

Doc. préI. No 19  
Prel. Doc. No 19

août / August 2002

**DOCUMENT DE REFLEXION POUR AIDER A LA PREPARATION  
D'UNE CONVENTION SUR LA COMPETENCE ET LA RECONNAISSANCE ET  
L'EXECUTION DES JUGEMENTS ETRANGERS EN MATIERE CIVILE ET COMMERCIALE**

*préparé par Andrea Schulz  
Premier Secrétaire*

\* \* \*

**REFLECTION PAPER TO ASSIST IN THE PREPARATION OF A CONVENTION  
ON JURISDICTION AND RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF  
FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS**

*prepared by Andrea Schulz  
First Secretary*

*Document préliminaire No 19 d'août 2002  
à l'intention de la réunion du Groupe de travail informel d'octobre 2002*

*Preliminary Document No 19 of August 2002  
for the attention of the meeting of the Informal Working Group of October 2002*

**DOCUMENT DE REFLEXION POUR AIDER A LA PREPARATION  
D'UNE CONVENTION SUR LA COMPETENCE ET LA RECONNAISSANCE ET  
L'EXECUTION DES JUGEMENTS ETRANGERS EN MATIERE CIVILE ET COMMERCIALE**

*préparé par Andrea Schulz  
Premier Secrétaire*

\* \* \*

**REFLECTION PAPER TO ASSIST IN THE PREPARATION OF A CONVENTION  
ON JURISDICTION AND RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF  
FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS**

*prepared by Andrea Schulz  
First Secretary*

## TABLE DES MATIERES

<b>A</b>	<b>Remarques liminaires .....</b>	<b>5</b>
	<b>I Procédure .....</b>	<b>5</b>
	<b>II Fond.....</b>	<b>6</b>
<b>B</b>	<b>Le domaine central de compétence identifié par la Commission I - Décisions d'orientation politique à prendre, questions à résoudre et certains effets sur la structure de la Convention .....</b>	<b>7</b>
	<b>I Et si la Convention était limitée aux clauses d'élection de for dans les affaires entre professionnels ?.....</b>	<b>7</b>
	<b>1 Questions .....</b>	<b>7</b>
	<b>a) Validité formelle et matérielle .....</b>	<b>7</b>
	<b>aa) Validité formelle.....</b>	<b>7</b>
	<b>bb) Validité matérielle.....</b>	<b>7</b>
	<b>cc) Quelle juridiction tranchera ?.....</b>	<b>11</b>
	<b>b) Champ d'application de la Convention.....</b>	<b>12</b>
	<b>aa) Champ d'application matériel.....</b>	<b>12</b>
	<b>bb) Champ d'application territoriale.....</b>	<b>13</b>
	<b>c) Compétence <i>rationae personae</i> ou compétence <i>rationae materiae</i>.....</b>	<b>14</b>
	<b>d) Mesures provisoires .....</b>	<b>14</b>
	<b>2 Structure .....</b>	<b>15</b>
	<b>a) Blanc / gris / noir .....</b>	<b>15</b>
	<b>b) <i>Forum non conveniens</i>, refus d'exercer la compétence et questions apparentées .....</b>	<b>15</b>
	<b>aa) Discrétion de la juridiction choisie ?.....</b>	<b>16</b>
	<b>(1) Clause d'élection de for exclusive .....</b>	<b>16</b>
	<b>(2) Clause d'élection de for non exclusive.....</b>	<b>17</b>
	<b>bb) Obligation pour toute juridiction saisie dans un Etat contractant de rejeter l'affaire pour incompétence ou surseoir à statuer si les parties avaient choisi les juridictions d'un autre Etat .....</b>	<b>17</b>
	<b>(1) Clause d'élection de for exclusive .....</b>	<b>17</b>
	<b>(2) Clause d'élection de for non exclusive.....</b>	<b>18</b>
	<b>cc) Immixtion possible d'une juridiction d'un Etat contractant autre que la juridiction choisie par les parties à titre exclusif.....</b>	<b>19</b>
	<b>dd) Conclusion.....</b>	<b>19</b>
	<b>(1) Pouvoir discrétionnaire de la juridiction choisie .....</b>	<b>19</b>
	<b>(2) Obligations de la juridiction saisie mais non choisie .....</b>	<b>19</b>

	(3) Obligation de toute juridiction non choisie de ne pas s'immiscer dans la procédure devant la juridiction choisie .....	20
	c) Litispendance .....	20
	aa) Clause d'élection de for exclusive .....	20
	bb) Clause d'élection de for non exclusive .....	20
	d) Bilatéralisation .....	21
	e) Déconnexion .....	21
II	Et si nous ajoutons une règle de consentement / renonciation / acceptation ? .....	22
	1 Questions .....	22
	2 Structure .....	23
	a) Blanc / gris / noir et litispendance / refus d'exercer la compétence .....	23
	b) Bilatéralisation .....	23
	c) Déconnexion .....	23
III	Et si nous ajoutons une règle sur le for du défendeur (résidence [habituelle]) ? .....	24
	1 Questions .....	24
	2 Structure .....	25
	a) Champ d'application .....	25
	b) Autres questions d'ordre général .....	25
	c) Bilatéralisation .....	26
	d) Acceptation/opposition ( <i>opt in/opt out</i> ).....	26
	e) Déconnexion .....	26
IV	Et si nous ajoutons une règle pour les demandes reconventionnelles ? .....	26
	1 Questions .....	26
	2 Structure .....	26
	a) Généralités .....	27
	b) Bilatéralisation .....	28
	c) Acceptation/opposition ( <i>opt in/opt out</i> ).....	28
	d) Déconnexion .....	28
C	Questions d'organisation .....	28

**A Remarques liminaires****I Procédure**

Du 22 au 24 avril 2002, la Commission I sur les Affaires générales et la politique de la Dix-neuvième Session de la Conférence de La Haye s'est réunie à la Haye pour décider, entre autres, de l'orientation future des travaux de la Conférence pour une Convention universelle sur la Compétence, la Reconnaissance et l'Exécution des Jugements Etrangers en Matière Civile et Commerciale (le « Projet sur les jugements »).

