article 7.2 de la Convention CNUDCI sur les garanties indépendantes, qui se lit ainsi: «Un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte dudit engagement et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue entre le garant / émetteur et le bénéficiaire».

⁶⁸ Voir ces textes au No 15, p. 22 et 24 du Doc.prél. No 8.

⁶⁹ Il est rappelé que dans l'acception qui semble se dessiner à partir des discussions de la Commission spéciale, le contrat de consommation pourrait être défini comme un contrat englobant également les prestations de services bancaires et d'assurances, à condition que le cocontractant de la banque ou de la compagnie d'assurance ait agi pour ses besoins personnels et familiaux ou en dehors de ses besoins professionnels.

⁷⁰ Cf. Article 4 § 3 de la *Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for*.

immanquablement un débat relativement complexe au stade préliminaire de la compétence, ce qui est un des obstacles que la Convention cherche à éviter. Toutefois, certains ont dit qu'ils pouvaient éventuellement accepter une telle disposition. Un petit nombre, au contraire, a jugé utile de l'insérer dans la future Convention.

83 *Déni de justice* – La question du déni de justice qui avait été abordée dans le Document préliminaire No 7⁷¹, n'a pas suscité un grand enthousiasme de la part des experts. Six réponses seulement ont été reçues, toutes d'Etats européens de tradition romano-germanique, y compris un Etat d'Europe de l'Est. De ces réponses, on peut retirer les enseignements suivants: 1) très peu de systèmes juridiques connaissent le for de nécessité fondé sur une volonté d'éviter un déni de justice; 2) ceux qui connaissent ce for de nécessité l'ont appliqué très rarement; 3) les Etats qui mettent en oeuvre le for de nécessité exigent un lien entre le litige et le for de nécessité, c'est ce que fait expressément l'article 3 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé qui dispose: «*Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes*». Les explications données en séance par les experts qui n'ont pas répondu par écrit au questionnaire confirment cette orientation.

84 La discussion a montré que les experts seraient plutôt favorables à ne pas prévoir une telle disposition dans la future Convention, même si personne n'a véritablement proposé de l'exclure expressément. Sur ce dernier point, il est clair que la solution finalement adoptée dépendra de la nature de la Convention qui sera retenue. S'il s'agit d'une convention double stricte, et que la Convention est silencieuse, le for de nécessité ne pourra pas être utilisé dans le cadre de la Convention. On peut se demander, dans ce cas, s'il ne faut pas l'introduire dans la Convention comme un for obligatoire. En revanche, si la Convention est finalement une convention mixte, le déni de justice pourrait faire partie des compétences autorisées.

85 *For de la succursale et levée du voile de la personne morale* – Ces questions ont déjà fait l'objet de développements dans les précédents rapports⁷². Le questionnaire, malencontreusement intitulé «Société fictive», aurait dû, en réalité, être placé sous l'intitulé «Levée du voile de la personnalité morale». Là encore, comme pour le déni de justice, très peu de réponses ont été reçues. Celles qui nous sont parvenues montrent que les cas dans lesquels les tribunaux acceptent de passer outre la personnalité morale d'une société sont très limités. Une telle hypothèse existe lorsqu'il y a eu fraude au droit d'un créancier, ou bien s'il y a confusion de patrimoine ou d'identité entre deux sociétés ou, parfois, contrôle complet d'une société (souvent une filiale) par une autre (souvent la société-mère). Les cas dans lesquels on admet la levée du voile de la personnalité morale lorsqu'il y a confusion entre la société-mère et la filiale constituent une application de la théorie de l'apparence. Le tiers qui demande à bénéficier de la levée du voile de la personnalité morale doit démontrer qu'il était fondé à croire que la société-mère s'engageait alors qu'il la contractait avec la filiale (ou vice-versa).

86 La discussion a montré que le problème est de toute manière plus large, dans certains pays, que la simple relation société-mère à filiale. En effet, certains systèmes judiciaires permettent d'attirer une société étrangère devant les tribunaux du for alors même que cette société étrangère a mené une activité par l'intermédiaire d'une société indépendante⁷³.

⁷¹ No 68 avec un questionnaire reproduit à l'annexe III.

⁷² Doc.prél. No 7, Nos 87 et 88, 123 et annexe IV; Doc.prél. No 8, Nos 10 à 12 et 28 à 34.

⁷³ L'exemple donné relève de la responsabilité du fait des produits. Une société étrangère, ayant manufacturé les produits qui ont causé un dommage, peut être attirée devant un tribunal du lieu où le

87 Indépendamment de l'hypothèse de la responsabilité du fait des produits pour lequel les solutions connues par les divers systèmes juridiques, bien qu'exprimées de manière différente, sont extrêmement proches, on peut se demander s'il y a place dans la future Convention pour une règle qui permettrait de passer outre la personnalité morale d'une société pour atteindre une autre société. Bien entendu, cette question doit être différenciée de celle qui permet d'assigner au for de la succursale, de l'établissement ou de toute autre centre d'activités n'ayant pas une personnalité juridique distincte⁷⁴.

