

Conférence de La Haye de droit international privé
Hague Conference on private international law

Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for

Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements

Texte adopté par la Vingtième session
Text adopted by the Twentieth Session

Rapport explicatif de Explanatory Report by

Trevor Hartley & Masato Dogauchi

Tirage à part des Actes et documents de la Vingtième session
Tome III, Accords d'Élection de for

Off-print of the Proceedings of the Twentieth session
Tome III, Choice of Court Agreements

Edité par le Bureau Permanent de la Conférence
Scheveningseweg 6, 2517 KT La Haye, Pays-Bas

Edited by the Permanent Bureau of the Conference
Scheveningseweg 6, 2517 KT The Hague, Netherlands

Convention

Extrait de l'Acte final
de la Vingtième session
Signé le 30 juin 2005*

CONVENTION SUR LES ACCORDS D'ÉLECTION DE FOR

Les États parties à la présente Convention,

Désireux de promouvoir le commerce et les investissements internationaux en renforçant la coopération judiciaire,

Convaincus que cette coopération peut être renforcée par des règles uniformes sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale,

Convaincus que cette coopération renforcée nécessite en particulier un régime juridique international apportant la sécurité et assurant l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for entre les parties à des opérations commerciales et régissant la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans le cadre de procédures fondées sur de tels accords,

Ont résolu de conclure la présente Convention et sont convenus des dispositions suivantes :

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Article premier – Champ d'application

1 La présente Convention s'applique, dans des situations internationales, aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale.

2 Aux fins du chapitre II, une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État.

3 Aux fins du chapitre III, une situation est internationale lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est requise.

Article 2 Exclusions du champ d'application

1 La présente Convention ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for :

a) auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) est partie ;

b) relatifs aux contrats de travail, y compris les conventions collectives.

2 La présente Convention ne s'applique pas aux matières suivantes :

a) l'état et la capacité des personnes physiques ;

b) les obligations alimentaires ;

c) les autres matières du droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les autres droits ou obligations résultant du mariage ou de relations similaires ;

d) les testaments et les successions ;

e) l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues ;

f) le transport de passagers et de marchandises ;

g) la pollution marine, la limitation de responsabilité pour des demandes en matière maritime, les avaries communes, ainsi que le remorquage et le sauvetage d'urgence ;

h) les entraves à la concurrence ;

i) la responsabilité pour les dommages nucléaires ;

j) les demandes pour dommages corporels et moraux y afférents introduites par des personnes physiques ou en leur nom ;

k) les demandes qui ne naissent pas d'une relation contractuelle et qui sont fondées sur la responsabilité délictuelle pour des dommages aux biens tangibles ;

l) les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles ;

m) la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, et la validité des décisions de ses organes ;

n) la validité des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et les droits voisins ;

o) la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et les droits voisins, à l'exception des litiges portant sur une contrefaçon fondée sur une violation du contrat entre les parties relatif à de tels droits, ou qui auraient pu être fondés sur une violation de ce contrat ;

p) la validité des inscriptions sur les registres publics.

3 Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la présente Convention lorsqu'une matière exclue en vertu de ce paragraphe est soulevée seulement à titre préalable et non comme un objet du litige. En particulier, le seul fait qu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée à titre de défense n'exclut pas le litige du champ d'application de la Convention, si cette matière n'est pas un objet du litige.

4 La présente Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes.

5 Le seul fait qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, est partie à un litige n'exclut pas celui-ci du champ d'application de la présente Convention.

* Pour le texte intégral de l'Acte final, voir *Actes et documents de la Vingtième session*, tome I, *Matières diverses*.

Extract from the Final Act
of the Twentieth Session
Signed on 30 June 2005*

CONVENTION ON CHOICE OF COURT AGREEMENTS

The States Parties to the present Convention,

Desiring to promote international trade and investment through enhanced judicial co-operation,

Believing that such co-operation can be enhanced by uniform rules on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters,

Believing that such enhanced co-operation requires in particular an international legal regime that provides certainty and ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements between parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements,

Have resolved to conclude this Convention and have agreed upon the following provisions –

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1 – Scope

1 This Convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters.

2 For the purposes of Chapter II, a case is international unless the parties are resident in the same Contracting State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State.

3 For the purposes of Chapter III, a case is international where recognition or enforcement of a foreign judgment is sought.

Article 2 – Exclusions from scope

1 This Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements –

a) to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party;

b) relating to contracts of employment, including collective agreements.

2 This Convention shall not apply to the following matters –

a) the status and legal capacity of natural persons;

b) maintenance obligations;

c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;

d) wills and succession;

e) insolvency, composition and analogous matters;

f) the carriage of passengers and goods;

g) marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, and emergency towage and salvage;

h) anti-trust (competition) matters;

i) liability for nuclear damage;

j) claims for personal injury brought by or on behalf of natural persons;

k) tort or delict claims for damage to tangible property that do not arise from a contractual relationship;

l) rights *in rem* in immovable property, and tenancies of immovable property;

m) the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs;

n) the validity of intellectual property rights other than copyright and related rights;

o) infringement of intellectual property rights other than copyright and related rights, except where infringement proceedings are brought for breach of a contract between the parties relating to such rights, or could have been brought for breach of that contract;

p) the validity of entries in public registers.

3 Notwithstanding paragraph 2, proceedings are not excluded from the scope of this Convention where a matter excluded under that paragraph arises merely as a preliminary question and not as an object of the proceedings. In particular, the mere fact that a matter excluded under paragraph 2 arises by way of defence does not exclude proceedings from the Convention, if that matter is not an object of the proceedings.

4 This Convention shall not apply to arbitration and related proceedings.

5 Proceedings are not excluded from the scope of this Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party thereto.

* For the complete text of the Final Act, see *Proceedings of the Twentieth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*.

6 La présente Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États ou les organisations internationales, pour eux-mêmes et pour leurs biens.

Article 3 – Accords exclusifs d'élection de for

Aux fins de la présente Convention :

a) un « accord exclusif d'élection de for » signifie un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, qui est conforme aux exigences prévues au paragraphe c), et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal ;

b) un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État contractant, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant, est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire ;

c) un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté :

i) par écrit ; ou

ii) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ;

d) un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable.

Article 4 – Autres définitions

1 Au sens de la présente Convention, le terme « jugement » signifie toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance, de même que la fixation des frais du procès par le tribunal (y compris le greffier du tribunal), à condition qu'elle ait trait à une décision sur le fond susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention. Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des jugements.

2 Aux fins de la présente Convention, une entité ou personne autre qu'une personne physique est réputée avoir sa résidence dans l'État :

a) de son siège statutaire ;

b) selon le droit duquel elle a été constituée ;

c) de son administration centrale ; ou

d) de son principal établissement.

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 5 – Compétence du tribunal élu

1 Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État.

2 Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe premier ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige.