A cet égard, la Commission a adopté les conclusions suivantes :

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

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

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

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

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

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

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

(...) ».

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

## II Fond

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

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

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

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

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

Le présent document n'a de prétentions ni scientifique - les questions en suspens ayant été suffisamment définies et complétées par la recherche dans des documents antérieurs - ni politique. Il ne considère pas les avantages et inconvénients de l'inclusion d'une quelconque

---

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

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

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

règle de compétence supplémentaire parce que cette décision ne relève pas des attributions du groupe informel<sup>4</sup>.

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

**B Le domaine central de compétence identifié par la Commission I - Décisions de politique à prendre, questions à résoudre et certains effets sur la structure de la Convention**

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

**1 Questions**

**a) Validité formelle et matérielle**

**aa) Validité formelle**

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

**bb) Validité matérielle**

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

<sup>4</sup> Le groupe pourrait donc proposer diverses alternatives pour la consultation sans prendre parti quant à une préférence.

<sup>5</sup> Voir note 25 du Texte provisoire.

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

<sup>7</sup> Voir le rapport sur l'Avant-Projet de Convention sur la Compétence et les Jugements Etrangers en Matière Civile et Commerciale de Peter Nygh et Fausto Pocar, Document préliminaire No 11 d'août 2000, également disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye à l'adresse [www.hcch.net](http://www.hcch.net) (ci-après le « Rapport Nygh/Pocar »).

<sup>8</sup> Rapport Nygh/Pocar, p. 42.

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

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

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

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

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

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

Cette distinction soulève trois questions :

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

<sup>9</sup> Dans certains systèmes juridiques, il existe des dispositions expresses limitant ou excluant la possibilité de conclure des conventions d'élection de for pour certains types de contrats (p. ex. contrats entre professionnels et consommateurs, contrats de travail, d'assurance ou de franchise).

Ils sont mentionnés ici à titre d'exemples pour illustrer le concept juridique. Cependant, comme il sera montré ultérieurement, certains d'entre eux seront dépourvus de pertinence à l'égard du Projet sur les jugements si certains domaines sont exclus du champ d'application de la règle de compétence sur les clauses d'élection de for ou, dans le cas d'une Convention comportant plus d'une compétence en liste blanche, du champ d'application de la Convention dans son ensemble (p. ex., dans le cas d'une limitation aux affaires entre professionnels).

A titre alternatif ou supplémentaire, certains systèmes juridiques pourraient soumettre une clause d'élection de for à un contrôle général de conformité à l'ordre public ou de caractère raisonnable, rendant ainsi illicite toute clause contraire à ces exigences. En outre, il peut exister des critères appliqués à tout type de convention y compris les clauses d'élection de for (*public policy*/ordre public/*bona fide*/*buon costume/gute Sitten/Treu und Glauben*, etc.).

<sup>10</sup> Si cette interprétation de l'Article 4(4) n'était pas couramment partagée, cela démontrerait d'autant plus le besoin d'une clarification supplémentaire.

- (2) S'il en est ainsi, comment les deux sous-groupes de validité matérielle doivent-ils être délimités ?

Par exemple, le *dol* peut donner lieu à une clause déraisonnable ainsi qu'à un vice du consentement, et également à des considérations d'ordre public. La question de savoir si une clause d'élection de for dans un contrat d'adhésion a été intégrée au contrat peut concerner aussi bien le consentement que la licéité/le caractère raisonnable. Un problème semblable peut survenir au sujet des conditions d'âge établies par le droit national, qui peuvent être considérées comme un aspect à la fois de la licéité et de la capacité.

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

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

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

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

(3) Si l'on devait renoncer au traitement différent des deux sous-ensembles de validité matérielle, on pourrait :

- soit fixer des normes autonomes pour toutes ces questions dans la Convention ;
- soit les laisser toutes au droit (y compris le droit international privé) du for effectivement saisi ;

<sup>11</sup> Voir par exemple les illustrations fournies en p. 42 du Rapport Nygh/Pocar (énumérant l'ordre public et des interdictions juridiques expresses de conventions d'élection de for dans certains connaissements) et en p. 11 et suivantes du Doc. prélim. No 18 (y compris la note 49) énumérant entre autres le caractère raisonnable, l'inéquité ou les lois annulant les clauses d'élection de for dans certains types de contrats.

<sup>12</sup> Ceci concerne notamment la Communauté Européenne.

<sup>13</sup> L'expression « qualification » en version anglaise - terme utilisé par la doctrine d'Europe continentale - est dite également « classification » ou « caractérisation » en anglais.

<sup>14</sup> Cela est illustré par la jurisprudence de la Cour Européenne de Justice concernant l'Article 17 de la Convention de Bruxelles, qui applique plus ou moins cette démarche sans la rendre explicite. La délimitation entre forme et substance était autrefois une question qui a de manière répétée fait soumettre par les tribunaux à la CEJ la question de savoir si une certaine limitation établie par le droit national relativement à la validité d'une clause d'élection de for devait être qualifiée de formelle (et donc non applicable dans le champ d'application de la convention) ou de matérielle (et donc applicable).

