

**LES CONVENTIONS D'ELECTION DE FOR DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL :  
LEUR UTILISATION ET LES PROBLEMES JURIDIQUES QU'ELLES SOULEVENT  
DANS LE CADRE DU TEXTE PROVISOIRE**

*établi par Avril D. Haines  
pour le Bureau Permanent*

\* \* \*

**CHOICE OF COURT AGREEMENTS IN INTERNATIONAL LITIGATION:  
THEIR USE AND LEGAL PROBLEMS TO WHICH THEY GIVE RISE  
IN THE CONTEXT OF THE INTERIM TEXT**

*submitted by Avril D. Haines  
for the Permanent Bureau*

*Document préliminaire No 18 de février 2002  
à l'intention de la Commission I  
(Affaires générales et politique de la Conférence)  
de la XIX<sup>e</sup> Session diplomatique - avril 2002*

*Preliminary Document No 18 of February 2002  
for the attention of Commission I  
(General Affairs and Policy of the Conference)  
of the XIX<sup>th</sup> Diplomatic Session - April 2002*

**LES CONVENTIONS D'ELECTION DE FOR DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL :  
LEUR UTILISATION ET LES PROBLEMES JURIDIQUES QU'ELLES SOULEVENT  
DANS LE CADRE DU TEXTE PROVISOIRE**

*établi par Avril D. Haines  
pour le Bureau Permanent*

\* \* \*

**CHOICE OF COURT AGREEMENTS IN INTERNATIONAL LITIGATION:  
THEIR USE AND LEGAL PROBLEMS TO WHICH THEY GIVE RISE  
IN THE CONTEXT OF THE INTERIM TEXT**

*submitted by Avril D. Haines  
for the Permanent Bureau*

1 La présente note a pour objet d'aider à évaluer l'impact potentiel de l'article 4 du Texte provisoire<sup>1</sup> sur les conventions d'élection de for à la lumière de la pratique actuelle. Il n'est actuellement possible que de rendre compte d'une étude préliminaire du traitement des clauses d'élection de for dans le contentieux international. Sur le fondement de cette recherche préliminaire, on peut cependant dire que les clauses d'élection de for sont largement utilisées dans plusieurs secteurs commerciaux<sup>2</sup> et qu'un certain nombre de difficultés sont rencontrées en pratique à l'égard de l'exécution des clauses d'élection de for dans les contrats, même dans le contexte inter-entreprises.<sup>3</sup> La description de ces domaines figure ci-dessous, et constitue une indication de la valeur potentielle d'une Convention pour contribuer à leur résolution, de même que certaines questions devant être traitées.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Le Texte provisoire produit lors de la Session Diplomatique de juin 2001 est disponible sur le site Internet de la Conférence de la Haye à l'adresse <http://www.hcch.net>.

<sup>2</sup> Une clause d'élection de for figure couramment dans les contrats d'assurance, de distribution transfrontalière, de prêt, de garantie, et les contrats commerciaux internationaux en général. Ceci est avéré par la jurisprudence dans la présente note, et les déclarations recueillies par le Bureau Permanent de juristes de divers secteurs. La doctrine l'illustre également. Voir, par exemple, Richard Garnett, *The Enforcement of Jurisdiction Clauses in Australia*, 21(1) UNSW L. J. 1, 2 (1998) ; William W. Park, *Bridging the Gap in Forum Selection: Harmonizing Arbitration and Court Selection*, 8 TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS. 19 (1998). Les clauses attributives de compétence sont aussi couramment utilisées dans les contrats de transport maritime de marchandises. Voir, par exemple, Meir Yifrach, *An Overview of Choice of Forum Clauses Under Israeli Law*, [July 1999] J. Bus. L. 389, 389 (1999) (notant que « la plupart, sinon la totalité, des connaissements maritimes constatés en Israël comportent une clause attributive de compétence étrangère ») ; Peter Wetterstein, *Jurisdiction and Conflict of Laws Under the New Rules on Carriage of Goods by Sea*, in NEW CARRIAGE OF GOODS BY SEA: THE NORDIC APPROACH INCLUDING COMPARISONS WITH SOME OTHER JURISDICTIONS 328 (1997). Les stipulations d'élection de for sont utilisées dans les contrats conclus électroniquement. Voir Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Choice of Court and Choice of Law Clauses in Electronic Contracts in ASPECTS JURIDIQUES DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE*, ZURICH (SCHULTHESS) 2000, pp. 19-47 (2001).

<sup>3</sup> La présente note se concentre sur les clauses d'élection de for dans des contrats entre professionnels, dès lors que l'article 7 traite des contrats entre consommateurs et professionnels et que le champ de l'article 4 est, par suite, limité aux contrats entre professionnels.

<sup>4</sup> Une Convention traitant des conventions d'élection de for représenterait une alternative viable aux clauses d'arbitrage dans les situations où un tribunal pourra constituer une arène plus appropriée pour résoudre un litige particulier. Les raisons qui pourraient rendre une clause attributive de compétence judiciaire préférable dans certains cas comprennent : (1) les tribunaux judiciaires permettent généralement un appel intégral sur le fond ; (2) contrairement aux tribunaux judiciaires, l'arbitrage ne connaît pas de règles formelles d'administration de la preuve. Pour une discussion complète des questions qui surviennent, voir C. Brower & A.C. Smutny, *Arbitration Agreements Versus Forum Selection Clauses: Legal and Practical Considerations*, dans INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION: THE REGULATION OF FORUM SELECTION pp. 37, 48-49 (J. Goldsmith ed. 1996) [ci-après Brower & Smutny] ; (3) la possibilité d'obtenir une divulgation de documents est généralement limitée dans le contexte de l'arbitrage, et relève largement de la discrétion des arbitres. Ceci peut conduire les parties à préférer un tribunal judiciaire si, par exemple, elles prévoient d'avoir besoin de ces règles dans le développement des faits de l'espèce. Voir Brower & Smutny, pp. 46-48 ; (4) les juges sont parfois considérés comme plus prévisibles et plus enclins à respecter les précédents que les arbitres. Ceci résulte au moins en partie du fait que les arbitres doivent souvent appliquer un corpus de droit qui est peu connu de certains, voire de la totalité des arbitres dans un litige particulier. Voir également William W. Park, *Illusion and Reality in International Forum Selection*, 30 TEX. INT'L L. J. pp. 135, 137 (1995) (indiquant que « [TRADUCTION] une clause d'arbitrage, dans l'esprit de certains juristes tout au moins, souffrira de la tendance supposée de certains arbitres à « couper la poire en deux » entre les parties plutôt que de rendre une décision fondée sur des principes. Presque tous les praticiens connaissent une histoire horrible d'arbitre ayant mis à exécution la menace de couper l'enfant en deux »). A l'égard de la prévisibilité, voir, par exemple, *Mastrobuono c. Shearson Lehman Hutton*, 514 U.S. 52 (1995), où la Cour a confirmé une sentence arbitrale comportant des dommages-intérêts majorés pour préjudice moral en dépit du fait que la stipulation de choix de loi pertinente imposait l'application du droit de New York, qui interdit une telle condamnation par des arbitres ; (5) l'arbitrage n'est pas toujours moins cher ou plus rapide que le contentieux devant les juridictions publiques. Dans certains cas, la souplesse de l'arbitrage peut entraîner des délais et frais plus élevés que le contentieux judiciaire. En outre, les parties à une convention peuvent ne prévoir le besoin de résolution de différends que dans des situations nécessitant l'exécution forcée d'obligations claires. Voir David Goddard, *Rethinking the Hague Judgments Convention: A Pacific Perspective*, 3 Y.B. OF PRIVATE INT'L LAW 27, pp. 39-40 (2001) (« [TRADUCTION] il existe de nombreuses situations dans lesquelles des procédures sont engagées pour obtenir l'exécution d'obligations claires - de régler le paiement de marchandise, par exemple, ou de restituer des renseignements confidentiels à la suite de l'expiration d'un contrat -, dans lesquelles il n'y a aucune divergence de fond entre les parties. Il est inutile d'encourir les frais et retards qu'implique la mise en place d'un tribunal d'arbitrage, puis de prendre des mesures d'exécution de la sentence. Le demandeur souhaitera aller en justice et obtenir un jugement exécutoire, en utilisant une procédure sommaire de faible coût. ») ; (6) à moins que l'arbitrage n'ait lieu dans un Etat la prévoyant, il n'y a aucune jonction obligatoire des procédures d'arbitrage connexes ; (7)

## L'ABSENCE DE LIEN ENTRE LE LITIGE OU LE DÉFENDEUR ET LE FOR CHOISI

2 Dans certains cas, un tribunal choisi pourra se déclarer incompétent au motif que le for présente un rapport insuffisant avec les parties ou le litige. Par exemple, les tribunaux suédois ont le droit discrétionnaire de rejeter une demande lorsque le lien avec la Suède est ténu.<sup>5</sup> Cela vaut également pour la Suisse. En droit suisse, même si un tribunal en Suisse est celui désigné par une clause attributive de compétence valable, le tribunal pourra refuser d'entendre l'affaire sauf si l'une des parties a son domicile, sa résidence habituelle ou un établissement commercial dans le Canton convenu, ou si le droit suisse régit la cause du litige.<sup>6</sup> Dans certains cas, le tribunal pourra être empêché par une limite légale de compétence ou par le droit constitutionnel. Cependant, les tribunaux sont généralement disposés à se déclarer compétents à l'égard d'un défendeur qui s'est volontairement soumis à cette compétence, et considèrent couramment les conventions d'élection de for comme une preuve de la soumission à la compétence du for choisi dans le contrat. Par exemple, l'article 26 du Code de Procédure Civile de la République de Corée en dispose qu'un tribunal coréen est compétent lorsque les parties ont consenti à la compétence de celui-ci, à condition que ce consentement ait été donné librement et attesté par écrit.<sup>7</sup>

3 Néanmoins, il existe des ressorts qui ne considèrent pas une convention d'élection de for comme preuve de la soumission du défendeur à la compétence du for choisi. Par

---

les mesures conservatoires ne sont pas disponibles de manière prévisible en matière d'arbitrage. Voir William W. Park, *INTERNATIONAL FORUM SELECTION* 103 (1995) ; Brower & Smutny pp. 39-41 ; (8) les sentences arbitrales sont privées, alors que les décisions judiciaires sont publiques. Il y a un avantage pour la société dans l'élaboration du droit dans un contexte transparent. Cela constitue un motif supplémentaire pour que les gouvernements encouragent le contentieux devant les tribunaux judiciaires, là où cela est justifié pour les parties.