3 Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives :

a) à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande ;

b) à la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant. Toutefois, lorsque le tribunal élu dispose d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire, le choix des parties est dûment pris en considération.

Article 6 – Obligations du tribunal non élu

Tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu surseoit à statuer ou se dessaisit lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique, sauf si :

a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu ;

b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ;

c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ;

d) pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre ; ou

e) le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige.

Article 7 – Mesures provisoires et conservatoires

Les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas régies par la présente Convention. Celle-ci n'exige ni n'empêche l'octroi, le rejet ou la levée des mesures provisoires et conservatoires par un tribunal d'un État contractant. Elle n'affecte pas la possibilité pour une partie de demander de telles mesures, ni la faculté du tribunal d'accorder, de rejeter ou de lever de telles mesures.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 8 – Reconnaissance et exécution

1 Un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for est reconnu et exécuté dans les autres États contractants conformément au présent chapitre. La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée aux seuls motifs énoncés dans la présente Convention.

2 Sans préjudice de ce qui est nécessaire à l'application des dispositions du présent chapitre, il n'est procédé à aucune révision au fond du jugement rendu par le tribunal d'origine. Le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut.

3 Un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine.

6 Nothing in this Convention shall affect privileges and immunities of States or of international organisations, in respect of themselves and of their property.

Article 3 – Exclusive choice of court agreements

For the purposes of this Convention –

a) “exclusive choice of court agreement” means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph c) and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts;

b) a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State shall be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise;

c) an exclusive choice of court agreement must be concluded or documented –

i) in writing; or

ii) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;

d) an exclusive choice of court agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is not valid.

Article 4 – Other definitions

1 In this Convention, “judgment” means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that the determination relates to a decision on the merits which may be recognised or enforced under this Convention. An interim measure of protection is not a judgment.

2 For the purposes of this Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be resident in the State –

a) where it has its statutory seat;

b) under whose law it was incorporated or formed;

c) where it has its central administration; or

d) where it has its principal place of business.

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 5 – Jurisdiction of the chosen court

1 The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State.

2 A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

3 The preceding paragraphs shall not affect rules –

a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim;

b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State. However, where the chosen court has discretion as to whether to transfer a case, due consideration should be given to the choice of the parties.

Article 6 – Obligations of a court not chosen

A court of a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies unless –

a) the agreement is null and void under the law of the State of the chosen court;

b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the State of the court seised;

c) giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice or would be manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised;

d) for exceptional reasons beyond the control of the parties, the agreement cannot reasonably be performed; or

e) the chosen court has decided not to hear the case.

Article 7 – Interim measures of protection

Interim measures of protection are not governed by this Convention. This Convention neither requires nor precludes the grant, refusal or termination of interim measures of protection by a court of a Contracting State and does not affect whether or not a party may request or a court should grant, refuse or terminate such measures.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 8 – Recognition and enforcement

1 A judgment given by a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall be recognised and enforced in other Contracting States in accordance with this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention.

2 Without prejudice to such review as is necessary for the application of the provisions of this Chapter, there shall be no review of the merits of the judgment given by the court of origin. The court addressed shall be bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default.

3 A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4 La reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer un recours ordinaire n'a pas expiré. Un tel refus n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement.

5 Cet article s'applique également à un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant suite à un renvoi de l'affaire du tribunal élu dans cet État contractant comme prévu par l'article 5, paragraphe 3. Toutefois, lorsque le tribunal élu disposait d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire devant un autre tribunal, la reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée à l'égard d'une partie qui s'était opposée au renvoi en temps opportun dans l'État d'origine.

Article 9 – Refus de reconnaissance ou d'exécution

La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée si :

- a) l'accord était nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu, à moins que celui-ci n'ait constaté que l'accord est valable ;
- b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État requis ;
- c) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande :
 - i) n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense, à moins que le défendeur n'ait comparu et présenté sa défense sans contester la notification devant le tribunal d'origine, à condition que le droit de l'État d'origine permette de contester la notification ; ou
 - ii) a été notifié au défendeur dans l'État requis de manière incompatible avec les principes fondamentaux de l'État requis relatifs à la notification de documents ;
- d) le jugement résulte d'une fraude relative à la procédure ;
- e) la reconnaissance ou l'exécution est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, notamment dans les cas où la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État ;
- f) le jugement est incompatible avec un jugement rendu dans l'État requis dans un litige entre les mêmes parties ; ou
- g) le jugement est incompatible avec un jugement rendu antérieurement dans un autre État entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque le jugement rendu antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis.

Article 10 – Questions préliminaires

1 Lorsqu'une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2, ou en vertu de l'article 21 a été soulevée à titre préalable, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

2 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, ce jugement est fondé sur une décision relative à une matière exclue en vertu de l'article 2, paragraphe 2.

3 Toutefois, dans le cas d'une décision sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut être refusée ou différée en vertu du paragraphe précédent que si :

- a) cette décision est incompatible avec un jugement ou une décision d'une autorité compétente relatif à cette matière, rendu dans l'État du droit duquel découle ce droit de propriété intellectuelle ; ou
- b) une procédure sur la validité de ce droit de propriété intellectuelle est pendante dans cet État.

4 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, ce jugement est fondé sur une décision relative à une matière exclue en vertu d'une déclaration faite par l'État requis au titre de l'article 21.

Article 11 – Dommages et intérêts

1 La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, le jugement accorde des dommages et intérêts, y compris des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, qui ne compensent pas une partie pour la perte ou le préjudice réels subis.

2 Le tribunal requis prend en considération si, et dans quelle mesure, le montant accordé à titre de dommages et intérêts par le tribunal d'origine est destiné à couvrir les frais et dépens du procès.

Article 12 – Transactions judiciaires

Les transactions homologuées par un tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for ou passées devant ce tribunal au cours d'une instance, et qui sont exécutoires au même titre qu'un jugement dans l'État d'origine, sont exécutées en vertu de la présente Convention aux mêmes conditions qu'un jugement.

Article 13 – Pièces à produire

1 La partie qui requiert la reconnaissance ou qui demande l'exécution produit :

- a) une copie complète et certifiée conforme du jugement ;
- b) l'accord exclusif d'élection de for, une copie certifiée de celui-ci ou une autre preuve de son existence ;
- c) s'il s'agit d'un jugement rendu par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document attestant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;
- d) tout document nécessaire pour établir que le jugement produit ses effets dans l'État d'origine ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet État ;
- e) dans le cas prévu à l'article 12, un certificat d'un tribunal de l'État d'origine attestant que la transaction judiciaire

4 Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

5 This Article shall also apply to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer of the case from the chosen court in that Contracting State as permitted by Article 5, paragraph 3. However, where the chosen court had discretion as to whether to transfer the case to another court, recognition or enforcement of the judgment may be refused against a party who objected to the transfer in a timely manner in the State of origin.