- soit inclure une règle de conflit de lois soumettant toutes ces questions au droit (y compris le droit international privé) du for choisi, quelle que soit la juridiction effectivement saisie de l'affaire.

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

- le consentement et la capacité pourraient dépendre du droit national déterminé par les règles de conflit de lois du for effectivement saisi ;
- alternativement, une règle de conflit de lois désignant la loi du for choisi, y compris ses règles de droit international privé, serait une autre possibilité ;
- pour l'autre groupe, la Convention pourrait comporter des règles autonomes, excluant donc<sup>15</sup> la poursuite de l'application de toute loi nationale à la validité matérielle, hormis les règles de consentement et de capacité.

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

- Ces limites peuvent consister en règles de *compétence exclusive* pour certaines matières, auxquelles les parties ne peuvent déroger (par exemple, procédures concernant les droits réels immobiliers, ou certains litiges concernant les droits de propriété intellectuelle).
- Les domaines où un choix limité entre un certain nombre de fors pourrait subsister dans de nombreux droits nationaux, mais où il est jugé indésirable d'accorder aux parties une pleine liberté de conclure des conventions d'élection de for du fait d'une inégalité supposée dans leur pouvoir de négociation (par exemple, contrats entre professionnels et consommateurs, contrats de travail, de franchise, d'assurance, d'agence ou autres), en sont un autre exemple.

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

- Il faudrait cependant trouver une solution différente pour les freins et conditions *généraux* établis par de nombreux droits nationaux à l'égard des clauses d'élection de for. Étant donnée la diversité de concepts sous-tendant des termes tels que caractère raisonnable, équité, ordre public, etc. dans les divers États membres, une

<sup>15</sup> Une exception possible à cette règle est mentionnée en page suivante.

<sup>16</sup> Si le champ d'application de la Convention en tant que tel était limité aux contrats entre professionnels, cela exclurait déjà les contrats entre professionnels et consommateurs et contrats de travail, ce qui rendrait superflue une mention explicite dans l'article 4. Il faut garder à l'esprit, cependant, qu'une telle exclusion pourrait ne pas être si simple. On peut trouver des exemples de la manière d'exclure les contrats entre professionnels et consommateurs dans l'article 2 c) de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, ainsi que dans l'article 2 a) de la *Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*.

Cependant, afin de faciliter le travail du groupe et en tenant compte du fait qu'il ne relève pas de sa tâche de prendre des décisions de politique mais uniquement de les préparer, la méthodologie suivante est proposée : lors de l'examen de chacun des chefs de compétence blancs possibles, le groupe devrait se limiter à la présentation d'une proposition en substance quant à savoir si un quelconque domaine ou sujet (p. ex. contrats entre professionnels et consommateurs, contrats de travail, etc., et plus encore des matières couvertes par une compétence exclusive dans certains pays telles que validité de brevets, droits réels immobiliers, etc.) devrait être exclu de l'application de cette disposition particulière. Si, à la suite de ce processus d'examen des divers chefs de compétence et après consultation, il apparaît qu'il existe un souhait commun d'exclure certains sujets de *tous* les chefs de compétence blancs, à titre de question de rédaction, l'exclusion pourrait alors être déplacée vers la disposition concernant le champ d'application. Voir également *infra*, p. 12.

<sup>17</sup> Une justification possible de ce procédé pourrait être un intérêt commun pour l'harmonisation de ces restrictions dans un domaine particulier.

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

simple référence à l'un ou plusieurs de ces termes en article 4 ne donnerait pas lieu à une application suffisamment uniforme dans les divers Etats contractants. Si la distinction entre « licéité » et « consentement et capacité » est maintenue et les deux groupes soumis à des régimes juridiques différents - le premier à une norme autonome résultant de la Convention et le second à un droit national identifié par les règles de droit international privé du for -, tout critère général tel que ceux de caractère raisonnable, équité ou ordre public pourrait donc devoir être défini de manière directe et autonome dans la Convention en des termes visant à assurer autant que possible une interprétation uniforme<sup>19</sup>.

- Une autre option serait de n'avoir aucun critère général de ce genre dans la Convention, tout en interdisant l'utilisation d'un tel critère établi par le droit national<sup>20</sup>.
- On peut envisager de distinguer entre les critères généraux qui s'appliquent aux seules clauses d'élection de for et les tests généraux figurant dans le droit national et qui s'appliquent à tous les types de contrat, y compris les clauses d'élection de for (ordre public/*bona fide/Treu und Glauben/buon costume/gute Sitten*, etc.).
- En outre, quelle que soit la décision relative à l'inclusion d'un ou plusieurs critères généraux concernant la validité matérielle, afin d'éviter tout malentendu, il pourrait être souhaitable d'explicitier dans la Convention la mesure dans laquelle tout critère général de licéité (supplémentaire) qui pourrait figurer dans le droit national resterait applicable dans le cadre de la Convention, par exemple toute exigence supplémentaire d'un lien entre le litige ou le défendeur et la juridiction choisie outre la clause d'élection de for elle-même<sup>21</sup>.

### cc) Quelle juridiction tranchera ?

Chacun des aspects exposés ci-dessus pourrait en théorie être tranché par :

- soit la juridiction choisie seulement,
- soit toute juridiction effectivement saisie.

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

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

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

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

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

<sup>21</sup> Voir également sur cette question Doc. pré-l. No 18, p. 5 et suivantes.