88 *Compétences complexes* – Il existe essentiellement trois types de compétences complexes, la pluralité de défendeurs, la demande reconventionnelle et l'appel en garantie ou intervention. Pour chacune de ces compétences complexes, des abus ou fraudes peuvent éventuellement exister qui devront faire l'objet d'une discussion particulière. Par ailleurs, comme il a été dit au cours des développements consacrés à l'élection de for⁷⁵, il conviendra de s'interroger sur l'influence d'une clause de l'élection de for sur ces compétences complexes.

89 Sur la question de la *pluralité de défendeurs*, la règle traditionnelle et la plus communément admise en Europe, consiste à limiter la possibilité d'attirer plusieurs défendeurs devant le même tribunal, à la condition que ce tribunal soit celui du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des défendeurs, c'est-à-dire un tribunal qui possède déjà une compétence générale. On doit, cependant, signaler au moins une disposition qui permet d'attirer plusieurs défendeurs devant un tribunal qui possède une compétence spécifique. Il s'agit d'une règle insérée à l'article 129. 3 de la Loi fédérale suisse de droit international privé, qui dispose: «*Si plusieurs défendeurs peuvent être recherchés en Suisse et si les prétentions sont essentiellement fondées sur les mêmes faits et les mêmes motifs juridiques, l'action peut être intentée contre tous devant le même juge compétent; le juge saisi en premier lieu a la compétence exclusive*»⁷⁶. Pour éviter les abus, et empêcher qu'un défendeur soit attiré dans une procédure uniquement pour permettre au demandeur de bénéficier d'un for qui autrement ne lui aurait pas été ouvert, il est fréquent d'exiger que les demandes dirigées à l'encontre des divers défendeurs soient liées par un lien de connexité⁷⁷. Dans certains systèmes juridiques, s'il n'est pas obligatoire que tous les critères de la connexité soient réunis, on exige au moins que le demandeur exerce une action directe et personnelle contre chacun des défendeurs et que la question à juger soit la même pour tous ou, si elle n'est pas identique, qu'il y ait au moins une grande similitude entre les différentes demandes.

90 Une délégation au moins a indiqué qu'une telle compétence complexe serait contraire aux dispositions constitutionnelles de son pays et qu'une convention contenant une telle compétence ne serait donc pas acceptable. Plusieurs experts ont cependant souhaité qu'un effort de rédaction soit fait pour parvenir à une solution satisfaisante par

produit a causé le dommage même si elle a commercialisé ses produits par l'intermédiaire d'un distributeur indépendant. Une telle action est qualifiée d'action directe dans les pays de tradition romano-germanique. Elle est rendue possible à l'encontre du producteur étranger car la compétence est souvent fondée sur le lieu où le dommage est subi (art.46, 3^{ème} al. du Nouveau Code de procédure civil français ou art. 129.2 de la Loi fédérale suisse de droit international privé du 18 déc. 1987). Le droit anglais connaît une solution similaire (cf. *Distillers Co. v. Thompson* [1971] A.C. 458, décision du *Privy Council* sur un renvoi de l'Australie).

⁷⁴ Cf. la discussion sur ce point qui a été menée *supra* No 69.

⁷⁵ Cf. *supra* Nos 77 et s.

⁷⁶ Il est à noter, cependant, que ce texte est plus de portée locale qu'internationale puisqu'il doit exister un for en Suisse pour chacun des défendeurs.

⁷⁷ C'est notamment ce qu'a décidé la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Kalfelis*, No 189/87, arrêt du 27 septembre 1988, *Recueil* 1988, p.5565, rendue en vertu de l'article 6.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

rapport à ces exigences constitutionnelles. En effet, il a été indiqué que cette compétence est extrêmement utile dans le contentieux international; elle évite les procédures multiples; elle permet également d'éviter des jugements inconciliables. Au pire, si une telle rédaction satisfaisante pour tous les systèmes juridiques ne pouvait être trouvée, et si la Convention finalement adoptée était une convention mixte, la compétence fondée sur la pluralité de défendeur pourrait éventuellement se trouver dans la liste des compétences autorisées mais non obligatoires.

91 Pour ce qui est des *demandes reconventionnelles*, la discussion n'a pas montré d'opposition à admettre la compétence du juge saisi d'une demande principale pour connaître également des demandes reconventionnelles présentées par le défendeur. Certains experts ont néanmoins souhaité que la demande reconventionnelle ait un lien avec la demande principale. Pour d'autres, la demande reconventionnelle doit être définie largement. En matière contractuelle, par exemple, elle ne doit pas forcément être liée au même contrat.