Article 9 – Refusal of recognition or enforcement

Recognition or enforcement may be refused if –

- a) the agreement was null and void under the law of the State of the chosen court, unless the chosen court has determined that the agreement is valid;
- b) a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the requested State;
- c) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim,
 - i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested; or
 - ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents;
- d) the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure;
- e) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State;
- f) the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested State in a dispute between the same parties; or
- g) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties on the same cause of action, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State.

Article 10 – Preliminary questions

1 Where a matter excluded under Article 2, paragraph 2, or under Article 21, arose as a preliminary question, the ruling on that question shall not be recognised or enforced under this Convention.

2 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded under Article 2, paragraph 2.

3 However, in the case of a ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or a related right, recognition or enforcement of a judgment may be refused or postponed under the preceding paragraph only where –

- a) that ruling is inconsistent with a judgment or a decision of a competent authority on that matter given in the State under the law of which the intellectual property right arose; or
- b) proceedings concerning the validity of the intellectual property right are pending in that State.

4 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded pursuant to a declaration made by the requested State under Article 21.

Article 11 – Damages

1 Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.

2 The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

Article 12 – Judicial settlements (transactions judiciaires)

Judicial settlements (*transactions judiciaires*) which a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement has approved, or which have been concluded before that court in the course of proceedings, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced under this Convention in the same manner as a judgment.

Article 13 – Documents to be produced

1 The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce –

- a) a complete and certified copy of the judgment;
- b) the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence;
- c) if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;
- d) any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;
- e) in the case referred to in Article 12, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a

est exécutoire, en tout ou en partie, aux mêmes conditions qu'un jugement dans l'État d'origine.

2 Si le contenu du jugement ne permet pas au tribunal requis de vérifier que les conditions du présent chapitre sont remplies, ce tribunal peut exiger tout document nécessaire.

3 Une demande de reconnaissance ou d'exécution peut être accompagnée d'un document, délivré par un tribunal (y compris par une personne autorisée du tribunal) de l'État d'origine, sous la forme recommandée et publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

4 Si les documents mentionnés dans le présent article ne sont pas rédigés dans une langue officielle de l'État requis, ils sont accompagnés d'une traduction certifiée dans une langue officielle, sauf si la loi de l'État requis en dispose autrement.

Article 14 – Procédure

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, et l'exécution du jugement, sont régies par le droit de l'État requis sauf si la présente Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité.

Article 15 – Divisibilité

La reconnaissance ou l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement est accordée, si la reconnaissance ou l'exécution de cette partie est demandée ou si seule une partie du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu de la présente Convention.

CHAPITRE IV – CLAUSES GÉNÉRALES

Article 16 – Dispositions transitoires

1 La présente Convention s'applique aux accords exclusifs d'élection de for conclus après son entrée en vigueur pour l'État du tribunal élu.

2 La présente Convention ne s'applique pas aux litiges engagés avant son entrée en vigueur pour l'État du tribunal saisi.

Article 17 – Contrats d'assurance et de réassurance

1 Un litige en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance n'est pas exclu du champ d'application de la présente Convention au motif que le contrat d'assurance ou de réassurance porte sur une matière à laquelle la Convention ne s'applique pas.

2 La reconnaissance et l'exécution d'un jugement relatif à la responsabilité en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance ne peuvent pas être limitées ou refusées au motif que la responsabilité en vertu de ce contrat comprend celle d'indemniser l'assuré ou le réassuré à l'égard :

a) d'une matière à laquelle la présente Convention ne s'applique pas ; ou

b) d'une décision accordant des dommages et intérêts auxquels l'article 11 pourrait s'appliquer.

Article 18 – Dispense de légalisation

Les documents transmis ou délivrés en vertu de la présente Convention sont dispensés de toute légalisation ou de toute formalité analogue, y compris une Apostille.

Article 19 – Déclarations limitant la compétence

Un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige.

Article 20 – Déclarations limitant la reconnaissance et l'exécution

Un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque les parties avaient leur résidence dans l'État requis et que les relations entre les parties, ainsi que tous les autres éléments pertinents du litige, autres que le lieu du tribunal élu, étaient liés uniquement à l'État requis.

Article 21 – Déclarations relatives à des matières particulières

1 Lorsqu'un État a un intérêt important à ne pas appliquer la présente Convention à une matière particulière, cet État peut déclarer qu'il n'appliquera pas la présente Convention à cette matière. L'État qui fait une telle déclaration s'assure que la portée de celle-ci n'est pas plus étendue que nécessaire et que la matière particulière exclue est définie de façon claire et précise.

2 À l'égard d'une telle matière, la Convention ne s'applique pas :

a) dans l'État contractant ayant fait la déclaration ;

b) dans les autres États contractants lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne les tribunaux, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers, de l'État ayant fait la déclaration.

Article 22 – Déclarations réciproques sur les accords non exclusifs d'élection de for

1 Un État contractant peut déclarer que ses tribunaux reconnaîtront et exécuteront des jugements rendus par des tribunaux d'autres États contractants désignés dans un accord d'élection de for conclu entre deux ou plusieurs parties, qui est conforme aux exigences prévues à l'article 3, paragraphe c), et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, un tribunal ou des tribunaux d'un ou plusieurs États contractants (un accord non exclusif d'élection de for).

2 Lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu dans un État contractant ayant fait une telle déclaration est requise dans un autre État contractant ayant fait une telle déclaration, le jugement est reconnu et exécuté en vertu de la présente Convention, si :

a) le tribunal d'origine était désigné dans un accord non exclusif d'élection de for ;

part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

2 If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.

3 An application for recognition or enforcement may be accompanied by a document, issued by a court (including an officer of the court) of the State of origin, in the form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law.

4 If the documents referred to in this Article are not in an official language of the requested State, they shall be accompanied by a certified translation into an official language, unless the law of the requested State provides otherwise.

Article 14 – Procedure

The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

Article 15 – Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

CHAPTER IV – GENERAL CLAUSES

Article 16 – Transitional provisions

1 This Convention shall apply to exclusive choice of court agreements concluded after its entry into force for the State of the chosen court.

2 This Convention shall not apply to proceedings instituted before its entry into force for the State of the court seised.

Article 17 – Contracts of insurance and reinsurance

1 Proceedings under a contract of insurance or reinsurance are not excluded from the scope of this Convention on the ground that the contract of insurance or reinsurance relates to a matter to which this Convention does not apply.

2 Recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under the terms of a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability under that contract includes liability to indemnify the insured or reinsured in respect of –

- a) a matter to which this Convention does not apply; or
- b) an award of damages to which Article 11 might apply.

Article 18 – No legalisation

All documents forwarded or delivered under this Convention shall be exempt from legalisation or any analogous formality, including an Apostille.

Article 19 – Declarations limiting jurisdiction

A State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.

Article 20 – Declarations limiting recognition and enforcement

A State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by a court of another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, were connected only with the requested State.