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

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

(2) Dans la mesure où des règles concernant la validité matérielle sont incluses dans la Convention, il en serait de même, ce qui ne donnerait lieu à aucun besoin particulier<sup>22</sup> de laisser l'application de ces règles à la seule juridiction choisie.

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

- Pour ces seules questions, il faudrait décider si cela est acceptable ou si la juridiction choisie devrait seule avoir le droit de trancher ces questions.
- Laisser la décision à la juridiction choisie exclusivement peut également donner aux parties la possibilité de « contourner » les règles du système dans lequel ils traitent en fait, par exemple, dans une affaire où la capacité est en cause. Cela est-il souhaitable ?

Cependant, étant données les complications de procédure qu'entraînerait cette dernière option<sup>23</sup>, il serait nécessaire de démontrer le besoin de laisser le soin d'une telle décision à la seule juridiction choisie.

- Existe-t-il, par exemple, une grande divergence entre fors dans les décisions concernant le consentement et la capacité<sup>24</sup> ?

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

## **b) Champ d'application de la Convention**

### **aa) Champ d'application matériel**

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

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

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

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

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

<sup>25</sup> Voir *supra*, p. 10.

- Cependant, il faudra trouver une définition appropriée des contrats entre professionnels - ou une définition négative énumérant les domaines non couverts<sup>26</sup>.
- Si la Convention elle-même ne comporte aucune règle concernant la compétence exclusive, quels doivent être les rapports avec les règles nationales fixant une compétence exclusive dans certains domaines<sup>27</sup> ?
- Notamment, que faire du contentieux de la propriété intellectuelle ? Avec des différences de détail, dans de nombreux Etats, des aspects plus ou moins étendus de ce domaine relèvent des règles nationales de compétence exclusive<sup>28</sup>. Cependant, une quelconque exclusion générale du contentieux ayant trait à la propriété intellectuelle du champ d'application entraînerait une énorme réduction de l'applicabilité de la Convention car le large domaine du contentieux des licences de propriété intellectuelle serait exclu. C'est là un domaine où les clauses d'élection de for sont particulièrement courantes, et le fait que les règles de la Convention en matière de clauses d'élection de for soient applicables constituerait donc un énorme avantage. Par contre, la concession de licence peut être très étroitement liée à la contrefaçon. Une contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle peut se produire dans une situation de « piraterie pure » en l'absence de toute relation contractuelle entre les parties, mais peut également résulter de l'inobservation d'un contrat de licence, par l'exploitation du droit de propriété intellectuelle au-delà des modalités de la licence. S'il était décidé d'inclure le contentieux des licences de propriété intellectuelle mais d'exclure d'autres questions ayant trait à la propriété intellectuelle telles que la validité ou les dommages immatériels, cette distinction nécessiterait une clause de délimitation très soigneusement rédigée.
- Si la Convention était limitée aux clauses d'élection de for, devrions-nous envisager de (ré-)inclure les contrats de transport maritime de marchandises qui comportent traditionnellement des clauses d'élection de for<sup>29</sup> ?
- D'autres éléments actuellement exclus du champ d'application par l'article 1 (II) devraient-ils être ré-examinés<sup>30</sup> ?

## **bb) Champ d'application territoriale**

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

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

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

<sup>27</sup> Cette question a déjà été examinée *supra*, p. 10, à l'égard de la validité matérielle d'une clause d'élection de for. Si la Convention était limitée aux clauses d'élection de for, la réponse serait probablement que les règles nationales relatives à la compétence exclusive devraient soit être intégrées à la Convention à titre de restrictions de la validité matérielle, soit être dépourvues de pertinence. Si la Convention devait comporter d'autres chefs de compétence, il faudrait discuter de la question de savoir si les règles nationales existantes concernant la compétence exclusive nécessitent certaines exclusions du champ d'application de la Convention en tant que telle ou de la règle de compétence concernée (voir *infra*, p. 23, 25, 27).

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

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

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

Cette question a été identifiée dans la partie entre crochets de l'article 2(1) du Texte provisoire mais il n'y a pas encore de consensus à cet égard<sup>31</sup>.

- Si un élément international était requis pour que la Convention ou une clause d'élection de for soit applicable, serait-il nécessaire de définir cet « élément international » ?
- Si c'est le cas, une définition positive est-elle possible, ou une description négative telle que celle utilisée en article 3(3) de la Convention de Rome<sup>32</sup> serait-elle suffisante ?

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

### **c) Compétence *rationae personae* ou compétence *rationae materiae***

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

Ce souci a été bien accueilli mais les propositions pour y répondre n'ont pas été jugées satisfaisantes par la réunion dans son ensemble, une autre manière possible de traiter la question serait d'ajouter un alinéa ou article supplémentaire<sup>33</sup> comme suit :

« Aucune disposition de la présente Convention n'affectera la compétence *rationae materiae* ».

### **d) Mesures provisoires**

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

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

- Devrait-il être possible d'obtenir une mesure provisoire d'une juridiction autre que celle choisie ?

<sup>31</sup> Voir note 15 du Texte provisoire pour les différentes propositions sur cette question.

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

<sup>33</sup> La création d'un article général distinct faciliterait la rédaction si de nouveaux motifs en liste blanche étaient ajoutés par la suite, car l'article couvrirait alors également ces motifs supplémentaires.

<sup>34</sup> J. O. C 27, 26.01.1998, p. 1.

<sup>35</sup> J. O. L 319, 25.11.1988, p. 9.

<sup>36</sup> J. O. L 12, 16.01.2001, p. 1.