92 Quant à l'*appel en garantie ou en intervention*, certains systèmes juridiques ignorent ce mécanisme procédural. Parmi ceux-ci, certains pays européens ont d'ailleurs obtenu une exception à la Convention de Bruxelles et à la Convention de Lugano qui prévoient un tel for. Pour ces pays, en effet, l'appel en garantie n'est pas permis; seule la dénonciation de la procédure (*litis denuntiatio*) étant possible. Une telle dénonciation est également possible dans les systèmes de *common law* sous le nom de «*Interpleader*»⁷⁸ dont le mécanisme procédural est proche de la *litis denuntiatio*.

93 *Connexité* – Pour les systèmes qui connaissent la règle de la connexité, il ne s'agit pas d'une règle de compétence directe mais d'une exception qui permet de joindre, devant un même juge, des demandes initialement formées devant des juridictions d'Etats différents. Cette règle est souvent limitée aux demandes pendantes au premier degré⁷⁹. Les règles exigent généralement que ce soit la juridiction saisie en second lieu qui se dessaisissent au profit de la première saisie. Mais, parfois, la juridiction saisie en second lieu peut simplement surseoir à statuer.

La notion de connexité est définie généralement de la manière suivante: il s'agit de demandes ou de litiges liés par un rapport si étroit qu'il en va de l'intérêt d'une bonne justice de les instruire et juger en même temps; l'objectif étant d'éviter que si elles étaient jugées séparément, des décisions inconciliables puissent être rendues.

Lorsque l'un des différends est porté devant une juridiction qui a compétence exclusive alors que l'autre est porté devant une juridiction dont la compétence n'est pas exclusive, la connexité entraîne généralement une exception à la règle du tribunal premier saisi pour faire prévaloir le tribunal dont la compétence est exclusive. En revanche, si les deux tribunaux ont des compétences exclusives, la connexité ne jouera pas et chaque tribunal conservera la plénitude de sa compétence, chaque affaire étant jugée séparément.

⁷⁸ Il s'agit d'une procédure par laquelle est déterminé qui parmi plusieurs requérants a le droit de recevoir un bien ou une somme d'argent détenu(e) par un tiers qui ne possède aucun titre à son égard. Le tiers peut appeler en intervention tous les requérants de manière à ce que leurs droits respectifs soient adjugés, afin qu'il ne soit pas exposé à payer deux fois.

⁷⁹ C'est le cas de l'article 22 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et de l'article 101 du Nouveau Code de procédure civil français.

94 Indépendamment du point de savoir si la Convention contiendra une exception de connexité, il convient d'étudier la possibilité de transformer l'exception de connexité en règle de compétence directe. La question s'est posée notamment dans le cadre des révisions des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Toutefois, lorsque l'on a essayé de rédiger une clause de compétence directe fondée sur la connexité, les difficultés de rédaction ont été telles que le Groupe de travail a, pour l'instant, renoncé à proposer une telle clause.

CLAUSES D'EXCEPTION EN MATIÈRE DE COMPÉTENCE DIRECTE

95 Comme nous avons choisi de traiter de la question de la connexité comme le dernier élément discuté par la Commission spéciale dans les compétences obligatoires, nous ne reviendrons pas sur cette question dans les développements qui suivent, bien que, comme nous l'avons dit ci-dessus, pour le moment, la connexité est une exception plutôt qu'une règle de compétence directe. En tant que telle, elle devrait donc naturellement trouver sa place dans le présent chapitre. Les deux clauses qui ont été longuement discutées au cours de la Commission spéciale et qui feront l'objet de développements ci-dessous concernent d'une part la litispendance et d'autre part le *forum non conveniens* ou le pouvoir du juge de refuser d'exercer la compétence qui lui est attribuée en vertu des règles conventionnelles.

96 *Litispendance* – Il existe en réalité trois options principales pour régler les cas de litispendance qui pourraient se faire jour dans le cadre de la future Convention⁸⁰. Ces trois options sont les suivantes: 1) ne pas avoir de règle spécifique de litispendance et s'en tenir à une clause de *forum non conveniens* si celle-ci était insérée dans la Convention; 2) privilégier une règle donnant systématiquement priorité au tribunal premier saisi ainsi qu'il est fait à l'article 21 de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Lugano; 3) avoir une approche plus flexible et privilégier une règle fondée sur un autre critère que le critère temporel⁸¹.

97 Sur la première approche, il est difficile à ce stade de s'en remettre à une clause de *forum non conveniens*. En effet, il n'est pas du tout certain au stade actuel des discussions que la Convention contienne une telle clause de *forum non conveniens*. De surcroît, si même la Convention devait prévoir une telle clause, son exact champ d'application et son régime ne sont, pour le moment, pas du tout clairs⁸².