<sup>5</sup> Voir J.J. Fawcett, *General Report, in DECLINING JURISDICTION IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW* 18-19 (1995) [ci-après *DECLINING JURISDICTION*]. Les tribunaux danois, lorsqu'ils appliquent leur droit national à une clause d'élection de for, ne donneront pas effet à une clause renvoyant les parties vers un ressort sans lien avec le litige. Voir Philip S. Thorsen et al., *Forum Selection Agreements Under Danish Civil Law, in INTERNATIONAL JUDICIAL ASSISTANCE IN CIVIL MATTERS* 77, 78 (Suzanne Rodriguez & Bertrand Prell eds., 1999). Bien entendu, on doit noter que les Etats membres de l'Union européenne sont tenus par la Convention de Bruxelles d'accepter la compétence en qualité de tribunal choisi, mais ceci ne concerne que les situations où l'une des parties au litige est domiciliée dans un Etat membre de la Communauté européenne. Voir *Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et les jugements en matière civile et commerciale*, 27 sep. 1968, 1972 J.O. L. 299/32, amendée par 1978 J.O. L. 304/1, 1982 J.O. L. 388/1, 1989 J.O. L. 285/1, 1997 J.O. C. 015/1, 1998 J.O. C. 027/1, 2000 J.O. C. 160/1, 2001 J.O. L. 012/1 (ci-après « Convention de Bruxelles »). L'Etat de New York a abrogé une loi autorisant les poursuites à l'encontre de sociétés étrangères uniquement lorsqu'il y avait un lien entre le défendeur ou le litige et le for (NY Bus. Cor. Law s. 1314 (b)(1)-(5) et NY Banking Law s. 200(b)). Depuis lors, New York a promulgué une loi sur l'élection de for qui atténue cette exigence (Gen Oblig. Law s. 5-1402). Pour un examen de la loi de New York sur l'élection de for, voir David Bender, *Choice of Law and Choice of Forum*, 600 *Prac. L. Inst.* pp. 429, 467-469 (2000). Par contre, la France, par exemple, n'impose pas l'existence d'un lien entre le tribunal choisi et le litige ou le défendeur dans un contrat international comportant une clause d'élection de for Cass. com. 19 dec. 1978, *Clunet* 1979.366, n. Gaudemet-Tallon, *Rev. Crit.* 1979.617, n. Huet (dans le cas de deux parties françaises ayant choisi un for suisse, la Cour a jugé que la convention d'élection de for était valable). Cette question est en fait controversée en France concernant l'opération de l'article 17 des Conventions de Bruxelles et Lugano. Voir Christophe Bernasconi & Alexandra Gerber, *Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens*, 3 *Revue suisse de droit international et de droit européen* 1/1993, pp.39, 60 (citant des auteurs qui avancent le caractère international du fait et le pays du tribunal choisi).

<sup>6</sup> Loi fédérale suisse sur le droit international privé, article 5(3). Il est à noter que la Convention de Lugano contraint les tribunaux suisses à se déclarer compétents comme tribunal choisi, mais uniquement dans les situations où l'une des parties au litige est domiciliée dans un Etat contractant de la Convention de Lugano. Ainsi, si une société au Japon et une société des Etats-Unis ont une clause d'élection de for dans leur contrat, indiquant un tribunal suisse comme for choisi, les règles de Lugano ne sont pas applicables, et un tribunal suisse appliquerait en leur lieu le droit suisse pour traiter du caractère exécutoire de la stipulation d'élection de for.

<sup>7</sup> Dans les espèces entre professionnels, l'Allemagne reconnaît également les clauses d'élection de for écrites comme constituant une acceptation de la compétence des juridictions allemandes. Voir §38 (1) *Zivilprozessordnung* (ZPO). La plupart des règles fédérales et des états du Commonwealth australien reconnaissent le consentement à la compétence au moyen d'une convention d'élection de for comme fondement de la signification à un défendeur étranger hors du for. Voir Richard Garnett, *The Enforcement of Jurisdiction Clauses in Australia*, 21(1) *UNSW L. J.* 1, 2 (1998).

exemple, dans l'affaire *McRae c. J.D/M.D.*<sup>8</sup> un tribunal de Floride aux Etats-Unis a jugé qu'une clause attributive de compétence ne suffisait pas à constituer une compétence personnelle à l'égard d'un défendeur d'un autre Etat, parce que la loi de compétence étendue de Floride ne prévoyait pas l'attribution de compétence par voie de consentement contractuel.<sup>9</sup>

4 D'un autre côté, un tribunal pourra se déclarer compétent pour connaître d'une affaire en dépit d'une clause d'élection de for si elle juge que l'absence de lien entre le tribunal étranger d'une part et le litige et les parties d'autre part justifie de passer outre à une clause valable par ailleurs. Dans la République de Corée, par exemple, la Cour Suprême a refusé l'exécution d'une convention d'élection de for entre deux sociétés coréennes qui attribuait une compétence aux tribunaux de New York.<sup>10</sup> La Cour Suprême de Corée a confirmé la décision du tribunal inférieur de connaître de l'affaire, nonobstant la clause d'élection de for, parce qu'il n'y avait aucun « lien raisonnable<sup>11</sup> » entre le litige et le tribunal de New York.<sup>12</sup> La Cour a ajouté que toute convention d'élection de for peut être jugée nulle si elle est excessivement déraisonnable ou injuste.

5 La possibilité d'engager une procédure devant un for sans rapport avec le litige ou le défendeur peut importer aux parties qui préfèrent choisir un for réellement neutre pour les litiges résultant de leurs relations contractuelles<sup>13</sup> ou qui souhaitent tirer parti de l'expertise particulière des juges d'un tribunal particulier.<sup>14</sup> Le projet actuel d'article 4 de la Convention permettrait aux tribunaux d'un Etat partie de se déclarer compétents à l'égard d'affaires

<sup>8</sup> 511 So.2d 540 (Fla. Sup. Crt 1987). Bien que les parties à cette affaire aient été d'états différents des Etats-Unis d'Amérique, le même raisonnement s'appliquerait à l'égard d'un défendeur étranger. Une décision semblable a été rendue en Australie. Voir *Mondial Trading Pty Ltd c. Interocean Marine Transport Inc.* (1985) 60 ALJR 277, 65 ALR 155 (Dawson J, Haute Cour d'Australie). Dans la plupart des ressorts, la loi a été modifiée, cependant une convention d'élection de for ne suffit pas, en elle-même, à autoriser à la Haute Cour en Tasmanie, Australie Occidentale, et Territoire de la Capitale Australienne la notification à un défendeur hors de l'Australie.

<sup>9</sup> Comparer avec *Vanier c. Ponsoldt*, Supreme Court of Kansas, No. 66276, May 22, 1992 (jugeant qu'en intégrant une clause d'élection de for à leur contrat, les parties ont en fait renoncé à toute contestation de la compétence du for choisi). Voir également *National Union Fire Ins. Co. of Pittsburgh, PA c. Williams*, 637 N.Y.S.2d 36, 38-39 (1996) (jugeant que le choix contractuel du for seul « constitue un fondement solide pour l'exercice de la compétence rationae personae à l'égard d'un défendeur étranger, et accorde en droit compétence au for désigné. »).

<sup>10</sup> 96da20093 ; date de la décision : 9 sep. 1997.

<sup>11</sup> On peut argumenter que la formulation entre crochets dans l'article 4(4) du Texte provisoire permet à un tribunal, autre que celui choisi, de considérer le caractère raisonnable de la clause lorsqu'il interroge sa validité de fond ; cependant, la validité de fond est définie de manière différente selon les différents Etats. Voir Texte provisoire, article 4 al. 4 « [l]a validité matérielle d'une convention attributive de juridiction est soumise à la loi applicable désignée par les règles de conflit du for. ». Cette question est considérée plus avant ci-dessous, 14-16.

<sup>12</sup> On peut trouver un autre exemple semblable aux Etats-Unis. Un fondeur d'acier américain a engagé une procédure contractuelle et délictuelle à l'encontre d'un fabricant d'acier allemand devant un tribunal fédéral américain. Le tribunal de district a jugé qu'une clause d'élection de for indiquant l'Allemagne dans le contrat était « déraisonnable », dès lors que les éléments de preuve et les activités ayant trait au litige se situaient tous aux Etats-Unis. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision par la suite. *Copperweld Steel Co. c. Demag-Mannesmann-Bohler*, 578 F.2d 953 (3<sup>ème</sup> Cir. 1978).