Article 21 – Declarations with respect to specific matters

1 Where a State has a strong interest in not applying this Convention to a specific matter, that State may declare that it will not apply the Convention to that matter. The State making such a declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.

2 With regard to that matter, the Convention shall not apply –

- a) in the Contracting State that made the declaration;
- b) in other Contracting States, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the State that made the declaration.

Article 22 – Reciprocal declarations on non-exclusive choice of court agreements

1 A Contracting State may declare that its courts will recognise and enforce judgments given by courts of other Contracting States designated in a choice of court agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of Article 3, paragraph *c*), and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, a court or courts of one or more Contracting States (a non-exclusive choice of court agreement).

2 Where recognition or enforcement of a judgment given in a Contracting State that has made such a declaration is sought in another Contracting State that has made such a declaration, the judgment shall be recognised and enforced under this Convention, if –

- a) the court of origin was designated in a non-exclusive choice of court agreement;

- b) il n'existe ni un jugement d'un autre tribunal devant lequel des procédures pourraient être engagées conformément à l'accord non exclusif d'élection de for, ni une procédure pendante entre les mêmes parties devant un tel autre tribunal ayant le même objet et la même cause ; et
- c) le tribunal d'origine était le premier tribunal saisi.

Article 23 – Interprétation uniforme

Aux fins de l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

Article 24 – Examen du fonctionnement de la Convention

Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé prend périodiquement des dispositions en vue de :

- a) l'examen du fonctionnement pratique de la présente Convention, y compris de toute déclaration ; et
- b) l'examen de l'opportunité d'apporter des modifications à la présente Convention.

Article 25 – Systèmes juridiques non unifiés

1 Au regard d'un État contractant dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ayant trait aux questions régies par la présente Convention s'appliquent dans des unités territoriales différentes :

- a) toute référence à la loi ou à la procédure d'un État vise, le cas échéant, la loi ou la procédure en vigueur dans l'unité territoriale considérée ;
- b) toute référence à la résidence dans un État vise, le cas échéant, la résidence dans l'unité territoriale considérée ;
- c) toute référence au tribunal ou aux tribunaux d'un État vise, le cas échéant, le tribunal ou les tribunaux dans l'unité territoriale considérée ;
- d) toute référence au lien avec un État vise, le cas échéant, le lien avec l'unité territoriale considérée.

2 Nonobstant le paragraphe précédent, un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention aux situations qui impliquent uniquement ces différentes unités territoriales.

3 Un tribunal dans une unité territoriale d'un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter un jugement d'un autre État contractant pour le seul motif que le jugement a été reconnu ou exécuté dans une autre unité territoriale du même État contractant selon la présente Convention.

4 Cet article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique.

Article 26 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

1 La présente Convention doit être interprétée de façon à ce qu'elle soit, autant que possible, compatible avec d'autres traités en vigueur pour les États contractants, conclus avant ou après cette Convention.

2 La présente Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas Partie au traité.

3 La présente Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité conclu avant l'entrée en vigueur de cette Convention pour cet État contractant, si l'application de cette Convention est incompatible avec les obligations de cet État contractant vis-à-vis de tout autre État non contractant. Le présent paragraphe s'applique aussi aux traités qui révisent ou se substituent à un traité conclu avant l'entrée en vigueur de cette Convention pour cet État contractant, sauf dans la mesure où la révision ou la substitution crée de nouvelles incompatibilités avec cette Convention.

4 La présente Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité, que ce traité ait été conclu avant ou après cette Convention, afin d'obtenir la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant qui est également Partie à ce traité. Toutefois, ce jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de cette Convention.

5 La présente Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité qui, à l'égard d'une matière particulière, prévoit des règles relatives à la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si ce traité a été conclu après cette Convention et que tous les États concernés sont Parties à cette Convention. Ce paragraphe s'applique uniquement si l'État contractant a fait une déclaration à l'égard de ce traité en vertu du présent paragraphe. Dans le cas d'une telle déclaration, les autres États contractants ne sont pas tenus d'appliquer cette Convention à cette matière particulière dans la mesure de l'incompatibilité, lorsqu'un accord exclusif d'élection de for désigne les tribunaux, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers, de l'État contractant ayant fait cette déclaration.

6 La présente Convention n'affecte pas l'application des règles d'une Organisation régionale d'intégration économique partie à cette Convention, que ces règles aient été adoptées avant ou après cette Convention :

- a) lorsque aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de l'Organisation régionale d'intégration économique ;
- b) en ce qui a trait à la reconnaissance ou l'exécution de jugements entre les États membres de l'Organisation régionale d'intégration économique.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 27 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

1 La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États.

- b) there exists neither a judgment given by any other court before which proceedings could be brought in accordance with the non-exclusive choice of court agreement, nor a proceeding pending between the same parties in any other such court on the same cause of action; and
- c) the court of origin was the court first seised.

Article 23 – Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 24 – Review of operation of the Convention

The Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall at regular intervals make arrangements for –

- a) review of the operation of this Convention, including any declarations; and
- b) consideration of whether any amendments to this Convention are desirable.

Article 25 – Non-unified legal systems

1 In relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to any matter dealt with in this Convention –

- a) any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law or procedure in force in the relevant territorial unit;
- b) any reference to residence in a State shall be construed as referring, where appropriate, to residence in the relevant territorial unit;
- c) any reference to the court or courts of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the court or courts in the relevant territorial unit;
- d) any reference to a connection with a State shall be construed as referring, where appropriate, to a connection with the relevant territorial unit.

2 Notwithstanding the preceding paragraph, a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to apply this Convention to situations which involve solely such different territorial units.

3 A court in a territorial unit of a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention.

4 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 26 – Relationship with other international instruments

1 This Convention shall be interpreted so far as possible to be compatible with other treaties in force for Contracting States, whether concluded before or after this Convention.

2 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty, whether concluded before or after this Convention, in cases where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Party to the treaty.

3 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty that was concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, if applying this Convention would be inconsistent with the obligations of that Contracting State to any non-Contracting State. This paragraph shall also apply to treaties that revise or replace a treaty concluded before this Convention entered into force for that Contracting State, except to the extent that the revision or replacement creates new inconsistencies with this Convention.

4 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty, whether concluded before or after this Convention, for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State that is also a Party to that treaty. However, the judgment shall not be recognised or enforced to a lesser extent than under this Convention.

5 This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty which, in relation to a specific matter, governs jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments, even if concluded after this Convention and even if all States concerned are Parties to this Convention. This paragraph shall apply only if the Contracting State has made a declaration in respect of the treaty under this paragraph. In the case of such a declaration, other Contracting States shall not be obliged to apply this Convention to that specific matter to the extent of any inconsistency, where an exclusive choice of court agreement designates the courts, or one or more specific courts, of the Contracting State that made the declaration.