98 A l'encontre de la deuxième option, on peut souligner les difficultés tenant à la notion de «saisine» d'un tribunal, les systèmes étant sensiblement différents les uns des autres. Certains systèmes considèrent que la saisine du tribunal a lieu dès lors que le dossier est remis au greffe alors même que le défendeur n'est pas encore cité. Pour d'autres juridictions, la saisine ne peut avoir lieu que si le défendeur a été cité, ce qui retarde d'autant la saisine du tribunal. Il a même été fait remarqué que puisque la future Convention aura une vocation mondiale, avec les décalages horaires, la saisine de chacun

⁸⁰ Il est précisé ici, comme nous l'avons dit ci-dessus No 3, que les cas de litispendance dans la Convention dont on doit d'abord se préoccuper sont ceux survenant entre des tribunaux de deux Etats contractants. Il reste à voir si la Convention doit se prononcer pour les cas de litispendance entre un tribunal d'un Etat contractant et un tribunal d'un Etat non contractant.

⁸¹ Il existe une quatrième option qui consisterait à n'avoir ni règle de litispendance ni disposition de *forum non conveniens* et s'en remettre à des solutions *a posteriori* fondées sur *res judicata* et l'inconciliabilité de décisions. Cette option paraît difficilement viable mais elle devait néanmoins être mentionnée.

⁸² Cf. la discussion *infra* Nos 101 et s.

des tribunaux peut simplement résulter du décalage horaire, ce qui aurait pour conséquence de laisser la solution de la litispendance au pur hasard.

99 A l'encontre de la troisième option, il a été indiqué à plusieurs reprises qu'une règle flexible entraînerait des délais supplémentaires pour la mise en place de la procédure ainsi que des coûts supplémentaires. Une des critiques souvent entendue à l'encontre d'une solution flexible qui permettrait aux juges saisis en même temps de dialoguer pour savoir quel est le mieux placé pour statuer sur le litige, consiste à dire que ce dialogue ne pourrait en aucune manière être valable s'il devait se faire «par-dessus la tête des parties». Il est clair, en effet, que toute solution flexible qui passerait par un éventuel dialogue entre juges, devrait respecter scrupuleusement le principe du contradictoire, les parties étant appelées à formuler leurs observations. On peut d'ailleurs parfaitement imaginer que les techniques actuelles de dialogues par ordinateurs (plusieurs personnes peuvent être en ligne en même temps et consulter en temps réel les mêmes documents et dialoguer ensemble) pourraient servir à établir une communication entre les juges concernés en présence de toutes les parties au procès.

100 Une proposition alliant à la fois la règle *prior tempore* et une règle plus flexible a été tentée qui peut se résumer ainsi:

(a) Le tribunal saisi en second sursoit à statuer à condition que le tribunal saisi en premier lieu soit en mesure de rendre une décision dans un délai raisonnable et que cette décision soit susceptible de reconnaissance ou d'exécution sur le territoire du tribunal saisi en second lieu.

(b) La saisine du tribunal serait définie, aux fins de la Convention comme ayant lieu après que le défendeur a été cité et que le litige a été soumis au tribunal.

(c) Si le tribunal saisi en premier considère que celui saisi en second est manifestement plus approprié pour résoudre le litige, il peut, après s'être assuré que le tribunal saisi en second accepte d'exercer sa compétence, surseoir à statuer et renvoyer les parties devant ce tribunal.

On pourrait imaginer que la règle *prior tempore* soit abolie de toute manière et que l'on ne maintienne que la règle flexible exposée en (c) ci-dessus et qui serait mise en oeuvre par le tribunal premier saisi. Dans cette hypothèse, le tribunal saisi en second serait lié par la décision prise par le tribunal premier saisi. Si ce dernier accepte sa compétence, le tribunal saisi en second devrait surseoir; si, en revanche, il refuse sa compétence, le tribunal second saisi devrait l'exercer. En tout état de cause, dans ce mécanisme, la notion de saisine du tribunal doit être définie.

Si l'on voulait éviter toute définition de la notion de saisine du tribunal, il conviendrait de ne plus raisonner en fonction de la date à laquelle les tribunaux ont été saisis et exiger des tribunaux qu'ils prennent leur décision ensemble, dans un bref délai, les parties ayant été entendues.

Par ailleurs, quelle que soit la solution donnée à la litispendance, il conviendra de s'assurer que la forclusion de l'action ne peut pas intervenir du seul fait de la mise en oeuvre de la règle de litispendance. C'est pourquoi, il serait préférable de prévoir un simple sursis à statuer plutôt qu'un dessaisissement jusqu'à temps qu'une décision soit rendue. Le dessaisissement n'aura lieu que lorsque le tribunal qui exercera effectivement sa compétence aura rendu sa décision et que celle-ci sera susceptible de reconnaissance et d'exécution dans l'autre territoire.