<sup>13</sup> En fait, William W. Park écrit dans son ouvrage sur les clauses attributives de compétence que « [TRADUCTION] [une] clause habituelle d'élection de for dans un contrat international prévoit normalement la compétence exclusive des tribunaux d'un pays autre que celui de la résidence de l'une ou l'autre partie. » WILLIAM W. PARK, INTERNATIONAL FORUM SELECTION, pp. 13-14 (1995).

<sup>14</sup> Par exemple, les établissements financiers incluent souvent dans leurs contrats des clauses d'élection de for désignant des tribunaux anglais du fait de l'expertise des juges commerciaux en Angleterre. Voir Andrew Clark, *A Toast from Wall Street: Examines London's Pre-eminence in Bank Litigation*, FINANCIAL TIMES, 19 Déc. 1995, p. 9.

dans lesquelles existe une stipulation d'élection de for valable, qu'il existe ou non un facteur de rattachement entre le litige ou le défendeur et le for choisi.<sup>15</sup>

### **FORUM NON CONVENIENS**

6 Le principe de *forum non conveniens* permet aux tribunaux de refuser de connaître d'une affaire au motif qu'elle peut être traitée plus commodément ou efficacement par un for alternatif approprié désigné par les exigences de la justice.<sup>16</sup> Dans le contexte d'une clause d'élection de for, un défendeur peut exciper de ce principe à l'encontre d'un demandeur engageant une procédure devant le for choisi d'un commun accord entre les parties. Néanmoins, la compétence est rarement déclinée en pareil cas, car les tribunaux accordent généralement une grande importance à la convention d'élection de for pour évaluer les facteurs de définition d'un for approprié. A Hong Kong, par exemple, le *forum non conveniens* est une défense valable contre l'exercice d'une convention d'élection de for exclusive. En pareil cas, le tribunal impose au défendeur la charge de prouver qu'il existe un autre for clairement mieux approprié que celui choisi par le demandeur.<sup>17</sup> De même, dans les ressorts de *common law* d'Australie, Angleterre, Nouvelle Zélande, Canada, Israël et Etats-Unis<sup>18</sup>, dans le ressort mixte d'Ecosse<sup>19</sup> et de celui de droit civil du Québec,<sup>20</sup> le principe du *forum non conveniens* est généralement une défense possible<sup>21</sup> contre l'exécution d'une stipulation d'élection de for.<sup>22</sup>

7 Bien que la plupart des ressorts de droit civil ne prévoient pas un pouvoir discrétionnaire général de déclarer irrecevable une affaire à l'instar de celui qui résulte du *forum non conveniens*,<sup>23</sup> il existe diverses variations sur ce thème,<sup>24</sup> Le Japon, par

<sup>15</sup> Bien entendu, ceci suppose que la convention d'élection de for est valable, ce que les tribunaux coréen ou autres pourront contester à la lumière de l'absence de lien entre le litige ou les défendeurs et le for choisi. Néanmoins, le Rapport NYGH -POCAR tient compte de cette possibilité en déclarant fermement que « [l']article 4 ne pose aucune condition quant à l'existence d'un lien de rattachement entre le for choisi et les parties, la question soulevée par le litige ou la loi applicable ». Avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, Rapport de Peter Nygh et Fausto Pocar, Doc. pré. No 11 d'août 2000 [ci après RAPPORT NYGH-POCAR], p. 43.

<sup>16</sup> Le principe de *forum non conveniens*, qui tire son origine du système mixte écossais, est destiné à remplir divers objectifs d'ordre public y compris d'empêcher de rechercher artificiellement des fors favorables, les difficultés administratives dues à l'engorgement des tribunaux ; l'intérêt de faire juger localement des différends locaux ; l'intérêt de faire juger des affaires de conflit de compétence *rationae personae* dans une juridiction accoutumée au droit régissant le litige ; et d'éviter des problèmes inutiles impliquant les conflits de lois. Le principe a été progressivement adopté dans les systèmes de *common law*. Voir J.J. Fawcett, *General Report*, dans DECLINING JURISDICTION, PP.10-26.

<sup>17</sup> *Yu Lap Man c. Good First Investment Ltd.* (1998) HKLRD (Yrbk) 104 ; *T & K Electronics Ltd. v. Tai Ping Insurance Co. Ltd.* (1998) 1HKLRD 172.

<sup>18</sup> Il est intéressant de noter qu'aux Etats-Unis, une cour fédérale d'appel a récemment refusé d'examiner le rejet d'une exception liminaire fondée sur le *forum non conveniens*, laissant ainsi ouverte la possibilité que la cour d'appel, après un jugement rendu par le juge du fond, pourrait infirmer la décision de celui-ci et enfreindre la clause d'élection de for en appliquant le *forum non conveniens*. Voir *United States Fidelity and Guaranty Co. c. Braspetro Oil Services Co.*, 199 F.3d 94 (2d Cir. 1999).

<sup>19</sup> Un historique de l'origine du principe de *forum non conveniens* en Ecosse et son application figure dans Paul Beaumont, *Great Britain: Forum Non Conveniens*, dans DECLINING JURISDICTION, pp. 207-221.

<sup>20</sup> L'article 3135 du Code Civil du Québec codifie le principe de *forum non conveniens* : « Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre Etat sont mieux à même de trancher le litige. » Le système judiciaire québécois est de tradition de *common law*.

<sup>21</sup> Par contraste, la loi de l'Etat de New York n'admet pas le *forum non conveniens* comme défense contre une clause valable d'élection de for si les parties ont choisi le droit de New York comme droit applicable et ont consenti à la compétence en application du § 5-1402 de la Loi Générale sur les Obligations. N.Y. C.P.L.R. §327(b) (McKinney 1990).

<sup>22</sup> Voir J.J. Fawcett, *General Report*, dans DECLINING JURISDICTION, pp. 10-21.

<sup>23</sup> Par exemple, la France, la Belgique, l'Allemagne, la Suisse, l'Italie, la Grèce, la Finlande et l'Argentine ne

exemple, a un principe parallèle connu sous le nom de considération des « circonstances particulières » qui permet à un tribunal japonais de rejeter une demande si le fait de se déclarer compétent est contraire aux principes de la justice eu égard aux circonstances particulières d'une espèce.<sup>25</sup> La Convention, dans sa rédaction actuelle, ne prévoit pas la possibilité d'appliquer *le forum non conveniens* à des situations où existe une clause exclusive de choix de juridiction.<sup>26</sup>

### L'IDENTIFICATION DE LA PORTÉE DE LA CLAUSE D'ÉLECTION DE FOR

8 Certaines tribunaux ont jugé que les demandes non contractuelles résultant d'une relation contractuelle entre les parties sont néanmoins distinctes du contrat et que la convention d'élection de for ne s'applique donc pas à ces affaires.<sup>27</sup> Un demandeur astucieux peut par ce moyen éviter la clause d'élection de for d'un contrat en faisant valoir des principes alternatifs non contractuels. Ce scénario peut donner lieu à des décisions incohérentes résultant d'affaires se chevauchant devant des fors différents, entraînant des frais considérables pour les parties concernées, sans parler du gaspillage de ressources judiciaires. On peut trouver un exemple de cette démarche aux Etats-Unis.<sup>28</sup> Cette question n'est cependant pas simple. Il peut également y avoir des situations dans lesquelles les Etats ou les parties préféreraient que les demandes connexes ne soient pas intégrées au champ d'application de la clause d'élection de for.<sup>29</sup> La question n'est pas traitée actuellement dans le Texte provisoire.<sup>30</sup>

### EXCLUSIVITÉ

9 L'assurance que les tribunaux non désignés par le contrat se déclareront incompétents à l'égard de contentieux enfreignant la clause d'élection de for est essentielle au bon fonctionnement de celle-ci. Pour trancher la question de savoir s'ils doivent ou non décliner leur compétence, les tribunaux de la plupart des pays font une distinction entre

---

connaissent pas le principe *du forum non conveniens*.

<sup>24</sup> Voir J.J. Fawcett, *General Report*, dans DECLINING JURISDICTION, pp. 24-27 (donnant une liste de diverses « alternatives au principe *du forum non conveniens* » dans les pays de droit civil).

<sup>25</sup> Apparemment, cette doctrine peut s'appliquer lorsqu'il existe une clause d'élection de for même si le résultat en ce cas demeure peu clair. Pour une discussion plus détaillée de ce principe et d'autres aspects connexes du droit japonais, voir Masato Dogauchi, *The Hague Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters from the Perspective of Japan*, Japanese Journal of Private International Law, No.3 (2001) (à paraître).

<sup>26</sup> L'article 22 du Texte provisoire, qui définit les circonstances exceptionnelles permettant de décliner la compétence et constitue en substance, dans le cadre de la Convention, le substitut au principe *du forum non conveniens*, note explicitement qu'il ne s'applique que la compétence du tribunal saisi « n'est pas fondée sur une clause exclusive d'élection de for valide en vertu de l'article 4 ».

<sup>27</sup> Cette question a également été soulevée à l'égard de l'exécution de clauses compromissaires. Voir Richard Garnett, *Enforcing International Arbitration Agreements in Australia*, 2 Commercial Dispute Resolution, J. 88, pp. 94-96 (1995).