6 This Convention shall not affect the application of the rules of a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to this Convention, whether adopted before or after this Convention –

- a) where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the Regional Economic Integration Organisation;
- b) as concerns the recognition or enforcement of judgments as between Member States of the Regional Economic Integration Organisation.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 27 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession

1 This Convention is open for signature by all States.

2 La présente Convention est soumise à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des États signataires.

3 Tout État pourra adhérer à la présente Convention.

4 Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

Article 28 – Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés

1 Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Toute déclaration est notifiée au dépositaire et indique expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'applique à l'ensemble du territoire de cet État.

4 Le présent article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique.

Article 29 – Organisations régionales d'intégration économique

1 Une Organisation régionale d'intégration économique constituée seulement par des États souverains et ayant compétence sur certaines ou toutes les matières régies par la présente Convention peut également signer, accepter ou approuver cette Convention ou y adhérer. En pareil cas, l'Organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette Organisation a compétence sur des matières régies par cette Convention.

2 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'Organisation régionale d'intégration économique notifie au dépositaire, par écrit, les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres ont transféré leur compétence à cette Organisation. L'Organisation notifie aussitôt au dépositaire, par écrit, toute modification intervenue dans la délégation de compétence précisée dans la notification la plus récente faite en vertu du présent paragraphe.

3 Pour les fins de l'entrée en vigueur de la présente Convention, tout instrument déposé par une Organisation régionale d'intégration économique n'est pas compté, à moins que l'Organisation régionale d'intégration économique déclare, en vertu de l'article 30, que ses États membres ne seront pas Parties à cette Convention.

4 Toute référence à « État contractant » ou « État » dans la présente Convention s'applique également, le cas échéant, à une Organisation régionale d'intégration économique qui y est Partie.

Article 30 – Adhésion par une Organisation régionale d'intégration économique sans ses États membres

1 Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, une Organisation régionale d'intégration économique peut déclarer qu'elle a compétence pour toutes les matières régies par la présente Convention et que ses États membres ne seront pas Parties à cette Convention mais y seront liés en raison du fait de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion de l'Organisation.

2 Lorsqu'une déclaration est faite par une Organisation régionale d'intégration économique en conformité avec le paragraphe premier, toute référence à « État contractant » ou « État » dans la présente Convention s'applique également, le cas échéant, aux États membres de l'Organisation.

Article 31 – Entrée en vigueur

1 La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion visé par l'article 27.

2 Par la suite, la présente Convention entrera en vigueur :

a) pour chaque État ou Organisation régionale d'intégration économique ratifiant, acceptant, approuvant ou y adhérant postérieurement, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ;

b) pour les unités territoriales auxquelles la présente Convention a été étendue conformément à l'article 28, paragraphe premier, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification de la déclaration visée par ledit article.

Article 32 – Déclarations

1 Les déclarations visées aux articles 19, 20, 21, 22 et 26 peuvent être faites lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ou à tout moment ultérieur et pourront être modifiées ou retirées à tout moment.

2 Les déclarations, modifications et retraits sont notifiés au dépositaire.

3 Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion prendra effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné.

4 Une déclaration faite ultérieurement, ainsi qu'une modification ou le retrait d'une déclaration, prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

5 Une déclaration faite en vertu des articles 19, 20, 21 et 26 ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de force conclus avant qu'elle ne prenne effet.

2 This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

3 This Convention is open for accession by all States.

4 Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

Article 28 – Declarations with respect to non-unified legal systems

1 If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

2 A declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

3 If a State makes no declaration under this Article, the Convention shall extend to all territorial units of that State.

4 This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 29 – Regional Economic Integration Organisations

1 A Regional Economic Integration Organisation which is constituted solely by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.

2 The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.

3 For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted unless the Regional Economic Integration Organisation declares in accordance with Article 30 that its Member States will not be Parties to this Convention.

4 Any reference to a “Contracting State” or “State” in this Convention shall apply equally, where appropriate, to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it.

Article 30 – Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States

1 At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that it exercises competence over all the matters governed by this Convention and that its Member States will not be Parties to this Convention but shall be bound by virtue of the signature, acceptance, approval or accession of the Organisation.

2 In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation in accordance with paragraph 1, any reference to a “Contracting State” or “State” in this Convention shall apply equally, where appropriate, to the Member States of the Organisation.

Article 31 – Entry into force

1 This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 27.

2 Thereafter this Convention shall enter into force –

a) for each State or Regional Economic Integration Organisation subsequently ratifying, accepting, approving or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b) for a territorial unit to which this Convention has been extended in accordance with Article 28, paragraph 1, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification of the declaration referred to in that Article.

Article 32 – Declarations

1 Declarations referred to in Articles 19, 20, 21, 22 and 26 may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

2 Declarations, modifications and withdrawals shall be notified to the depositary.

3 A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.

4 A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the depositary.

5 A declaration under Articles 19, 20, 21 and 26 shall not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect.

Article 33 – Dénonciation

1 La présente Convention pourra être dénoncée par une notification écrite au dépositaire. La dénonciation pourra se limiter à certaines unités territoriales d'un système juridique non unifié auxquelles s'applique la présente Convention.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est précisée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 34 – Notifications par le dépositaire

Le dépositaire notifiera aux Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux autres États et aux Organisations régionales d'intégration économique qui ont signé, ratifié, accepté, approuvé ou adhéré conformément aux articles 27, 29 et 30 les renseignements suivants :

- a) les signatures, ratifications, acceptations, approbations et adhésions prévues aux articles 27, 29 et 30 ;
- b) la date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à l'article 31 ;
- c) les notifications, les déclarations, et les modifications et retraits des déclarations prévues aux articles 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29 et 30 ;
- d) les dénonciations prévues à l'article 33.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 30 juin 2005, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des États membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Vingtième session, ainsi qu'à tout État ayant participé à cette Session.

Article 33 – Denunciation

1 This Convention may be denounced by notification in writing to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which this Convention applies.

2 The denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the depositary.

Article 34 – Notifications by the depositary

The depositary shall notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Articles 27, 29 and 30 of the following –

- a) the signatures, ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 27, 29 and 30;
- b) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 31;
- c) the notifications, declarations, modifications and withdrawals of declarations referred to in Articles 19, 20, 21, 22, 26, 28, 29 and 30;
- d) the denunciations referred to in Article 33.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on 30 June 2005, in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the Member States of the Hague Conference on Private International Law as of the date of its Twentieth Session and to each State which participated in that Session.