101 *Forum non conveniens* – La question du *forum non conveniens* a été discutée pour la première fois au cours de la Commission spéciale du mois de mars 1998 au vu de propositions concrètes déposées par certaines délégations. Le caractère très général de la clause proposée et l'application très large, relativement peu encadrée et s'appliquant pour tous les chefs de compétence de manière indifférenciée, a entraîné une réaction de rejet assez virulente menée essentiellement par les experts des systèmes de tradition romano-germanique. Cette réaction était d'autant plus étonnante que les discussions préliminaires qui avaient eu lieu au cours des deux Commissions spéciales de faisabilité de juin 1994 et de juin 1996 avaient montré une relative adhésion à un système de clause d'exception, d'application ponctuelle et suffisamment encadrée⁸³. Il est donc particulièrement délicat de conclure sur cette question à partir des discussions de la Commission spéciale de mars 1998. Il nous revient ici de tenter de donner une image la plus fidèle possible des discussions qui ont été menées.

102 L'une des propositions est fondée sur l'idée que la disposition conventionnelle serait optionnelle. En ce sens il convient de comprendre que seuls les Etats qui connaissent déjà le système du *forum non conveniens* dans leur droit national pourraient continuer à mettre en oeuvre cette doctrine, les Etats qui l'ignorent dans leur droit national n'étant pas obligés de la mettre en oeuvre et ainsi de modifier la pratique habituelle de leurs juges. A l'encontre d'une telle proposition, il a été fait remarquer que la prévisibilité, dont on a convenu qu'il s'agit d'un des objectifs de la future Convention, ne serait pas préservée puisque les justiciables ne sauraient pas par avance si le juge qu'ils saisiront appliquera ou n'appliquera pas la clause de *forum non conveniens*. Par ailleurs, si l'on devait retenir l'idée d'une clause optionnelle, encore faudrait-il décider si le renvoi peut avoir lieu au profit d'un tribunal situé dans un pays qui ne connaît pas la théorie du *forum non conveniens*. Dans l'affirmative, ce tribunal sera-t-il obligé d'accepter le renvoi qui lui est fait ou pourra-t-il le refuser?

103 Par ailleurs, l'une des propositions permet au juge de refuser d'exercer sa compétence au profit de n'importe quel autre tribunal, que celui-ci soit ou non situé sur le territoire d'un Etat contractant. La seconde proposition discutée au cours de la Session, en revanche, limite le droit du juge aux seuls cas dans lesquels le tribunal plus approprié est un tribunal d'un Etat contractant. En faveur de la première option, il a été fait remarquer que l'affaire peut présenter des liens étroits avec un Etat non Partie à la Convention, justifiant que le tribunal saisi refuse d'exercer la compétence qui lui est conférée par la Convention. Le fait de vouloir toujours conserver la compétence sur le territoire d'un Etat Partie n'est pas considéré comme une fin en soi par les experts qui sont favorables à cette première option. En revanche, le fait que la compétence serait alors exercée par un tribunal d'un Etat non Partie, ce qui ferait vraisemblablement perdre au demandeur le bénéfice d'une exécution facilitée s'il venait à gagner le procès, pouvait être un des facteurs à prendre en considération par le tribunal saisi avant de décider le renvoi de l'affaire.

104 Les deux propositions prévoient que la clause de *forum non conveniens* ne sera pas mise en oeuvre par le juge *sua sponte* mais à la demande du défendeur ou de toute partie au litige. La discussion a montré que si l'on devait admettre une clause il faudrait effectivement en limiter l'applicabilité au seul cas dans lequel le défendeur en demande l'application. Ceci impliquera également que pèsera sur le défendeur la charge de la preuve que les conditions de mise en oeuvre de la doctrine sont effectivement remplies.

⁸³ Cf. la discussion résumée au Doc.prél. No 7 aux Nos 67 à 75 ainsi que les documents issus des Commissions spéciales de juin 1994 et juin 1996 cités à la note 100 du Doc.prél. No 7.

105 L'une des propositions spécifie que la demande du défendeur doit être introduite «au début des procédures». Cette précaution a paru indispensable à certains experts. Quelques-uns iraient même plus loin en exigeant que la décision du juge soit prise dans un bref délai et qu'elle ne puisse faire l'objet d'un recours. Ces diverses hypothèses de précision procédurale n'ont pas été discutées en détail par la Commission spéciale.

106 Les deux propositions tendent de rendre l'exercice auquel doit se prêter le juge un peu plus prévisible pour les parties en énonçant les circonstances qu'il peut prendre en considération pour décider s'il doit ou non refuser d'exercer sa compétence. Toutefois, les deux listes partent du principe qu'elles sont exemplatives et non limitatives, ce qui confère à l'exercice un caractère d'imprévisibilité qui a entraîné en partie les oppositions exprimées au cours des discussions. A partir de ce point de départ commun, les deux propositions comportent une liste de facteurs relativement distincts, l'une étant centrée quasi exclusivement sur les questions de preuve (lieu de situation des preuves y compris des témoins, langues utilisées par les témoins et les documents), le droit applicable et le temps durant lequel une action a d'ores et déjà été pendante devant un autre tribunal. Dans cette proposition, le caractère de commodité d'accès pour les parties au litige et les témoins est également un facteur à prendre en considération par le juge. Dans l'autre proposition, cet élément de commodité est complété par une appréciation du coût de la procédure alternative pour les parties et les témoins; le reste des facteurs à prendre en considération ont trait à une bonne administration de la justice (éviter la multiplicité des instances judiciaires, éviter que des décisions contradictoires soient rendues, prendre en considération l'exécution future du jugement à intervenir).