<sup>28</sup> Bien que la grande majorité des tribunaux appliquent largement les clauses d'élection de for aux USA, il y a des exceptions. Voir *Morgan Trailer Mfg. Co. c. Hydraroll, Ltd.*, et al., 759 A.2d 926, 931 (2000) (jugant qu'une clause d'élection de for ne s'appliquait pas aux demandes non contractuelles d'un distributeur à l'encontre du fabricant, le distributeur alléguant une ingérence délictuelle dans la relation de travail, un détournement de secrets d'affaires, une ingérence délictuelle dans les relations avec les clients, concurrence déloyale, conspiration, et une demande de dommages-intérêts majorés pour préjudice moral, parce que la vente de produits sur laquelle le contrat était fondé n'était pas en cause) ; *Jacobson c. Mailboxes, Etc. U.S.A., Inc.*, 419 Mass. 572 (1995) (refusant d'appliquer la clause d'élection de for à des fautes prétendument commises avant la conclusion du contrat entre les parties).

<sup>29</sup> Par exemple, il pourrait être souhaitable de distinguer les réclamations contractuelles entre les parties des réclamations éventuelles à l'encontre d'une filiale en rapport avec le contrat. Ceci peut être réalisé aisément en indiquant qu'une clause d'élection de for ne peut être opposée qu'aux signataires du contrat.

<sup>30</sup> Le Rapport joint à la Convention pourrait utilement contribuer à cette question, avec des clauses types soigneusement formulées.

clauses attributives de compétence exclusives et non exclusives, et demandent un motif solide pour ne pas se déclarer incompétents lorsque la clause est exclusive.<sup>31</sup> Cependant, les différentes méthodes utilisées par divers Etats dans leur interprétation du caractère exclusif d'une clause d'élection de for varient, et peuvent occasionner une confusion considérable aux plaideurs étrangers. De nombreuses juridictions supposeront qu'une clause est indicative à moins qu'elle ne précise expressément qu'elle est exclusive.<sup>32</sup> Par exemple, un tribunal australien examinant une exception d'incompétence sur le fondement d'une clause stipulant que « [...] le présent contrat sera interprété conformément au droit d'Angleterre [...] et sera réputé impliquer une acceptation de la compétence de sa Haute Cour de Justice pour trancher tout litige ou différend survenant en application de celui-ci » a considéré que la clause était non exclusive et a jugé l'affaire.<sup>33</sup> Aux Etats-Unis, comme en Australie, les tribunaux fédéraux interprètent les clauses d'élection de for comme étant indicatives, sauf stipulation expresse que la clause est « exclusive ». Par exemple, le Onzième Circuit a jugé qu'une clause d'élection de for indiquant que « le lieu de compétence est Sao Paulo/Brésil » n'était pas clairement exclusive et a donc refusé de lui donner effet.<sup>34</sup> A Hong Kong, même l'utilisation du mot « exclusive » dans la clause n'est qu'une indication et non obligatoire.<sup>35</sup> D'autres ressorts, tels que la France,<sup>36</sup> prennent une

<sup>31</sup> Par exemple, en Israël, une exception d'incompétence pour une demande engagée en dépit d'une clause d'élection de for ne sera probablement pas acceptée si la clause d'élection de for est non exclusive ; cependant si la clause est exclusive, le demandeur doit « faire valoir un motif valable ou solide » justifiant l'engagement de la procédure en dehors du for choisi à titre exclusif. Meir Yifrach, *An Overview of Choice of Forum Clauses Under Israeli Law*, [juillet 1999] J. Bus. L. 389, 390 (1999).

<sup>32</sup> Ceci n'est pas le cas dans la plupart de l'Europe. En application à la fois de l'article 17 de la Convention de Bruxelles sur la Compétence et l'Exécution des Jugements de 1968 et de la Convention de Lugano sur la Compétence et l'Exécution des Jugements de 1988, si les parties à un contrat sont convenues de plaider leurs litiges dans un Etat Contractant de l'une ou l'autre de ces Conventions, les tribunaux de cet Etat auront compétence exclusive. Voir également le Règlement de Bruxelles, qui présume explicitement qu'une clause est exclusive. Voir Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O. L. 12/1, article 23(1) [ci-après le « Règlement de Bruxelles »], disposant que « [c]ette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties ». Il est important de noter que cette disposition ne s'applique qu'aux clauses d'élection de for stipulant la compétence d'un Etat Contractant, et si donc un tribunal anglais devait rencontrer une clause choisissant un for hors d'un Etat Contractant aux Conventions de Bruxelles ou de Lugano, les principes de common law seraient appliqués. Les principes de common law anglaise à cet égard figurent dans *Sohio Supply Company c. Gatoil (USA) Inc.* [1989] 1 Lloyd's Rep. 588 (indiquant que le caractère exclusif ou non d'une clause attributive de compétence dépend de son interprétation fidèle, et du fait que la clause oblige ou non les parties à avoir recours au ressort concerné, que le mot « exclusif » soit utilisé ou non). C'est en fait le principe utilisé par la juridiction de Hong Kong dans son analyse, bien que la méthode de détermination de « l'interprétation fidèle » d'une clause diffère quelque peu. Voir Note 35 ci-dessous et le texte correspondant.

<sup>33</sup> *Contractors Ltd c. MTE Control Gear Ltd.* (1964) SASR 47. Voir également *Green c. Australian Industrial Investment Corporation* (1989) 90 ALR 500 ; *Armitage Brick Ltd c. Thiess Contractors* (non rapportée, Supreme Court of Queensland, Court of Appeal, 25 août 1992) ; *Enzacor Technology c. Ko* (non rapportée, Supreme Court of Victoria, Smith J., 22 mars 1993) ; et plus récemment *TNT Shipping and Development v. QBE Insurance* ; dans laquelle la Cour a jugé qu'une clause d'une police d'assurance stipulant que « la présente assurance est soumise à la compétence anglaise » était non exclusive ; Cf. *Gem Plastics c. Satrex Maritime* (non rapportée, Supreme Court of New South Wales, Rolfe J., 9 juin 1995) (jugeant qu'une clause d'élection de for dans un contrat d'assurance prévoyant que « l'assurance est soumise à la compétence sud-africaine » était exclusive, mais rejetant néanmoins le déclinatoire de compétence pour d'autres motifs) ; *FAI Insurance Co. c. Marine Mutual Protection and Indemnity Association* (1996) 41 NSWLR 117 (jugeant que la clause d'élection de for dans un contrat de réassurance entre assureurs internationaux était exclusive).

<sup>34</sup> *Citro Florida, Inc. c. Citrovale, SA*, 760 F. 2ème 1231 (11<sup>ème</sup> Cir. 1985). Voir également *Hull 753 Corp. c. Elbe Flugzeugwerke GmbH*, 58 F. Supp. 2d 925 (N.D. Ill. 1999) (se déclarant compétent, le tribunal a jugé qu'une clause stipulant que « le lieu de la compétence sera Dresde » était non exclusive) ; *Weiss c. La Suisse*, 69 F. Supp. 2d 449 (S.D.N.Y. 1999) (se déclarant compétent, le tribunal a jugé qu'une clause (traduite du français et de l'allemand vers l'anglais, versions française et allemande non disponibles) stipulant que « [TRADUCTION] l'assuré a le droit de soumettre tout litige entre lui et La Suisse soit au juge du tribunal compétent à son domicile en Suisse soit au tribunal civil de Lausanne » était non exclusive) ; *Hartford Fire Insurance Company c. Novocargo USA Inc.*, 2001 WL 945276 (S.D.N.Y. 2001) (jugeant qu'une clause d'élection de for indiquant que « tout litige survenant en application du présent Connaissement et en rapport avec celui-ci sera régi par le droit allemand et tranché par les juridictions de Brème » était indicative et que l'affaire pouvait donc être jugée à New York).

<sup>35</sup> *Yu Lap Man c. Good First Investment Ltd*, [1998] HKLRD (Yrbk) 104 (24 fév. 1998) (notant que « [TRADUCTION] la question de savoir si une clause était exclusive était une question d'interprétation. Elle dépendait de savoir si



position opposée selon laquelle une clause est exclusive sauf indication contraire expresse. Enfin, d'autres ressorts encore, tels que le Japon, n'appliquent pas de présomption dans l'un ou l'autre sens. S'il peut paraître évident que l'on devrait simplement rédiger une clause de la manière la plus explicite possible, ceci n'est pas aussi aisé qu'il y paraît. Une bonne part du contentieux entourant l'interprétation de ces clauses est fondé sur des traductions différentes proposées par le demandeur et le défendeur. Du fait des barrières de langue entre parties à un contrat international, ceci est particulièrement gênant, produit une insécurité et des retards, et est coûteux.<sup>37</sup>

10 Une autre question à considérer dans le contexte de l'exclusivité est de savoir qui supporte la charge de la preuve de l'exclusivité de la clause. En Israël, par exemple, il appartient au défendeur soulevant l'exception d'incompétence de convaincre le tribunal de ce que la clause d'élection de for est exclusive.<sup>38</sup> Ceci peut créer des frais supplémentaires et imprévisibles pour un défendeur non averti qui sera contraint de plaider la question de l'exclusivité pour que la compétence soit déclinée. Le Texte provisoire présume qu'une clause est exclusive et en utilisant cette démarche uniforme, pourrait réduire le volume de contentieux sur la question de l'exclusivité. En outre, il est possible de rédiger des clauses types, comme il a été fait pour l'arbitrage.<sup>39</sup>

11 Même si une clause d'élection de for indiquant que le litige doit être plaidé dans un autre ressort a été jugée exclusive par un tribunal, celui-ci pourra à l'occasion annuler la clause pour d'autres motifs. Si ceci est considéré comme inhabituel dans les contrats entre professionnels, les pratiques divergent entre pays et peuvent servir de fondement à un contentieux coûteux et des retards dans la procédure.<sup>40</sup> Il existe un certain nombre de principes traitant de la validité d'une clause, qui seront examinés ci-dessous, divisés conceptuellement en deux catégories : validité procédurale ou formelle et validité de fond.