B La Recommandation suivante relative à la Convention sur les accords d'élection de for:

La Vingtième session

Recommande aux États parties à la *Convention sur les accords d'élection de for* d'utiliser le formulaire suivant pour confirmer la délivrance et le contenu d'un jugement rendu par le tribunal d'origine dans le but de sa reconnaissance et de son exécution en vertu de la Convention :

**FORMULAIRE RECOMMANDÉ
CONFORMÉMENT À LA CONVENTION SUR
LES ACCORDS D'ÉLECTION DE FOR
(«LA CONVENTION»)**

(Exemple de formulaire confirmant la délivrance et le contenu d'un jugement rendu par le tribunal d'origine dans le but de sa reconnaissance et de son exécution en vertu de la Convention)

- 1 (LE TRIBUNAL D'ORIGINE)
ADRESSE
TÉL.
TÉLÉCOPIE
COURRIEL
- 2 AFFAIRE / NUMÉRO DE DOSSIER
- 3(DEMANDEUR)
c.
.....(DÉFENDEUR)
- 4 (LE TRIBUNAL D'ORIGINE) a rendu un jugement dans l'affaire susvisée, le (DATE), à (LOCALITÉ, ÉTAT).
- 5 Ce tribunal a été désigné dans un accord exclusif d'élection de for visé à l'article 3 de la Convention :
OUI NON
IMPOSSIBLE À CONFIRMER
- 6 Dans l'affirmative, l'accord exclusif d'élection de for a été conclu ou documenté de la manière suivante :
- 7 Ce tribunal a accordé le paiement du montant suivant (*le cas échéant, veuillez indiquer toute catégorie de dommages et intérêts compris*) :

B The following Recommendation relating to the Convention on Choice of Court Agreements –

The Twentieth Session

Recommends to the States Parties to the *Convention on Choice of Court Agreements* to use the following form confirming the issuance and content of a judgment given by the court of origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention –

**RECOMMENDED FORM
UNDER THE CONVENTION ON
CHOICE OF COURT AGREEMENTS
("THE CONVENTION")**

(Sample form confirming the issuance and content of a judgment given by the court of origin for the purposes of recognition and enforcement under the Convention)

- 1 (THE COURT OF ORIGIN)
ADDRESS
TEL.
FAX
E-MAIL
- 2 CASE / DOCKET NUMBER
- 3(PLAINTIFF)
v.
.....(DEFENDANT)
- 4 (THE COURT OF ORIGIN) gave a judgment in the above-captioned matter on (DATE) in (CITY, STATE).
- 5 This court was designated in an exclusive choice of court agreement within the meaning of Article 3 of the Convention:
YES NO
UNABLE TO CONFIRM
- 6 If yes, the exclusive choice of court agreement was concluded or documented in the following manner:

- 7 This court awarded the following payment of money (*please indicate, where applicable, any relevant categories of damages included*):

8 Ce tribunal a accordé les intérêts comme suit (*veuillez indiquer le (ou les) taux d'intérêt, la (ou les) partie(s) des indemnités auxquelles s'appliquent les intérêts, la date à partir de laquelle les intérêts sont comptés, ainsi que toute information supplémentaire relative aux intérêts qui pourrait aider le tribunal requis*) :

9 Ce tribunal a inclus dans le jugement les frais et dépens du procès comme suit (*veuillez préciser le montant de ces indemnités, y compris, le cas échéant, la part de ces indemnités pécuniaires destinées à couvrir les frais et dépens du procès*) :

10 Ce tribunal a accordé le dédommagement non pécuniaire comme suit (*veuillez décrire la nature du dédommagement*) :

11 Ce jugement est exécutoire dans l'État d'origine :

OUI NON

IMPOSSIBLE À CONFIRMER

12 Ce jugement, en tout ou en partie, fait actuellement l'objet d'un recours dans l'État d'origine :

OUI NON

IMPOSSIBLE À CONFIRMER

Dans l'affirmative, veuillez préciser la nature et l'état de la procédure de recours :

13 Toute autre information pertinente :

14 Sont annexés au présent formulaire les documents énoncés dans la liste suivante (*si disponibles*) :

- une copie complète et certifiée conforme du jugement ;
- l'accord exclusif d'élection de for, une copie certifiée de celui-ci, ou une autre preuve de son existence ;
- s'il s'agit d'un jugement rendu par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document attestant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;
- tout document nécessaire pour établir que le jugement produit ses effets dans l'État d'origine ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet État ;

(le cas échéant, veuillez fournir une liste de ces documents) :

- dans le cas prévu à l'article 12 de la Convention, un certificat d'un tribunal de l'État d'origine attestant que la transaction judiciaire est exécutoire dans l'État d'origine, en tout ou en partie, aux mêmes conditions qu'un jugement ;
- autres documents :

8 This court awarded interest as follows *(please specify the rate(s) of interest, the portion(s) of the award to which interest applies, the date from which interest is computed, and any further information regarding interest that would assist the court addressed)*:

9 This court included within the judgment the following costs and expenses relating to the proceedings *(please specify the amounts of any such awards, including, where applicable, any amount(s) within a monetary award intended to cover costs and expenses relating to the proceedings)*:

10 This court awarded the following non-monetary relief *(please describe the nature of such relief)*:

11 This judgment is enforceable in the State of origin:

- YES NO
- UNABLE TO CONFIRM

12 This judgment (or a part thereof) is currently the subject of review in the State of origin:

- YES NO
- UNABLE TO CONFIRM

If "yes" please specify the nature and status of such review:

13 Any other relevant information:

14 Attached to this form are the documents marked in the following list *(if available)*:

- a complete and certified copy of the judgment;
- the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence;
- if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;
- any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;

(list if applicable):

- in the case referred to in Article 12 of the Convention, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin;
- other documents:

15 Fait à , le 20 ..

16 Signature et cachet (le cas échéant) du tribunal ou d'une personne autorisée du tribunal :

PERSONNE DE CONTACT:

TÉL.:

TÉLÉCOPIE:

COURRIEL:

15 Dated this day of, 20.. at

16 Signature and / or stamp by the court or officer of the court:

CONTACT PERSON:

TEL.:

FAX:

E-MAIL:

Rapport Report

Adoption de la Convention

Le texte définitif de la Convention a été préparé lors de la Vingtième session de la Conférence de La Haye de droit international privé par sa Commission II du 14 au 30 juin 2005. L'Acte final a été adopté par la Session plénière le 30 juin 2005 et la Convention a été ouverte à la signature à cette date.

Origines de la Convention

La paternité du projet qui a mené en définitive à la Convention remonte à des propositions avancées par feu Arthur T. von Mehren de la *Harvard Law School*¹. C'est lui qui a suggéré que les États-Unis d'Amérique devraient conclure des conventions en matière de reconnaissance des jugements avec d'autres États, notamment européens. Après des discussions initiales, il a été décidé qu'une convention mondiale sur la compétence et les jugements, négociée dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, était le meilleur moyen d'avancer. Après des études préliminaires engagées en 1994, la décision de lancer le projet a été prise en 1996².