- Si la réponse à la première question est affirmative en principe, faudrait-il faire une distinction entre clauses d'élection de for exclusives et non exclusives ?
  - Si la réponse à la première question est affirmative en principe, faudrait-il faire une distinction entre différents types de mesures provisoires<sup>37</sup> ?
- Serait-il nécessaire de rendre la décision (affirmative ou négative) explicite ?

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

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

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

## **2 Structure**

### **a) Blanc/gris/noir**

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

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

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

La principale valeur ajoutée d'une Convention sur les clauses d'élection de for identifiée par le Document préliminaire No 18 est la certitude juridique. Les parties pourraient en tirer la certitude que (aa) la juridiction choisie (à titre exclusif ?) et effectivement saisie n'aura pas le pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer sa compétence pour des raisons d'inconfort. En outre, les parties pourraient être certaines de ce que (bb) toute juridiction d'un Etat contractant renverrait l'affaire pour incompetence ou surseoirait à

---

<sup>37</sup> On pourrait par exemple discuter d'une distinction entre (1) les ordonnances conservatoires rendues dans un Etat contractant autre que l'Etat contractant de la juridiction choisie en vue de protéger les actifs à l'appui d'une procédure au fond devant la juridiction choisie ; (2) les ordonnances provisoires de paiement et autres comportant une injonction de faire ; (3) les mesures interdisant des conduites prétendument illicites ou occasionnant/susceptibles d'occasionner un préjudice actuel ou imminent.

statuer si les parties avaient choisi à titre exclusif les juridictions d'un autre Etat (contractant ?). Troisièmement, les parties pourraient avoir la certitude que (cc) tout tribunal d'un Etat contractant autre que la juridiction choisie à titre exclusif ne s'immiscerait d'une quelconque autre manière dans la compétence exclusive de la juridiction choisie.

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

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

#### **aa) Discrétion de la juridiction choisie ?**

Le silence de la Convention donnerait probablement lieu à des avis divergents quant à savoir si les principes et règles nationaux de la juridiction saisie existants qui prévoient le pouvoir discrétionnaire de se refuser d'exercer la compétence resteraient applicables. Les juridictions des Etats de *common law* familiers du principe de *forum non conveniens* pourraient continuer d'exercer la discrétion permise par le droit national quant à la décision de rejeter une affaire. Ceci nuirait gravement à l'atteinte des objectifs de la Convention.

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

Afin de clarifier pourquoi une réponse à cette seconde question est essentielle, il peut être utile d'examiner la solution actuelle en article 22 du Texte provisoire qui fait effectivement une distinction<sup>38</sup> entre clauses d'élection de for exclusives et non exclusives :

#### **(1) Clause d'élection de for exclusive**

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

<sup>38</sup> La première phrase de l'article 4(1) crée une présomption d'exclusivité de la clause d'élection de for, sauf accord contraire des parties.

étendue - accordée par les principes nationaux de *forum non conveniens*, notamment lorsque cette prévisibilité est le principal objectif de l'existence d'une Convention sur les clauses d'élection de for.

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

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

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

## **(2) Clause d'élection de for non exclusive**

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

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

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

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

### **(1) Clause d'élection de for exclusive**

Si la clause d'élection de for était exclusive, toute juridiction d'un Etat contractant autre que l'Etat de la juridiction choisie serait tenue de rejeter l'affaire pour incompétence à moins que la Convention ne lui accorde le droit d'invalidier et de ne pas tenir compte d'une clause d'élection de for indiquant un autre Etat. Cette obligation n'est actuellement exprimée qu'en partie dans l'article 4 lui-même : la 2<sup>e</sup> phrase de l'article 4(1) oblige les tribunaux des Etats contractants à « se déclarer incompétents »<sup>39</sup> ou surseoir à statuer au bénéfice d'une

<sup>39</sup> Il faut remarquer que l'expression « *to decline jurisdiction* » dans la 2<sup>e</sup> phrase de la version anglaise de l'article 4(1) (« se déclarer incompétents » dans la version française) n'a pas le même sens que la même expression utilisée dans la version anglaise de l'article 22 (« refuser d'exercer la compétence » dans la version française). En article 4, cela signifie que la juridiction est incompétente en application de la Convention. L'article 22, en revanche, est fondé sur l'hypothèse que la juridiction est effectivement compétente (compétence en liste blanche ou éventuellement, comme proposé dans la partie entre crochets de l'article 22(6), compétence en zone grise compatible avec la liste blanche). L'article 22 accorde alors à cette juridiction un pouvoir discrétionnaire limité pour refuser d'exercer cette compétence existante. Afin d'éviter la confusion, dans le présent document l'expression « refuser d'exercer la compétence/*to decline jurisdiction* » est donc limitée à l'article 22. En dépit de la formulation de l'article 4(1) en sa version anglaise, les termes « rejeter l'affaire pour incompétence/*to dismiss the case for lack of jurisdiction* » seront utilisés lorsqu'il sera question des obligations d'une juridiction incompétente.

juridiction choisie dans un Etat *non contractant*. Si la juridiction choisie est située dans un Etat *contractant*, la même obligation de rejeter l'affaire pour incompétence découle indirectement des termes d'introduction de l'article 17 permettant aux juridictions des Etats contractants de faire usage des règles de compétence prévues par le droit national seulement « sous réserve de l'article 4 ».