107 L'une des propositions contient une disposition permettant aux tribunaux en cause de procéder à un échange de vues. Cette disposition rapproche la clause proposée d'une disposition destinée à régler les cas de litispendance. Elle est plus difficile à mettre en oeuvre lorsqu'il n'y a pas encore litispendance. En tout état de cause, les remarques qui avaient été exprimées par les experts à propos d'une telle disposition ont déjà été rappelées lors des développements consacrés à la litispendance⁸⁴.

108 Les deux propositions contiennent des formulations tendant à permettre au juge saisi de surseoir à statuer et non de se dessaisir complètement du litige, de manière à éviter des conséquences en matière de forclusion et l'hypothèse dans laquelle l'autre tribunal jugé plus approprié par le juge saisi refuserait lui-même d'exercer sa compétence. Cette idée de sursis à statuer, indépendamment d'une formulation à affiner, est effectivement nécessaire si une clause de *forum non conveniens* devait être insérée dans la Convention.

109 L'une des propositions contient une disposition destinée à empêcher, au stade de la reconnaissance et de l'exécution du jugement, que le juge requis soit influencé par la décision prise par le juge en vertu de la disposition de *forum non conveniens*. Cette disposition est certainement la bienvenue si la clause de *forum non conveniens* est limitée à l'hypothèse d'un refus d'exercer la compétence au profit d'un tribunal d'un autre Etat contractant. En revanche, on voit mal comment une telle disposition pourrait survivre si la clause devait demeurer aussi large que celle proposée au cours de la Commission spéciale permettant, comme il a été dit ci-dessus, au juge saisi de refuser d'exercer sa compétence au profit d'un tribunal situé sur le territoire d'un Etat non contractant.

⁸⁴ Cf. *supra* Nos 96 et s.

110 Aucune des deux propositions ne contient l'hypothèse dans laquelle le tribunal saisi qui décide de refuser d'exercer sa compétence peut (doit?) exiger du défendeur des garanties comme cela a été suggéré par un expert au moins.

111 Par ailleurs, dans les textes soumis, rien n'était dit sur le point de savoir si la clause de *forum non conveniens* peut être utilisée dans les litiges pour lesquels la Convention prévoit des compétences exclusives, des compétences de protection et en cas d'élection de for par les parties. Au cours de la discussion un expert a néanmoins mentionné que ces différentes hypothèses seraient réservées et ne pourraient donner lieu à l'application de la clause de *forum non conveniens*.

112 Pour finir, il convient de noter que plusieurs experts ainsi que le Président de séance ont rappelé que la Convention comprendra une règle sur la litispendance et qu'il conviendra ensuite de vérifier si, en pratique, il est encore nécessaire de prévoir une clause générale de *forum non conveniens*. Si tel est le cas, cette clause sera utile pour allier deux principes opposés: la certitude et les réalités concrètes. Il devrait être possible de trouver un terrain d'entente pour des cas limitativement énumérés.

QUESTIONS DE COMPÉTENCE NON DISCUTÉES PAR LA COMMISSION SPÉCIALE

113 *Actions de groupes* – Les experts ont préféré ne pas aborder cette question complexe d'autant que il n'a pas encore été possible de préparer une note de droit comparé sur cette question. Cette note ne pourra être préparée suffisamment à temps pour la Commission spéciale de novembre 1998 mais elle devrait être prête pour la Commission spéciale de juin 1999.

114 *Compétences de protection* – Ces questions avaient été discutées de manière relativement approfondie au cours de la Commission spéciale de juin 1997 et ont fait l'objet de développements dans le Document préliminaire No 8⁸⁵. Elles n'ont été discutées qu'incidemment par la Commission spéciale de mars 1998 sans que l'on puisse en tirer des conclusions à ce stade.

115 *Mesures provisoires et conservatoires* – L'étude promise par le Bureau Permanent a pris un peu de retard dans la mesure où il a été plus difficile que prévu de réunir la documentation de base sur un certain nombre de systèmes juridiques. La note devrait être prête pour distribution aux experts suffisamment à temps pour leur permettre de préparer la Commission spéciale de novembre 1998. A cet égard, il a été mentionné que, dans la pratique internationale contemporaine, les injonctions ordonnant à une partie de divulguer la localisation et la constitution de son patrimoine sont de plus en plus fréquentes. Il est clair que la pratique continuera à développer certains instruments qui n'auront pas forcément été envisagés lors de la rédaction de la future Convention. Il conviendra de rédiger les dispositions de manière suffisamment large pour permettre l'application de la Convention à des hypothèses pratiques nouvelles. Enfin, l'expert de la France a fait part à la Commission spéciale qu'en 1996, sur deux millions de décisions rendues, six cents mille l'avaient été à la suite d'une procédure de référé. Il informe la Commission qu'il remettra au Bureau Permanent pour distribution aux experts une note décrivant les procédures de référé afin que celles-ci soient mieux connues et puissent être prises en considération dans les discussions futures sur les mesures provisoires et conservatoires.