## VALIDITÉ FORMELLE

12 Les clauses d'élection de for peuvent être déclarées nulles pour des motifs formels ou procéduraux. Par exemple, en Suisse, la Loi fédérale sur le droit international privé impose que les clauses d'élection de for désignent un tribunal particulière.<sup>41</sup> En Belgique, les clauses attributives de compétence dans certains contrats sont nulles si elles ne sont

---

l'interprétation fidèle de la clause obligeait les parties à avoir recours à un ressort pertinent, que le mot « exclusive » soit utilisé ou non ; et si les circonstances environnantes pouvaient être examinées, les négociations ou l'intention subjective des parties dans l'interprétation d'un contrat ne doit pas être considérée. »).

<sup>36</sup> Civ. 1<sup>re</sup> , 5 mars 1969, Rev. Crit. 70.546 n. Gaudemet-Tallon ; Paris, 14 nov. 1975, Rev. Crit. 77.526 n. Alexandre.

<sup>37</sup> Richard Garnett affirme, par exemple, que la distinction tirée par les tribunaux australiens entre clauses exclusives et non exclusives a en fait réduit l'efficacité de ces clauses, puisque les exceptions d'incompétence sont presque toujours rejetées dans le cas d'une clause jugée non exclusive par le tribunal. Voir Richard Garnett, *The Enforcement of Jurisdiction Clauses in Australia*, 21(1) UNSW L. J. 1, 2 (1998).

<sup>38</sup> Meir Yifrach, *An Overview of Choice of Forum Clauses Under Israeli Law*, [July 1999] J. Bus. L. 389, 390 (1999).

<sup>39</sup> Voir, par exemple, clauses types de la Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial International (CNUDCI), clauses types du Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI), clauses types de l'American Arbitration Association (AAA), clauses types de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), et clauses types de la London Court of International Arbitration (LCIA).

<sup>40</sup> Ceci est particulièrement vrai lorsque le rejet de l'exception d'incompétence ne peut pas faire l'objet d'un appel avant le prononcé d'un jugement définitif. Tel est le cas, par exemple, aux Etats-Unis. Voir *Chasser c. Achille Lauro Lines*, 844 F.2d 50 (2d Cir. 1988), *aff'd Lauro Lines c. Chasser*, 109 S.Ct. 1976 (1989) (jugant qu'une ordonnance avant dire droit rejetant l'exception du défendeur contre une demande en dommages-intérêts sur le fondement d'une clause contractuelle d'élection de for ne pouvait pas faire l'objet d'un appel immédiat en application du principe de jonction des ordonnances connexes (« collateral order doctrine »)).

<sup>41</sup> Loi fédérale suisse sur le droit international privé, article 5 ; voir Andreas Bucher & Andrea Bonomi, *DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ*, 2001, p. 31, n° 117 ; IPRG, *Internationales Privatrecht*, edited by Paolo Michele Patocchi & Elliott Geisinger, article 5 n° 5, p. 83.

11

pas rédigées en

néerlandais.<sup>42</sup> Il existe probablement de nombreuses entorses aux lois nationales dans divers pays susceptibles d'annuler une clause d'élection de for, ce qui prive d'effet l'intention clairement exprimée des parties en cause. Le Texte provisoire pourrait cependant résoudre ce problème, dans la mesure où l'alinéa 2 de l'article 4 pose les conditions de validité formelle d'une convention d'élection de for, prévenant ainsi l'application du droit national en la matière.<sup>43</sup>

13 Un autre domaine où des problèmes de validité formelle peuvent survenir concerne les contrats conclus en ligne, excluant la présence de mentions traditionnellement requises pour des documents sur papier, telles que « écrit », « signature » et « original ». Il existe par exemple un manque de cohérence en Amérique Latine à l'égard de la réglementation qui détermine si un message de données électroniques remplit les conditions nécessaires pour la conclusion d'un contrat. La Colombie, par exemple, a promulgué une loi qui suit à la lettre la démarche de la Loi type sur le commerce électronique de la Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial International (CNUDCI) concernant l'équivalent fonctionnel,<sup>44</sup> alors que le Mexique prévoit simplement que les messages de données électroniques ne rempliront les conditions d'écriture de code que si « [TRADUCTION] le message de données ou moyen électronique est (1) attribuable au débiteur de l'obligation et (2) accessible pour consultation ultérieure ».<sup>45</sup> L'Argentine et le Brésil, en revanche, n'ont pas encore promulgué de règle traitant du caractère juridiquement interchangeable des messages de données et des écrits traditionnels sur papier.<sup>46</sup> De ce fait, l'effet qui sera donné en droit aux documents électroniques par les tribunaux de ces pays n'est tout simplement pas clair. La formulation de la Convention pourrait résoudre nombre de ces difficultés, car elle suit clairement la démarche d'équivalent fonctionnel de la CNUDCI.<sup>47</sup>

#### VALIDITÉ DE FOND

14 Les clauses d'élection de for peuvent être déclarées nulles pour divers motifs relevant du terme générique de validité de fond, dont on peut supposer qu'il recouvre tout ce qui n'est pas jugé formel. Le problème alors soulevé est qu'une question de fond dans un pays ne sera pas considérée comme telle dans un autre, et cette catégorie en devient donc quelque peu difficile à définir.<sup>48</sup> Pour certains Etats, les questions de caractère

<sup>42</sup> Dans l'affaire *Elefanten Schuh c. Jacqmain*, la Cour de Justice européenne a jugé que l'*arbeidshof*, une juridiction belge, n'avait pas le droit de juger nulle une clause d'élection de for au motif qu'elle n'était pas rédigée en flamand car l'article 17 de la Convention de Bruxelles avait établi des conditions de validité formelles qui étaient à la fois nécessaires et suffisantes. Rec. 1981 p. 1671.

<sup>43</sup> Le rapport NYGH-POCAR indique que l'alinéa 2 de l'article 4 « pose les conditions qui doivent être réunies pour que l'accord soit valable en la forme. Il pose des conditions alternatives qui forment à la fois les exigences minimales et maximales et qui, par conséquent, excluent l'application des lois nationales sur cette question. », Rapport NYGH-POCAR, p. 45.

<sup>44</sup> L'approche en termes d'« équivalent fonctionnel » se fonde sur l'établissement, pour les besoins des moyens modernes de communication et de stockage de l'information, de ce qui constitue en fait un « équivalent fonctionnel » pour des concepts tels que « écrit », « signature » et « original » pour les écrites sur papier. Voir Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996 : Présentation générale de la Loi type, Approches fondées sur « l'équivalent fonctionnel », disponible à <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>.

<sup>45</sup> Voir Robert Kossick, *The Internet in Latin America: New Opportunities, Developments, and Challenges* 13 FLA. J. INTERNATIONAL L. 263, 269 (Summer 2001). (citant Decreto por el que se Reforman y Adicionan Diversas Disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Comun y para Toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, Del Código de Comercio, y de la Ley Federal de Protección al Consumidor, adopté par la Comisión de Comercio de la Cámara de Diputados, 6 avril 2000, adopté par le Pleno de la LVII Legislatura de la Cámara de Diputados, 26 avril 2000, adoptée par le Sénat mexicain, 3 mai 2000 à <http://www.natlaw.com/ecommerce/docs/e-commerce-iniciative-mexico.htm>).

<sup>46</sup> *Ibid.* p. 269.

<sup>47</sup> Voir Texte provisoire, article 4 alinéa 2 (a). Voir également, ci-dessus, note 43 (citation du RAPPORT NYGH-POCAR).

<sup>48</sup> Voir, par exemple, Stephen O'Malley and Alexander Layton, EUROPEAN CIVIL PRACTICE 568 (1989).

raisonnable relèvent de cette catégorie. Pour d'autres, les questions d'iniquité ou de lois annulant les clauses attributives de compétence dans certains types de contrat en relèvent. En général, cependant, l'expression comprend les questions telles que l'incapacité, l'erreur, le dol, la fraude et la contrainte.<sup>49</sup> En substance, chaque fois que le plaideur prétend qu'il n'y pas d'accord au fond juridiquement obligatoire concernant l'élection de for, la validité de fond de la clause sera en cause.