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

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

- Si la juridiction choisie juge la clause valable, la juridiction (non choisie) première saisie devra rejeter l'affaire.
- Si la juridiction choisie juge la clause non valable et ne se déclare pas compétente en vertu de son droit national mais rejette l'affaire, la procédure devant la juridiction (non choisie) première saisie peut reprendre.
- Si la juridiction choisie juge la clause non valable mais souhaite néanmoins exercer sa compétence en vertu de son droit national, il faudra examiner si ceci devrait être traité par les articles 21/22 afin d'éviter des procédures parallèles dans les deux Etats tous deux compétents en zone grise, ou si deux chefs gris sont un lien avec la Convention si tenu que les questions de litispendance/*forum non conveniens* devraient être laissées au droit national.
- Serait-il nécessaire de traiter les clauses d'élection de for en faveur de juridictions dans d'autres Etats contractants différemment de celles visant les juridictions d'Etats non contractants<sup>42</sup> ?

## (2) Clause d'élection de for non exclusive

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

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

<sup>40</sup> Ceci pourrait être traité soit dans l'Article 4 soit dans un article sur le modèle de l'actuel article 17, délimitant la Convention du droit national.

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

<sup>42</sup> Une distinction possible pourrait consister à obliger expressément la juridiction non choisie d'un Etat contractant à rejeter l'affaire pour incompétence immédiatement si la juridiction choisie est dans un autre Etat contractant. Si elle est située dans un Etat non contractant, la Convention pourrait prévoir d'abord un sursis, puis, dès qu'il est clair que la juridiction choisie se déclare compétente, un rejet par la juridiction non choisie.

D'une manière générale, il faudra discuter de la question de savoir si les clauses d'élection de for en faveur d'Etats non contractants seront honorées en application de la Convention. Il est bien possible qu'un demandeur saisisse la juridiction d'un Etat contractant qui n'est pas choisie parce que la décision devra être exécutée dans cet Etat et qu'il est clair qu'un jugement rendu par la juridiction choisie dans un Etat non contractant ne serait pas exécutée dans cet Etat contractant.

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

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

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

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

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

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

### **dd) Conclusion**

#### **(1) Pouvoir discrétionnaire de la juridiction choisie**

- Dans le cas d'une juridiction choisie dans une clause d'élection de for *exclusive*, une règle autonome dans la Convention est nécessaire pour *exclure* tout pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer la compétence pour des raisons de commodité dont cette juridiction pourrait disposer selon son droit national. Afin d'atteindre cet objectif, une simple *interdiction* selon le modèle de l'article 22(7) pourrait suffire.
- Cependant, dans le cas d'une clause d'élection de for *non exclusive*, une règle autonome dans la Convention établissant un *mécanisme complet*, c'est à dire, quelque chose de semblable à l'article 22 du Texte provisoire, est nécessaire pour remplacer la discrétion éventuelle de la juridiction choisie en droit national de refuser d'exercer sa compétence pour des raisons de commodité.

#### **(2) Obligations de la juridiction saisie mais non choisie**

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

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

- dans le cas d'une clause d'élection de for exclusive, il faudrait expliciter un devoir pour la juridiction saisie mais non choisie de rejeter l'affaire pour incompétence (ou surseoir à statuer ?) ;
- il pourra être envisagé de distinguer entre les clauses d'élection de for en faveur des juridictions d'Etats contractants ou d'Etats non contractants.

### **(3) Obligation de toute juridiction non choisie de ne pas s'immiscer dans la procédure devant la juridiction choisie**

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

#### **c) Litispendance**

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

##### **aa) Clause d'élection de for exclusive**

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

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

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

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

##### **bb) Clause d'élection de for non exclusive**

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

En supposant que la juridiction saisie en second est la juridiction choisie par la clause non exclusive<sup>44</sup>, l'article 21(1) dans sa rédaction actuelle n'impose pas à cette juridiction saisie

<sup>43</sup> L'obligation de la juridiction première saisie et qui n'est pas la juridiction choisie à titre exclusif est discutée *supra*, p. 17 et *seq.*

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

en second de rejeter l'affaire en faveur d'une simple compétence en zone grise de la juridiction première saisie.

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

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

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

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

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

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

#### **d) Bilatéralisation**

La question d'une possible bilatéralisation de la Convention (en tout ou partie) n'a jamais été discutée de manière approfondie. Lors de la réunion d'Edimbourg en avril 2001, et de nouveau lors de la Première Partie de la Conférence diplomatique de juin 2001, une proposition<sup>46</sup> a été présentée à cet égard.

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

#### **e) Déconnexion**

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

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

---

<sup>45</sup> Voir en particulier article 22(4), seconde phrase.

<sup>46</sup> Document de travail No 48.

<sup>47</sup> Note sur les relations entre la future Convention de La Haye sur les jugements et des accords régionaux, notamment les instruments de Bruxelles et de Lugano, distribuée comme Annexe II – Ottawa II et Annexe Q – Edimbourg. Pour éviter les redondances, le lecteur est invité à se référer à ce document.

Au cours du premier semestre 2001, l'Union européenne et ses Etats membres ont présenté une liste comportant, entre autres, la Convention de Bruxelles<sup>48</sup> et Lugano. Depuis le 1er mars 2002, la Convention de Bruxelles a été remplacée par le Règlement (CE) No 44/2001 sur la Compétence Judiciaire et la Reconnaissance et l'Exécution des Jugements en Matière Civile et Commerciale du 22 décembre 2000 pour 14<sup>49</sup> des 15 Etats Membres de l'UE. Dans les paragraphes ci-dessous, ces trois actes seront désignés les « instruments européens ».