Le projet initial : une convention « mixte ». Le Professeur Arthur von Mehren a initialement proposé que le projet revête la forme d'une convention « mixte »³. Il s'agit d'une convention dans laquelle les chefs de compétence sont répartis en trois catégories. Il y a des listes de chefs de compétence acceptés et de chefs de compétence interdits. Tous les autres chefs de compétence relèvent de la zone dite « grise ». Le principe est que si le tribunal est compétent sur la base d'un chef de compétence accepté, il peut connaître de l'affaire, et le jugement qui en résulte bénéficiera de la reconnaissance et de l'exécution dans les autres États contractants en vertu de la Convention (sous réserve de l'observation de certaines autres conditions). Un tribunal d'un État contractant n'est pas autorisé à se déclarer compétent en vertu d'un chef de compétence interdit. Les tribunaux sont autorisés à se déclarer compétents pour les motifs de la « zone grise », mais les dispositions de la Convention relatives à la reconnaissance et à l'exécution ne s'appliqueront pas au jugement qui en résulte⁴.

Bien que cette démarche ait reçu l'appui du Groupe de travail initial sur ce projet⁵, il est apparu au fur et à mesure que les travaux avançaient qu'il ne serait pas possible de rédiger un texte satisfaisant de convention « mixte » dans un délai raisonnable. Ce constat résultait des larges divergences entre les règles de compétence existantes des différents États et les effets imprévisibles des évolutions techniques, dont Internet, sur les règles de compétence susceptibles d'être adoptées dans la Convention. À la fin de la Première partie de la Dix-neuvième

Table des matières

	Page
PREMIÈRE PARTIE – AVANT-PROPOS	784
<i>Documents</i>	786
<i>Remerciements</i>	788
<i>Terminologie</i>	788
DEUXIÈME PARTIE – APERÇU	790
TROISIÈME PARTIE – COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE	798
<i>Article premier – Champ d'application</i>	798
<i>Article 2 – Exclusions du champ d'application</i>	800
<i>Article 3 – Accords exclusifs d'élection de for</i>	808
<i>Article 4 – Autres définitions</i>	812
<i>Article 5 – Compétence du tribunal élu</i>	814
<i>Article 6 – Obligations du tribunal non élu</i>	818
<i>Article 7 – Mesures provisoires et conservatoires</i>	822
<i>Article 8 – Reconnaissance et exécution</i>	824
<i>Article 9 – Refus de reconnaissance ou d'exécution</i>	828
<i>Article 10 – Questions préalables</i>	830
<i>Article 11 – Dommages et intérêts</i>	832
<i>Article 12 – Transactions judiciaires</i>	834
<i>Article 13 – Pièces à produire</i>	836
<i>Article 14 – Procédure</i>	836
<i>Article 15 – Divisibilité</i>	838
<i>Article 16 – Dispositions transitoires</i>	838
<i>Article 17 – Contrats d'assurance et de réassurance</i>	838
<i>Article 18 – Dispense de légalisation</i>	840
<i>Article 19 – Déclarations limitant la compétence</i>	840
<i>Article 20 – Déclarations limitant la reconnaissance et l'exécution</i>	840
<i>Article 21 – Déclarations relatives à des matières particulières</i>	842
<i>Article 22 – Déclarations réciproques sur les accords non exclusifs d'élection de for</i>	842
<i>Article 23 – Interprétation uniforme</i>	846
<i>Article 24 – Examen du fonctionnement de la Convention</i>	846
<i>Article 25 – Systèmes juridiques non unifiés</i>	846
<i>Article 26 – Rapport avec d'autres instruments internationaux</i>	848
<i>Article 27 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion</i>	858
<i>Article 28 – Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés</i>	858
<i>Article 29 – Organisations régionales d'intégration économique</i>	858
<i>Article 30 – Adhésion par une Organisation régionale d'intégration économique sans ses États membres</i>	860
<i>Article 31 – Entrée en vigueur</i>	860
<i>Réserves</i>	860
<i>Article 32 – Déclarations</i>	860

¹ Arthur van Mehren est décédé en janvier 2006, mais a néanmoins pu voir aboutir le projet auquel il avait consacré tant d'énergie.

² Sur les origines historiques de la Convention, voir le Rapport Nygh / Pocar (*infra*, note 11), p. 25 et s. Pour plus de détails, voir F. Pocar et C. Honorati (éd.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, CEDAM, Milan, Italie, 2005. Ce dernier ouvrage inclut également le Rapport Nygh / Pocar.

³ Voir A.T. von Mehren, « Recognition and Enforcement of Foreign Judgments : A New Approach for the Hague Conference ? », *Law & Contemporary Problems*, Vol. 57, p. 271 (1994) ; *id.*, « The Case for a Convention-mixte Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 61, 1997, No 1, p. 86.

⁴ Les instruments européens dans ce domaine (Règlement de Bruxelles, Convention de Bruxelles et Convention de Lugano) sont fondés sur un principe légèrement différent. Lorsque le défendeur est domicilié dans un autre État auquel l'instrument s'applique, il n'y a pas de zone grise : la compétence ne peut être exercée que pour les motifs indiqués dans l'instrument. Toutefois, lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans un tel État, la compétence, sous certaines réserves, peut être exercée pour tout motif autorisé par le droit national ; le jugement qui en résulte doit néanmoins bénéficier de la reconnaissance et de l'exécution dans les autres États.

⁵ Voir les « Conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements », Doc. pré-l. No 19 de novembre 1992, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome I, *Matières diverses – Centenaire*, p. 256 et s., para. 5 et 6.

PART I – PREFACE

Adoption of the Convention

The definitive text of the Convention was drawn up at the Twentieth Session of the Hague Conference on Private International Law by its Commission II on 14–30 June 2005. The Final Act was adopted by the Plenary Session on 30 June 2005 and the Convention was opened for signature on that date.

Origins of the Convention

The intellectual origins of the project that led eventually to the Convention may be traced to proposals put forward by the late Arthur T. von Mehren of Harvard Law School.¹ It was he who suggested that the United States of America should conclude judgment-recognition conventions with States, in particular, in Europe. After initial discussions, it was decided that a worldwide convention on jurisdiction and judgments, negotiated within the framework of the Hague Conference on Private International Law, was the best way forward. After preliminary studies beginning in 1994, the decision was taken in 1996 to start the project.²

The original project: a “mixed” convention. Professor von Mehren originally suggested that the project should take the form of a “mixed” convention.³ This is a convention in which jurisdictional grounds are divided into three categories. There are lists of approved grounds of jurisdiction and of prohibited grounds of jurisdiction. All other grounds of jurisdiction fall into the so-called “grey area”. The idea is that where the court has jurisdiction on an approved ground, it can hear the case, and the resulting judgment will be recognised and enforced in other Contracting States under the Convention (provided certain other requirements are satisfied). A court of a Contracting State is not permitted to take jurisdiction on prohibited grounds. Courts are permitted to take jurisdiction on the “grey area” grounds, but the provisions of the Convention relating to recognition and enforcement will not apply to the resulting judgment.⁴