15 En ce qui concerne la validité procédurale ou formelle, les règles nationales de forme contractuelle peuvent être remplacées par celles de la Convention, produisant ainsi une plus grande uniformité pour la mise en application des clauses d'élection de for dans les contrats internationaux. Cependant, cette possibilité n'est généralement pas considérée comme étant une option à l'égard du droit matériel, puisque la Convention n'a pas pour objet d'affecter le droit matériel et qu'elle ne devrait vraisemblablement pas être utilisée pour influencer la démarche des tribunaux nationaux à l'égard de ces questions. Néanmoins, la Convention peut apporter une règle uniforme quant au tribunal ayant compétence pour traiter de questions particulières et quelle loi doit s'appliquer à cet effet.<sup>50</sup> A l'égard de certaines défenses, il pourra être approprié d'assurer que seul le tribunal choisi, appliquant ses propres règles de conflit de lois, peut juger de la validité de la clause. Ceci pourra être vrai, par exemple, à l'égard du principe désigné ci-dessous par le terme de caractère raisonnable. En revanche, il est difficile de justifier qu'on puisse contraindre une partie à aller devant le tribunal choisi pour le contentieux lorsqu'elle est victime d'une fraude et a été entièrement trompée quant à la nature ou à l'effet de la clause attributive de compétence, qui de ce fait est nulle et non avenue selon le droit national applicable par le tribunal saisi. La Convention de New York<sup>51</sup> pourrait présenter un parallèle raisonnable pouvant être invoqué pour cette question très difficile. L'article II permet à un tribunal d'un Etat Contractant de la Convention de New York de se déclarer compétent pour connaître d'une affaire en dépit d'une convention d'arbitrage uniquement si le tribunal saisi « constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée »<sup>52</sup>. L'utilisation comme parallèle d'une Convention largement appliquée depuis tant d'années présente en outre l'avantage d'apporter avec elle une jurisprudence qui limitera la portée d'une formulation qui pourrait être jugée ambiguë par ailleurs. Par exemple des questions telles que le caractère raisonnable n'ont pas été jugées relever de l'expression « caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».<sup>53</sup> Enfin, une telle formulation étant incluse dans le texte, le rapport d'accompagnement pourrait préciser que toute contestation supplémentaire de la validité de la clause devrait être plaidée dans le for choisi, qui appliquerait ses propres règles de conflit de lois.

16 Il y a aussi la question soulevée lors de la Session Diplomatique de juin 2001 au sujet des contrats d'adhésion dans lesquels le rédacteur est une entreprise disposant d'un pouvoir

---

<sup>49</sup> Dans de nombreux cas, les questions décrites ici relèvent de l'ordre public et comme indiqué en note 63, des questions dont on pourrait penser qu'elles relèvent de l'ordre public pourraient être couvertes par le principe du « déraisonnable et injuste ». En somme, ces catégories sont rebelles à une typologie stricte et doivent être traitées aussi clairement que possible dans le contexte de la Convention.

<sup>50</sup> Le Projet sur les jugements n'a pas pour objet de traiter du conflit de lois, mais uniquement des questions de compétence et de reconnaissance et d'exécution ; cependant, l'option de faire viser par la Convention le conflit de lois dans cette situation a été soulevé lors de la Session Diplomatique de juin 2001 et est donc mentionnée ici à titre de possibilité. Voir Texte provisoire, article 4 ; Clauses d'élection de for dans les contrats entre professionnels – Rapport du groupe de travail informel, disponible en anglais seulement, Document de Travail No. 28 pour la Dix-neuvième Session(8 juin 2001).

<sup>51</sup> Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958). Cette Convention, dite Convention de New York, prévoit la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales dans plus de 125 pays du monde entier.

<sup>52</sup> *Ibid.* article II.

<sup>53</sup> Voir Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* 154-158 (1981).

de négociation bien plus étendu que la partie consentante.<sup>54</sup> Des exemples de professionnels et de petites associations achetant des progiciels par l'intermédiaire d'Internet avec des conventions d'élection de for visant des ressorts éloignés ont été débattus. Une possibilité soulevée est de permettre à tout tribunal d'annuler une clause d'élection de for au motif de l'iniquité ; cela pourrait toutefois diminuer de manière importante l'utilité de la Convention pour les entreprises, qui ont besoin de pouvoir se fier, dans une bonne mesure, à l'exécution des clauses d'élection de for, comme il est très difficile de prévoir ce que divers ressorts jugeront « équitable » et pratiquement impossible de définir précisément ce qui constitue une « entreprise plus faible ». D'autre part, certains ont fait valoir qu'il est déraisonnable d'exclure une contestation à ce motif dans tous les cas. Un moyen terme pourrait être d'assurer que seul le tribunal choisi, appliquant ses propres règles de conflit de lois, devra juger du caractère inéquitable de la clause. Ce qui est clair est que ce domaine nécessite de plus amples travaux et devra être débattu lors de réunions à venir.

#### *Caractère raisonnable/ forum conveniens*

17 Le caractère raisonnable et *le forum conveniens* sont des principes relativement courants utilisés dans de nombreux pays de *common law* pour annuler les clauses d'élection de for qui ont été jugées exclusives et visaient d'autres ressorts. Par exemple, les principes de la *common law* anglaise imposent une déclaration d'incompétence à l'égard d'une procédure engagée devant le for lorsqu'il existe une clause de compétence étrangère exclusive, à moins que le demandeur ne puisse présenter un motif solide en sens contraire.<sup>55</sup> Le motif solide est évalué selon une liste de facteurs destinés à considérer les questions de commodité, d'efficacité et d'équité.<sup>56</sup> Ces facteurs ont parfois été utilisés pour

<sup>54</sup> Gustaf Möller, un juge de la Cour Suprême de Finlande, a expliqué que les lois scandinaves sur les contrats, par exemple, contiennent toutes un article en § 36 qui prévoit qu'un tribunal peut ignorer les termes d'un contrat s'il les juge déraisonnable pour une des parties, généralement la partie faible. Le juge Möller note également que l'article est applicable aux clauses attributives de compétence et aux clauses d'arbitrage. En fait, les tribunaux finlandais comme suédois ont écarté des clauses d'arbitrage dans un contrat entre professionnels au motif de leur caractère déraisonnable lorsqu'elles étaient appliquées à une petite entreprise, considérée comme une partie faible. Voir, par exemple, NJA 1979 s. 666 (dans laquelle la Cour suprême de Suède a jugé qu'une clause d'arbitrage dans un contrat donné entre professionnels devrait être rejetée car, en l'espèce, elle prive la partie faible du droit d'exécuter sa demande) ; HD 1996:27 (dans laquelle la Cour suprême de Finlande a jugé qu'une clause d'arbitrage dans un contrat de franchise pourrait constituer un terme de contrat déraisonnable. Cependant, en l'espèce, le contrat a été considéré comme raisonnable et, par conséquent, exécutoire). Voir aussi Gustaf Möller, *Om jömkning av skiljeavtal*, JFT 441-462 (1996); LARS HEUMAN, *SKILJEMANNARÄTT* 122-133 (1999).

<sup>55</sup> Voir *The El Amria*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 119.

<sup>56</sup> Le Juge Brandon a formulé les principes permettant l'évaluation du motif solide dans l'affaire *The Eleftheria*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237, puis les a reformulés en qualité de Lord Justice Brandon à la Cour d'Appel dans l'affaire *The El Amria*, *Ibid.* pp. 123-124, 123, 124. Les facteurs sont les suivants : (1) lorsque les demandeurs engagent une procédure civile en Angleterre en violation d'une convention prévoyant la soumission des litiges à un tribunal étranger et que les défendeurs soulèvent une exception d'incompétence, le tribunal anglais, à supposer que la demande relève par ailleurs de sa compétence, n'est pas tenu de se déclarer incompétent mais peut le faire ou non à sa discrétion ; (2) la discrétion doit être exercée en déclinant sa compétence à moins qu'il n'y ait un solide motif de ne pas le faire ; (3) le fardeau de la preuve à cet égard est supporté par les demandeurs ; (4) dans l'exercice de sa discrétion, le tribunal doit tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce ; (5) notamment, mais sous réserve de (4), l'examen des questions suivantes est approprié :

- (a) dans quel pays sont situés, ou sont plus commodément disponibles, les éléments de preuve des questions de fait, et l'effet de cette situation sur la commodité et le coût d'une procédure comparés entre les tribunaux anglais et étrangers ;
- (b) si le droit du tribunal étranger est applicable, et dans ce cas s'il diffère du droit anglais à des égards importants ;
- (c) le pays avec lequel l'une ou l'autre des parties a des liens, et la force de ces liens ;
- (d) si les défendeurs souhaitent réellement une procédure dans le pays étranger, ou poursuivent simplement un avantage de procédure ;
- (e) si les demandeurs subissaient un préjudice en devant poursuivre devant le tribunal étranger parce qu'ils seraient (i) privés d'un cautionnement pour leur prétention ; (ii) incapables de faire exécuter une condamnation éventuellement obtenue ; (iii) confrontés à une prescription non applicable en Angleterre ;

justifier l'annulation d'une clause d'élection de for.<sup>57</sup>

18 Les tribunaux australiens ont annulé, en un certain nombre de cas, des clauses de compétence exclusive étrangère sur le fondement de facteurs tels que la commodité et l'équité. Deux exemples sont particulièrement instructifs.<sup>58</sup> Dans l'affaire *Lewis Construction c. Tichauer*, une société australienne a poursuivi devant la Cour Suprême de Victoria une société française pour violation contractuelle fondée sur la fourniture d'une grue défectueuse.<sup>59</sup> Le contrat entre les parties comportait une clause attributive de compétence exclusive visant la France et une stipulation de loi applicable visant la loi française. Néanmoins, le tribunal australien a refusé de se déclarer incompétent. Son raisonnement était que la majeure partie des éléments de preuve étant située en Australie, il serait plus commode de plaider l'affaire en Australie, et contraindre le demandeur à engager des poursuites en France constituerait une « injustice réelle ». Dans l'affaire *Lep International c. Atlantrafic Express Service*<sup>60</sup> une société australienne a engagé des poursuites en Australie contre une société américaine pour violation d'un contrat en rapport avec des dégâts occasionnés à des biens lors d'un voyage de New York à Sydney. Le contrat entre les parties comportait une clause de compétence exclusive visant New York. Néanmoins, le tribunal australien a refusé de se déclarer incompétent. Son raisonnement était que puisque les éléments de preuve concernant les dégâts se trouvaient en Australie, il serait plus commode de plaider l'affaire en Australie, et le défendeur était déjà impliqué dans un contentieux en Australie. Dans des affaires plus récentes, les tribunaux australiens semblent se montrer plus respectueux des clauses attributives de compétence exclusive,<sup>61</sup> mais il est clair qu'il est risqué de se fier à la pratique des tribunaux en matière de clauses d'élection de for.