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

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

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

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

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

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

## **II Et si nous ajoutons une règle de consentement/renonciation/acceptation ?**

### **1 Questions**

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

<sup>48</sup> Cette Convention reste en vigueur entre les 14 Etats membres de l'UE désormais liés par le Règlement (CE) No 44/2001 et le Danemark.

<sup>49</sup> A l'exception du Danemark.

<sup>50</sup> On suppose que dans la Proposition 1, le terme « instrument international » inclurait les actes de la Communauté européenne tels que les règlements.

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

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

## 2 Structure

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

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

### b) Bilatéralisation

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

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

- Etats non membres adhérant à la Convention ?
- tout Etat non membre de la Conférence de La Haye au moment de l'adoption du Projet de Convention ?
- tout Etat ?

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

### c) Déconnexion

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

La règle sur le consentement à la compétence figurant dans les instruments européens (Article 18 des Conventions de Bruxelles et Lugano ; article 24 du Règlement (CE) 44/2001) est plus large que l'article 4(3) ; la compétence en liste blanche est donc établie plus facilement en vertu des instruments européens. Dans la mesure où elle est plus large

---

<sup>51</sup> En ce qui concerne la rédaction, on a exprimé l'opinion que la référence à l'expression « par écrit » devait être alignée sur l'article 4(2) ; voir note 26 du Texte provisoire.

que dans le Projet sur les jugements, cette compétence serait, dans le contexte du Projet sur les jugements, une compétence grise.

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

Les propositions de clause de déconnexion indiquées en Annexe I au Texte provisoire sont examinées ci-dessous en ce qui concerne leurs effets sur le consentement à la compétence. Certaines de ces propositions ayant été rédigées sous l'empire du Projet de 1999, quand il existait encore une règle de consentement à la compétence étendue en article 5, les considérations ci-dessous sont fondées sur l'hypothèse que toute règle de consentement dans le Projet sur les jugements relèverait de ces propositions de déconnexion. Si, en revanche, à la lumière de la restriction engagée dans le Texte provisoire de 2001 et des similitudes consécutives avec les clauses d'élection de for, il semble désormais plus opportun de dissocier ces règles de la même manière que la disposition sur l'élection de for, les arguments développés ci-dessus en B. I. 2 e) seraient applicables ici, et remplaceraient les considérations ci-dessous.

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

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

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

### **III Et si nous ajoutons une règle sur le for du défendeur (résidence [habituelle]) ?**

#### **1 Questions**

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

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

---

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

- Il a été proposé par certaines délégations de prévoir une définition de la « résidence habituelle ». Si cette position n'a pas été largement soutenue, le besoin d'une définition a été exprimé par un grand nombre de délégations à l'égard du concept de « résidence »<sup>53</sup>.
- Une fois cette décision prise, la rédaction de l'article 3(3) qui traite du for général pour les entités ou personnes autres que les personnes physiques devrait être adaptée en conséquence.
- Comme pour l'article 4, il faudrait examiner pour le for du défendeur si certains domaines devaient être exclus de l'application de cet article.
  - Cela pourra concerner certains domaines couverts par une *compétence exclusive* dans certains ou la plupart des droits nationaux (tels que certains aspects du contentieux de la propriété intellectuelle ; le contentieux relatif aux droits réels immobiliers ; etc.).
  - En revanche, là où n'existe *aucune compétence exclusive*, le for du défendeur est couramment utilisé en vue d'une *jonction d'instance ou prorogation de compétence* (par exemple dans les affaires de diffamation, responsabilité pour atteinte à l'environnement, contrefaçon de droits d'auteur et autres affaires comportant des effets dans plus d'un Etat). Il pourra y avoir des domaines où il n'est pas souhaité permettre à ces jugements de bénéficier des règles de reconnaissance et d'exécution de la Convention. Pour traiter cette question au niveau de la compétence, il faudrait retirer de nouveaux pans de cet article.

## 2 Structure

### a) Champ d'application

- Si, après avoir discuté et inclus plus d'un chef en liste blanche, il apparaît en définitive qu'il y a un souhait d'exclure un certain sujet de l'application de chacun de ces chefs de compétence en liste blanche, la règle concernant l'exclusion peut être déplacée et insérée dans la disposition générale sur le champ d'application matériel de la Convention.
- Si, en revanche, un certain sujet n'est exclu que de certains chefs blancs, laissant au moins un chef blanc à disposition, les règles de la Convention en matière de litispendance/refus d'exercer la compétence et sur la reconnaissance et l'exécution resteraient disponibles pour les affaires traitant de ce sujet en ne l'excluant pas du champ d'application.

### b) Autres questions d'ordre général

Cet ajout n'entraînerait pas nécessairement de changements fondamentaux dans la structure parce que :

- les règles en matière de litispendance/refus d'exercer la compétence seraient, comme nous l'avons vu, probablement déjà nécessaires pour la « convention minimum » susvisée ;
- il en serait de même pour la clause d'ouverture pour une zone grise ;
- et pour les règles concernant la reconnaissance et l'exécution<sup>54</sup>.

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

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

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

### c) **Bilatéralisation**

- Si l'ajout précédent à la liste blanche d'un consentement à la compétence ne donnait pas encore lieu à un besoin de bilatéralisation, cela devrait de nouveau être traité ici.
- En cas de réponse affirmative, outre les questions énumérées ci-dessus en B. II. 2. b), il faudrait décider si une telle bilatéralisation devrait s'appliquer à la Convention dans son ensemble ou à cette seule disposition.