⁸⁵ Cf. Nos 46 à 53.

116 Propriété intellectuelle – La Commission spéciale n'a pas discuté spécifiquement de cette question mais il doit être signalé à cet égard qu'il conviendra de garder à l'esprit, en rédigeant les dispositions conventionnelles, les cas spécifiques des droits de propriété intellectuelle et notamment les cas de contrefaçon, validité et autres actions judiciaires liées. Un Document de travail distribué au mois de juin 1997 a appelé l'attention des experts sur le fait que la tendance actuelle en matière de propriété intellectuelle est de considérer que les droits conférés par un brevet, une marque, un droit d'auteur ou tout autre droit de propriété intellectuelle peuvent être soumis à un autre tribunal que celui du lieu où ces droits ont été enregistrés. Il serait possible alors de conférer une compétence non seulement au tribunal du lieu de l'enregistrement mais aussi au tribunal qui possède une compétence en matière de délit, de contrat, ou toute autre compétence pertinente pour les droits de propriété intellectuelle. Dans une telle hypothèse, le tribunal du lieu d'enregistrement rendrait une décision qui aurait une valeur *erga omnes* alors que tout autre tribunal compétent en vertu de la Convention rendrait une décision dont les effets seraient limités aux seules parties au litige. Il avait été également suggéré qu'une clause de *forum non conveniens* pourrait permettre au juge du lieu d'enregistrement de refuser d'exercer sa compétence au profit d'une autre juridiction mieux placée. Enfin, on doit reconnaître qu'en matière de licence, et pour tout litige qui est issu de ces contrats, la plupart du temps, il y aura une clause d'élection de for qui devra être respectée. Il conviendra de s'assurer que, pour les cas dans lesquels aucune clause d'élection de for n'existe, le for du contrat prévu par la Convention soit un for équitable et efficace en matière de contrat de licence.

117 Trusts – Il est rappelé à cet égard qu'un Document de travail de synthèse avait d'ores et déjà été préparé par la Commission spéciale de juin 1997 et a été reproduit à la note 42 du Document préliminaire No 8. Les discussions de la Commission spéciale de novembre prendront pour base ce Document de travail de synthèse.

INTERPRÉTATION UNIFORME

118 Les experts sont revenus sur la brève discussion qui avait eu lieu en juin 1997. Un certain nombre d'experts ont dit ne pas être convaincus par l'argument doutant du caractère «démocratique» du panel d'experts proposé dans le Document préliminaire No 7⁸⁶. Un nombre important d'experts s'est exprimé pour dire que si l'on retenait l'idée de panel d'experts, leurs avis ne pourraient pas être obligatoires. Divers arguments ont été avancés pour justifier une telle position et notamment le fait que le pouvoir juridictionnel des juges de chaque Etat ne peut ne pas être limité par une décision obligatoire prise par une autorité non juridictionnelle. Par ailleurs, certains experts se sont montrés inquiets des délais très importants qui pourraient être imposés à des litiges individuels si les panels d'experts étaient réunis à l'occasion de ces litiges. De plus, on a fait remarquer que des avis rendus par des panels formés *ad hoc* n'auraient pas de valeur de précédent et seraient donc d'une utilité très limitée dans une interprétation uniforme. A cet argument, certains experts ont répondu que les avis donnés par les panels d'experts auraient la valeur que la notoriété et l'expérience de ces experts pourraient leur donner et que la force des avis rendus serait plus persuasive qu'obligatoire. Il a ensuite été évoqué la possibilité de réunir des commissions consultatives périodiques. Plusieurs experts ont alors émis l'idée que l'on pourrait proposer une combinaison des deux systèmes des panels *ad hoc* dans des cas individuels et des commissions consultatives périodiques. On pourrait imaginer un système dans lequel les parties pourraient demander au juge le renvoi d'une question à un panel d'experts qui serait réuni *ad hoc*. On pourrait également imaginer

⁸⁶ Cf. Nos 200 et 201 ainsi que le No 89 du Doc.prél. No 8.

que la réunion d'un tel panel d'experts serait demandée par le juge lui-même. Par ailleurs, les commissions consultatives périodiques pourraient être réunies à la demande d'un ou de plusieurs Etats. Dans ce cas, pour éviter les inconvénients mentionnés au cours des discussions, on pourrait imaginer d'accorder un temps limité (quelques semaines par exemple) au panel d'experts pour qu'il donne son avis interprétatif.