19 Aux Etats-Unis, les clauses attributives de compétence exclusive reçoivent généralement application devant les cours fédérales,<sup>62</sup> mais tel n'est pas le cas devant de nombreuses tribunaux d'état à l'intérieur des Etats-Unis.<sup>63</sup> Par exemple, dans une affaire

---

ou (iv) susceptibles de ne pas bénéficier d'une procédure équitable, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres.

<sup>57</sup> Voir, par exemple, *MC Pearl* [1997], 1 Lloyd's Rep. 566.

<sup>58</sup> On pourrait également mentionner *Ramcorp c. DFC Financial Services*, dans laquelle une déclaration d'incompétence a été refusée en dépit de l'existence d'une clause exclusive d'élection de for désignant les tribunaux de Nouvelle Zélande. (non rapportée, Cour Suprême de Nouvelle-Galles du Sud, Waddell CJ in Eq. 30 avril 1990). Le tribunal australien a été convaincu par l'argument du demandeur selon lequel il lui serait refusé un « avantage juridique » légitime s'il était contraint à poursuivre en Nouvelle Zélande, parce que la Nouvelle Zélande l'avait privé par voie législative de son droit à obtenir une injonction.

<sup>59</sup> [1966] VR 341.

<sup>60</sup> [1987] 10 NSWLR 614.

<sup>61</sup> Voir *CSP Computer Security Products c. Security Dynamics Technologies Inc.*, (non rapportée Fed. Ct, Heerey J., 12 April 1996) ; *Apscore International c. Grand Canyon Technologies*, (non rapportée Fed. Ct., Lethane J., 12 Dec. 1996) ; *Stern c. National Australia Bank*, [1996] 34 IPR 565.

<sup>62</sup> Dans l'affaire *M/S Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, la Cour Suprême des Etats-Unis a jugé que les clauses d'élection de for sont « [TRADUCTION] présumées valables et doivent recevoir exécution à moins que la partie qui s'y oppose ne montre que l'exécution est « déraisonnable » dans les circonstances de l'espèce. » 407 U.S. 1, 10 (1972). Cet arrêt a été appliqué par la Cour Suprême dans l'affaire *Carnival Cruise Lines, Inc. c. Shute*, donnant effet à une clause d'élection de for entre deux passagers et une compagnie de croisière figurant sur le billet de celle-ci. 111 S. Ct. 1522 (1991).

<sup>63</sup> Un plaideur étranger pourrait ne pas penser que la démarche d'un tribunal d'état lui importe, puisqu'il est possible de renvoyer une affaire d'un tribunal d'état à un tribunal fédéral sur le fondement d'une différence de citoyenneté. Par exemple, si l'une des parties vient des Etats-Unis et l'autre d'un pays étranger, les cours fédérales des Etats-Unis, agissant en pareil cas, appliqueront la loi fédérale pour analyser le caractère exécutoire d'une clause d'élection de for étranger, bien que cette règle ne soit pas absolue. Voir *Young Lee*, Note d'étudiant, *Forum Selection Clauses: Problems of Enforcement in Diversity Cases and State Courts*, 35 COLUM J. TRANSNAT'L L. 663 (1997). Néanmoins, un plaideur étranger ne pourra pas être certain de toujours avoir accès au tribunal fédéral. Si, par exemple, la société étrangère, comme il est fréquent, a une filiale aux Etats-Unis qui s'avère être une partie indispensable à l'affaire, cela fera obstacle à la condition de compétence *rationae personae* et il pourra être

récente entre un distributeur américain et un fabricant britannique devant un tribunal d'état en Pennsylvanie,<sup>64</sup> les parties avaient conclu un contrat de distribution exclusive comportant la clause d'élection de for suivante : « [TRADUCTION] Le présent Contrat et chaque contrat conclu entre les parties dans le cadre de celui-ci pour la vente des Produits seront à tous égards interprétés conformément au droit anglais, et les parties se soumettent par les présentes à la compétence exclusive des tribunaux anglais. » La société américaine a engagé des poursuites aux Etats-Unis, avançant que la clause d'élection de for était déraisonnable. Le tribunal du fond a donné application à la clause d'élection de for, mais le tribunal d'appel a infirmé le jugement, considérant que le contrat était déraisonnable parce que son exécution « nuirait gravement » à la faculté pour le demandeur d'exercer les poursuites.<sup>65</sup> La Cour a jugé les faits que les « archives, personnel et témoins se trouvaient aux Etats-Unis » et que la société étrangère avait une division en Pennsylvanie importants pour son analyse du caractère raisonnable de la clause. Il existe d'autres exemples de tribunaux d'état annulant des conventions d'élection de for, dont l'Alabama, dont on peut mentionner en passant que les condamnations des jurys y sont parmi les plus élevées des Etats-Unis et qu'il est particulièrement hostile aux clauses d'élection de for.<sup>66</sup> La question du caractère raisonnable a été débattue lors de la Session Diplomatique de juin 2001 en groupe de travail, et il est apparu dans la discussion qu'il n'est pas entièrement certain que le projet actuel de la Convention se réfère au droit national, ou s'il interdit une contestation sur ce fondement. Il est clair que cette question devrait être traitée lors des négociations à venir. Une possibilité serait d'indiquer clairement que les questions telles que la commodité et le caractère raisonnable ne doivent être traitées que par le tribunal désigné par la convention d'élection de for.

## ORDRE PUBLIC

20 L'ordre public est un autre motif avancé par les tribunaux pour refuser de donner effet à une clause exclusive d'élection de for. Cela peut être fait soit au stade de l'appréciation de la compétence, soit au stade de la reconnaissance ou de l'exécution. Au

---

impossible de renvoyer à une cour fédérale, sauf compétence *rationae materiae* à cause d'une question de droit fédéral. Une Convention sur cette question ferait évoluer la situation, comme l'illustrent la Convention de New York et sa loi de mise en oeuvre, la Loi Fédérale sur l'Arbitrage (FAA). La FAA est appliquée par les tribunaux d'état au lieu de la loi d'état à l'égard des clauses d'arbitrage.

<sup>64</sup> *Morgan Trailer Mfg. Co. c. Hydraroll, Ltd., et al.*, 759 A.2d 926 (Pa. Super. Ct. 2000).

<sup>65</sup> L'expression « déraisonnable et injuste » couvre une large gamme de questions en jurisprudence américaine. Voir, par exemple, *Continental Grain Export Corp. c. Ministry of War Etko Co.*, dans laquelle une société du Delaware a engagé une demande pour faute contractuelle à l'encontre de l'Iran devant le tribunal fédéral de district de New York (603 F. Supp. 724 (1984)). Les contrats en cause comportaient des clauses d'élection de for visant l'Iran, mais le tribunal de district a jugé qu'il ne leur donnerait pas exécution parce qu'elles étaient « déraisonnables et injustes ». Le raisonnement du tribunal était qu'un tribunal iranien ne permettrait pas à un demandeur américain de présenter tous ses arguments et ne les jugerait pas équitablement. Voir *id.*, 729. On aurait pu s'attendre à ce que le tribunal se fonde sur une exception d'ordre public, car il s'est fondé sur des termes de la cause célèbre *M/S Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S.1, qui indique bien en fait que « [TRADUCTION] une clause d'élection de for contractuelle devrait être jugée non exécutoire dans le cas où son exécution contreviendrait à une règle d'ordre public du for où la demande est présentée, qu'elle résulte de la loi ou de la jurisprudence ». Cette affaire, ainsi que *Copperweld*, ci-dessus note 12, démontre la difficulté à réaliser une typologie de ces affaires et à définir la portée du « caractère raisonnable ».

<sup>66</sup> Voir, par exemple, *Davenport Machine & Foundry Co. c. Adolph Coors Co.*, 314 N.W.2d 432 (Iowa Sup. Ct. 1982) (jugant que « [TRADUCTION] les clauses prétendant priver les tribunaux d'Iowa d'une compétence qu'elles auraient par ailleurs ne sont pas opposables en Iowa ») ; *Investors Guaranty Fund, Ltd. c. Compass Bank*, 779 So.2d 185 (Ala Sup Ct 2000) (jugant qu'une clause d'élection de for dans les contrats d'obligataires était non exécutoire parce qu'injuste et déraisonnable) ; *Saxe c. Anderson Kill Olick & Oshinsky, P.C.*, 1996 WL 456360, No. CV 960385479S (Conn. Super. Ct. July 23, 1996) (jugant que « [TRADUCTION] les parties ne peuvent pas attribuer conventionnellement une compétence à des tribunaux lorsque la loi ne l'a pas accordée, ni la retirer lorsque la loi l'a accordée ») ; *Scott c. Tutor Time Child Care Systems, Inc.* 33 S.W.3d. 679 (Mo, 2000) (jugant que les considérations d'ordre public tendant à éviter les chevauchements d'efforts et les problèmes potentiels de connexité, autorité de la chose jugée ou jugements contradictoires résultant de la disjonction d'affaires liées, étaient des arguments contre l'exécution d'une clause d'élection de for).

stade de l'appréciation de la compétence, le tribunal saisi pourra juger que la clause attributive de compétence désignant un autre for est nulle pour des motifs d'ordre public ou, au stade de la reconnaissance et de l'exécution, le tribunal pourra juger que la demande doit être rejetée parce que contraire à l'ordre public des Etats.