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

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

- La bilatéralisation se concentre plus sur la concession à des Etats qui sont ou souhaitent devenir parties à la Convention d'une possibilité de ne pas être automatiquement liés à l'égard de tout autre Etat déjà partie ou devenant partie par la suite. L'autre Etat affecté par cette décision n'aurait aucun pouvoir de l'influencer.
- Une clause d'opposition aurait un effet plus général pour l'Etat partie qui l'utilise car les règles de compétence affectées par la clause d'opposition ne s'appliqueraient pas à cet Etat d'une manière générale (et non pas uniquement en relation avec certains autres Etats parties).

### e) **Déconnexion**

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

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

- en vertu de la Proposition 1, la règle de La Haye prévaudrait en l'absence de déclaration contraire effectuée par les Etats parties aux instruments européens ;
- en vertu de la Proposition 2, la règle de La Haye prévaudrait dans tous les cas.
- en vertu de la Proposition 4, la règle de La Haye ne prévaudrait que si une ou plusieurs parties ne sont pas habituellement résidentes dans l'UE. Il serait encore nécessaire de disjoindre la Convention de Lugano.

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

### **1 Questions**

- L'inclusion d'une règle créant une compétence pour connaître de demandes reconventionnelles (et donc accordant le privilège de reconnaissance et d'exécution en application de la Convention au jugement rendu sur la demande reconventionnelle) devant une juridiction disposant d'une compétence en liste blanche sur le fondement d'un autre motif relevant de la Convention peut aider à contre-balancer les divergences créées par le droit national. Si certains moyens de défense dans certains pays peuvent devoir être soulevés en défense dans la

procédure principale, et donc relever de la compétence en liste blanche existant devant cette juridiction pour la demande initiale, dans d'autres pays, le droit procédural national pourra imposer la présentation de ces moyens en défense devant la juridiction au moyen d'une demande reconventionnelle. Si aucun autre motif en liste blanche en vertu de cette Convention n'est applicable, la partie de la décision couvrant la demande reconventionnelle ne serait pas couverte en ce cas par les règles de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution.

Un traitement identique de ces deux groupes atténuerait en outre l'importance de la distinction entre les demandes reconventionnelles et des défenses telles que la compensation. Il semble cependant que la distinction visée par les co-rapporteurs en page 73 du Document préliminaire No 11 ait été jugée satisfaisante à ce jour.

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

- En juin 2001, deux ajouts distincts à l'article 15 ont été proposés afin de prévoir clairement que cet article ne donnerait pas lieu à une compétence *rationae materiae* à l'égard de la demande reconventionnelle si celle-ci ne devait pas par ailleurs relever de la compétence *rationae materiae* de la juridiction en cause. Il n'y avait pas de consensus sur le besoin de rendre cela explicite. Cependant, s'il était décidé de le faire, il pourrait être souhaitable de le faire dans une disposition générale au début de la Convention parce que la même question est posée à l'égard de la disposition d'élection de for<sup>56</sup>.
- Etant donné le fait que la Convention, jusqu'ici, ne comporte aucune règle établissant une compétence exclusive, il faudrait décider comment traiter les questions relevant dans certains droits nationaux d'une compétence exclusive dans des domaines qui ne sont pas exclus du champ d'application de la Convention. Cela se produirait en particulier si un type quelconque de contentieux de la propriété intellectuelle était inclus dans le champ d'application parce que dans les affaires de contrefaçon<sup>57</sup>, l'invalidité est un moyen de défense courant qui, selon les règles de procédure de l'Etat concerné, doit être soulevé en défense dans la procédure initiale, ou à titre de demande reconventionnelle.

## 2 Structure

### a) Généralités

Cet ajout ne devrait pas nécessairement imposer de changements fondamentaux à la structure car :

- les règles de litispendance/refus d'exercer la compétence seraient déjà nécessaires pour les règles de compétence susvisées ;
- il en serait de même pour la clause d'ouverture pour une zone grise ;
- et pour les règles concernant la reconnaissance et l'exécution<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Voir note 98 du Texte provisoire.

<sup>56</sup> Voir *supra*, p. 14.

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

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

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

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

#### **b) Bilatéralisation**

Si les ajouts précédents de consentement à la compétence et de for du défendeur à la liste blanche n'entraînaient pas encore un besoin de bilatéralisation, la question devrait de nouveau être posée ici. Dans l'affirmative, comme pour le for du défendeur, il faudrait décider, outre les questions énumérées ci-dessus en B. II. 2. b), si cette bilatéralisation devrait s'appliquer à la Convention dans son ensemble ou à cette seule disposition. Pour répondre à cette question, il faudrait tenir compte de la réponse apportée à la même question à l'égard du for du défendeur.

#### **c) Acceptation/opposition**

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

#### **d) Déconnexion**

Là encore, il faudrait définir les rapports avec les autres instruments internationaux existants. A l'égard des instruments européens, il faudra tenir compte du fait que la règle sur la compétence en matière de demandes reconventionnelles figurant dans ces instruments impose un lien plus étroit entre les deux demandes que le Projet sur les jugements<sup>60</sup>.

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

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

### **C Questions d'organisation**

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

Le présent document sera publié sur le site Internet de la Conférence de la Haye. Les observations sont les bienvenues et peuvent être soumises au Bureau Permanent, de préférence sous forme électronique (à l'adresse : secretariat@hcch.net ; cc : as@hcch.nl). Elles seront mises à la disposition des membres du groupe informel.

---

<sup>59</sup> Ce souhait a été exprimé en juin 2001; voir note 98 du Texte provisoire et p. 95 du Doc. pré. No 11.

<sup>60</sup> Voir les observations des co-rapporteurs en p. 73, note 117 du Doc. pré. No 11.