CLAUSES FÉDÉRALES

119 Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la question des clauses fédérales n'intéresse pas seulement les Etats fédéraux. Il existe en réalité trois types de clauses fédérales: 1) les clauses fédérales *stricto sensu*, c'est-à-dire celles par lesquelles l'Etat décide d'appliquer la Convention, soit sur l'intégralité de son territoire, soit à certains de ses Etats ou régions fédérés; 2) les clauses qui décident si la Convention doit s'appliquer ou non aux conflits purement internes; 3) les clauses qui déclarent si les règles de la Convention doivent déterminer la compétence de l'Etat dans son ensemble ou celle de l'un de ses systèmes juridiques ou judiciaires spécifiquement désignés. Alors que, traditionnellement, la question des clauses fédérales est traitée par un comité *ad hoc*, issu de la Commission spéciale, regroupant les Etats intéressés, il a été suggéré que la question notamment dans sa troisième acception intéresse tous les Etats, y compris ceux qui ont un système juridique et judiciaire unifié. Elle devra guider la rédaction des clauses de la future Convention. Notamment, elle dictera le point de savoir si les clauses de compétence désignent la compétence de l'Etat dans son ensemble ou bien également la compétence interne. Ainsi, la clause donnant compétence au tribunal de la résidence habituelle du défendeur peut soit se contenter de désigner l'Etat de cette résidence ou au contraire le lieu de cette résidence. Pour les parties au litige et chaque fois que cela est possible, il est préférable que les dispositions conventionnelles soient rédigées en termes précis (compétence internationale et compétence interne). Ceci accroît notamment la certitude et la prévisibilité des solutions. Cependant, si la Commission spéciale devait finalement décider que les règles de compétence directe doivent être rédigées en terme de compétence internationale seulement, il conviendrait alors de s'assurer des règles permettant, au stade de la reconnaissance et de l'exécution, la vérification de la compétence locale. Cette question prend certes une importance toute particulière dans les Etats à système judiciaire non unifié puisque les règles de procédure suivies par les tribunaux des Etats fédérés peuvent différer largement les uns des autres. Toutefois, elle n'est pas innocente pour les systèmes unifiés.

ADHÉSION À LA CONVENTION

120 La Commission spéciale n'a pas eu le temps de discuter d'une question qui fait toujours l'objet d'une ou plusieurs dispositions dans les Conventions de La Haye. Il s'agit des conditions d'adhésion à la future Convention.

Dans la tradition de la Conférence de La Haye, il est fait une différence entre les Etats qui étaient Membres de la Conférence lors de la Session diplomatique au cours de laquelle a été adoptée la Convention et ceux qui n'en étaient pas Membres. Pour les premiers, auxquels sont parfois assimilés les Etats qui ont été invités à participer à la Conférence diplomatique, il leur suffit de ratifier la Convention après l'avoir signée et de déposer leur instrument de ratification auprès du Dépositaire, en l'occurrence le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas. En revanche, pour les Etats qui n'étaient pas membres de la Conférence lors de la Session diplomatique concernée, les systèmes mis en place par les Conventions diffèrent. On peut en relever essentiellement trois:

- Premier système: l'adhésion n'a d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérent et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection⁸⁷;
- Deuxième système: l'Etat dépose son instrument d'adhésion auprès du Dépositaire puis les Etats qui ont ratifié la Convention avant ce dépôt ont un certain délai pour notifier leur opposition. Si après ce délai il n'y a pas eu d'opposition, la Convention entrera en vigueur pour l'Etat adhérent⁸⁸;
- Troisième système: l'adhésion n'a d'effet que dans les rapports entre les Etats adhérents et les Etats contractants qui auront expressément déclaré accepter cette adhésion⁸⁹.

121 Les questions qui se posent pour la future Convention sont les suivantes: le système d'acceptation tacite est-il suffisant? Dans la négative, il conviendra de mettre en place un système d'acceptation expresse ainsi qu'il a été exposé ci-dessus (troisième système). Toutefois, un Document de travail proposé par une délégation soulève la question de savoir si ce système d'acceptation expresse doit être limité, comme il est de tradition au sein de la Conférence de La Haye, aux Etats non Membres de la Conférence ou doit être étendu à tous les Etats, y compris les Etats Membres.

⁸⁷ *Convention du premier juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères* (art.13); *Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers* (art.12); *la Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions* (art.42); *Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires* (art.31); *Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice* (art.32); *Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* (art.28); *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (art.44); *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (art.58). Le délai dans lequel les Etats contractants peuvent soulever des objections varie, certaines prévoyant six mois et d'autres douze. Les deux Conventions les plus récentes prévoient six mois.

⁸⁸ *Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption* (art.20); *Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale* (art.28); *Convention du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for* (art.18); *Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* (art.29).

⁸⁹ *Convention du 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels* (art.13); *Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants* (art.17); *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs* (art.21); *Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps* (art.28); *Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière* (art.18); *Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale* (art.39); *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (art.38).