21 Les Etats identifient couramment des types particuliers de contrat pour lesquels il existe des motifs d'ordre public de refuser l'application des clauses d'élection de for. Les tribunaux situés dans ces Etats refuseront généralement de donner effet à ces clauses sur le fondement d'une loi ou au motif qu'elles enfreignent l'ordre public. Le motif d'ordre public pour annuler la clause d'élection de for est souvent lié à une préoccupation concernant l'inégalité de pouvoir économique. Bien que ces situations concernent généralement les contrats entre consommateurs et professionnels, qui ne relèvent pas de l'article 4, il existe d'autres relations relevant de ces préoccupations même dans le contexte professionnel. Le Règlement de Bruxelles par exemple, qui entrera en vigueur dans l'Union européenne le 1er mars 2002, prévoit des dispositions distinctes pour les conventions d'élection de for figurant dans les contrats d'assurance,<sup>67</sup> destinées à protéger la partie la plus faible. Aux Etats-Unis, les tribunaux de plusieurs Etats ont refusé de donner effet à des clauses d'élection de for exclusive figurant dans des contrats de franchise.<sup>68</sup> La Cour de Justice des Communautés européennes a annulé une clause de loi applicable dans un contrat d'agence parce qu'elle aurait contourné l'application d'une Directive du Conseil qui indiquait une réglementation concernant les agents commerciaux<sup>69</sup> qui, selon la Cour, était obligatoire par nature.<sup>70</sup> Si la Cour n'a pas eu l'occasion de connaître d'une clause d'élection de for indiquant un for hors de l'Union européenne dans un contrat d'agence, il paraît probable qu'une décision semblable serait rendue, à moins que le for choisi n'applique la Directive du Conseil à l'espèce. Enfin, plusieurs pays ont des restrictions affectant les clauses attributives de compétence dans les contrats de travail.

22 Si la Convention devait accorder aux tribunaux la possibilité d'annuler une clause d'élection de for au stade de l'appréciation de la compétence pour des motifs d'ordre public, cela pourrait bien donner lieu à une multitude de questions imprévues qui seraient susceptibles de réduire la prévisibilité du champ d'application de la Convention. En revanche, il sera probablement important pour les pays impliqués que cette Convention ne s'imisce pas dans leur ordre public tel qu'il est appliqué à certains types de relations pouvant comporter un déséquilibre de pouvoir, en dépit du fait que les deux parties sont des entreprises or professionnels. Une manière de le faire sans perdre la certitude importante de la compréhension du mode d'application de la Convention serait d'extraire de son champ d'application ces types de contrats particuliers. Cependant, il faut noter que cette démarche peut aller trop loin, et que tout devrait être fait pour inclure autant de types de contrat que possible afin d'éviter un patchwork déroutant de zones d'application et

<sup>67</sup> Voir Règlement de Bruxelles, article 13. Le Règlement de Bruxelles comporte également des dispositions particulières pour les conventions d'élection de for figurant dans les contrats entre consommateurs et professionnels et de travail, et bien que les contrats de travail relèvent généralement de l'article 4, puisqu'ils peuvent exister entre deux entreprises, les contrats de travail concernés par le Règlement de Bruxelles ne sont que les contrats de travail entre un employeur et une personne physique, et ne sont donc pas pertinents ici. Voir Règlement de Bruxelles, articles 18, 21.

<sup>68</sup> Par exemple, voir *Kubis & Perszyk Assocs. c. Sun Microsystems*, 680 A.2d 618 (N.J. 1996) (annulant une clause d'élection de for dans un contrat de franchise qui aurait renvoyé les parties en Californie). Les Etats de Californie, d'Illinois, d'Indiana, d'Iowa, du Maryland, du Michigan, du Minnesota, du New Jersey, de Caroline du Nord, de Dakota du Nord, de Rhode Island, de Dakota du Sud et de Washington ont tous « [TRADUCTION] des règles de jurisprudence, lois, ou règlements, soit annulant les clauses d'élection de for dans les contrats de franchise, soit les soumettant à un examen très approfondi lorsque les clauses indiquent un for hors de l'Etat de domicile du franchisé ». Voir James Zimmerman, *Restrictions on Forum Selection Clauses in Franchise Agreements and the Federal Arbitration Act: is State Law Preempted?*, 51 VAND. L. REV. 759, 773 (1998).

<sup>69</sup> Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants, 1986 J.O. L. 382/17.

<sup>70</sup> *Ingmar GB Ltd. c. Eaton Leonard Technologies Inc.* Rec. 2000-I p. 9305.



de non application de la Convention.

23 Aux stades de reconnaissance et d'exécution de la procédure, une fois un jugement reçu de la juridiction choisie, le tribunal saisi pourra refuser de reconnaître et d'exécuter ce jugement pour des motifs d'ordre public. Les motifs utilisés par divers tribunaux pour refuser la reconnaissance et l'exécution pour des considérations d'ordre public comprennent l'intimidation, la contrainte, la coercition,<sup>71</sup> l'illégalité,<sup>72</sup> les politiques publiques,<sup>73</sup> la justice procédurale ou matérielle.<sup>74</sup> Le Texte provisoire permet actuellement aux Etats de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement au motif qu'il « est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat requis. ».<sup>75</sup> Etant donnée la formulation stricte de cet article, les Etats devraient être encore plus circonspects à l'égard de l'exercice de cette exception. En tout état de cause, le nombre d'affaires dans lesquelles une exception d'ordre public est invoquée pour faire échec à l'exécution d'un jugement fondé sur une stipulation d'élection de for dans un contrat entre professionnels s'avère relativement faible.

## CONCLUSION

24 Bien qu'il ne s'agisse ici que d'une étude préliminaire du caractère exécutoire des clauses d'élection de for dans divers pays, qui n'est certainement pas exhaustive, il apparaît qu'une Convention sur ce sujet comprenant une disposition telle que l'article 4 sur les conventions d'élection de for entre professionnels aurait un impact sur le droit de plusieurs ressorts à tout le moins, et serait susceptible d'améliorer la prévisibilité et la fiabilité dans cette arène pour les parties commerçantes.

En somme, les avantages d'un tel instrument pourraient être les suivants :

- attribuer une compétence à des tribunaux lorsqu'il n'y a pas de lien entre le litige ou le défendeur et le tribunal choisi ;
- empêcher l'utilisation du *forum non conveniens* et de principes semblables pour éviter le contentieux devant un tribunal choisi par une stipulation à cet égard ;
- apporter une règle uniforme à l'égard de l'exclusivité comme moyen de réduire le coûteux contentieux sur l'intention des parties dans la conclusion d'une convention attributive de compétence ;
- harmoniser les questions de validité procédurale ou formelle, évitant ainsi un coûteux contentieux sur les incohérences dans le droit procédural applicable ;
- réduire les questions de validité de fond pouvant être traitées par tout tribunal autre que celui choisi ;
- réduire et clarifier la portée de l'exception d'ordre public telle qu'elle est utilisée

<sup>71</sup> Voir *Israel Discount Bank of New York c. Hadjipateras*, [1984] 1 WLR 137, CA. dans laquelle les tribunaux anglais ont jugé que l'intimidation, la contrainte et la coercition sont des motifs d'ordre public acceptables pour refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement.

<sup>72</sup> Voir *Soleimany c. Soleimany*, dans laquelle la Cour d'Appel a mentionné accessoirement qu'il serait contraire à l'ordre public de reconnaître un jugement étranger donnant effet à un contrat dans une situation où le tribunal a constaté que la commune intention des parties était de commettre un acte illicite dans un Etat étranger que l'Angleterre considère comme amical. Cf. [1998] 3 WLR 811. Cf. *Boardwalk Regency Corpn c. Maalouf* (1992) 88 DLR (4<sup>th</sup>) 612, Ont CA (donnant effet à un jugement étranger pour des dettes de jeu en dépit du fait que les dettes n'étaient pas recouvrables selon le droit de la province où l'exécution était poursuivie et que l'activité donnant lieu à la dette constituerait un délit pénal).

<sup>73</sup> Voir, par exemple, la décision du 4 juin 1992 de la Cour Suprême Fédérale d'Allemagne refusant de donner exécution à des dommages-intérêts majorés compensant un préjudice moral, pour des motifs d'ordre public. BGHZ 118, 331 (affaire IX ZR 149/91).

<sup>74</sup> Tels que la vérification que le tribunal d'origine n'a pas violé le droit du défendeur à une signification appropriée et une possibilité d'être entendu. Voir *Adams c. Cape Industries plc* [1990] Ch 433 (dans laquelle le tribunal a jugé que la procédure était si mauvaise que la justice positive était atteinte) ; *Jacobson c. Frachon* (1927) 138 LT 386, p. 390 (Lord Hanworth), 392 (Atkin LJ).

<sup>75</sup> Texte provisoire, article 28 (f).

pour attribuer une compétence en contradiction avec une clause d'élection de for.

La rédaction pourrait également constituer une occasion de rédiger des clauses types d'élection de for.