Although this approach was supported by the initial Working Group on the project,⁵ it became apparent as work proceeded that it would not be possible to draw up a satisfactory text for a “mixed” convention within a reasonable period of time. The reasons for this included the wide differences in the existing rules of jurisdiction in different States and the unforeseeable effects of technological developments, including the Internet, on the jurisdictional rules that might be laid down in the Convention. At the end of the First Part of the Nineteenth

Contents of the Report

	Page
PART I – PREFACE	785
<i>Documents</i>	787
<i>Acknowledgements</i>	789
<i>Terminology</i>	789
PART II – OVERVIEW	791
PART III – ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY	799
<i>Article 1 – Scope</i>	799
<i>Article 2 – Exclusions from scope</i>	801
<i>Article 3 – Exclusive choice of court agreements</i>	809
<i>Article 4 – Other definitions</i>	813
<i>Article 5 – Jurisdiction of the chosen court</i>	815
<i>Article 6 – Obligations of a court not chosen</i>	819
<i>Article 7 – Interim measures of protection</i>	823
<i>Article 8 – Recognition and enforcement</i>	825
<i>Article 9 – Refusal of recognition or enforcement</i>	829
<i>Article 10 – Preliminary questions</i>	831
<i>Article 11 – Damages</i>	833
<i>Article 12 – Judicial settlements (transactions judiciaires)</i>	835
<i>Article 13 – Documents to be produced</i>	837
<i>Article 14 – Procedure</i>	837
<i>Article 15 – Severability</i>	839
<i>Article 16 – Transitional provisions</i>	839
<i>Article 17 – Contracts of insurance and reinsurance</i>	839
<i>Article 18 – No legalisation</i>	841
<i>Article 19 – Declarations limiting jurisdiction</i>	841
<i>Article 20 – Declarations limiting recognition and enforcement</i>	841
<i>Article 21 – Declarations with respect to specific matters</i>	843
<i>Article 22 – Reciprocal declarations on non-exclusive choice of court agreements</i>	843
<i>Article 23 – Uniform interpretation</i>	847
<i>Article 24 – Review of the operation of the Convention</i>	847
<i>Article 25 – Non-unified legal systems</i>	847
<i>Article 26 – Relationship with other international instruments</i>	849
<i>Article 27 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession</i>	859
<i>Article 28 – Declarations with respect to non-unified legal systems</i>	859
<i>Article 29 – Regional Economic Integration Organisations</i>	859
<i>Article 30 – Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States</i>	861
<i>Article 31 – Entry into force</i>	861
<i>Reservations</i>	861
<i>Article 32 – Declarations</i>	861

¹ Arthur von Mehren lived to see the completion of the project to which he had devoted so much energy, but died in January 2006.

² On the historical origins of the Convention, see the Nygh / Pocar Report (*infra*, note 11), pp. 25 *et seq.* For further details, see F. Pocar and C. Honorati (eds), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, CEDAM, Milan, Italy, 2005. This latter work also contains the Nygh / Pocar Report.

³ See A.T. von Mehren, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference?”, *Law & Contemporary Problems*, Vol. 57 at p. 271 (1994); *id.*, “The Case for a Convention-mixte Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 61, No 1, at p. 86 (1997).

⁴ The European instruments in this area (the Brussels Regulation, the Brussels Convention and the Lugano Convention) are based on a slightly different idea. Where the defendant is domiciled in another State to which the instrument applies, there is no grey area: jurisdiction may be exercised only on the grounds laid down in the instrument. Where the defendant is not domiciled in such a State, however, jurisdiction may, subject to certain exceptions, be exercised on any ground permitted by national law; the resulting judgment must nevertheless be recognised and enforced in the other States.

⁵ See the “Conclusions of the Working Group meeting on enforcement of judgments”, Prel. Doc. No 19 of November 1992, *Proceedings of the Seventeenth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters – Centenary*, pp. 257 *et seq.*, paras 5 and 6.

session, tenue en juin 2001, il a été décidé de reporter la décision sur l'opportunité de poursuivre les travaux sur l'avant-projet de Convention. Afin de trouver un moyen d'avancer, la Commission sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye, réunie en avril 2002, a décidé que le Bureau Permanent, assisté d'un Groupe de travail informel, préparerait un texte destiné à être soumis à une Commission spéciale. Il a été décidé que le point de départ de ce processus serait des domaines essentiels de la compétence tels que la compétence fondée sur les accords d'élection de for dans les affaires entre professionnels, l'acceptation tacite, le for du défendeur, les demandes reconventionnelles, les *trusts*, les dommages physiques et certains autres chefs possibles.

Après trois réunions, le Groupe de travail informel a proposé que l'objectif soit ramené aux dimensions d'une convention sur les accords d'élection de for dans les affaires commerciales. D'une manière générale, les États membres ont considéré que ce projet de Convention réalisait pour ces accords et les jugements qui en résultent ce que la *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* de 1958 avait fait pour les compromis d'arbitrage et les sentences qui en résultent. Après des réactions favorables reçues de la part des États membres de la Conférence de La Haye, une réunion de la Commission spéciale s'est tenue en décembre 2003 pour discuter du projet préparé par le Groupe de travail informel. Cette réunion de la Commission spéciale a produit un projet (projet de Convention 2003) publié comme Document de travail No 49 révisé. Une nouvelle réunion s'est tenue en avril 2004, qui a réexaminé ce document et traité des questions restantes. La réunion d'avril 2004 a permis d'aboutir à la rédaction d'un projet révisé (projet de Convention 2004), publié comme Document de travail No 110 révisé. Il a servi de base au texte examiné lors de la Session diplomatique de juin 2005, qui a produit le texte définitif de la Convention. Les documents suivants représentent les étapes principales de l'avancement de la Convention :

1. Une proposition d'un groupe de travail spécial, sous la forme d'un projet de Convention (« projet du Groupe de travail informel »), publiée comme Document préliminaire No 8 (mars 2003)⁶;
2. Un projet de Convention préparé en 2003 (« projet de Convention 2003 »), fondé sur le projet du Groupe de travail informel, publié comme Document de travail No 49 révisé de décembre 2003 ;
3. Une version révisée et complétée du projet de Convention 2003, préparée en 2004 (« projet de Convention 2004 »), publiée comme Document de travail No 110 révisé d'avril 2004 ; et
4. Le texte définitif, élaboré en 2005.

Il existe deux rapports portant sur les projets antérieurs de la Convention, l'un sur le projet de Convention 2003 et l'autre sur le projet de Convention 2004.

Bureau

Lors de la première phase (1997-2001), les nominations suivantes ont été réalisées :

Président : M. T. Bradbrooke Smith (Canada) ;
Vice-Présidents : M. Andreas Bucher (Suisse) ;
 M. Masato Dogauchi (Japon) ;
 M. Jeffrey D. Kovar (États-Unis d'Amérique) ;
 M. José Luis Siqueiros (Mexique) ;

⁶ « Résultat préliminaire des travaux du Groupe de travail informel sur le projet des jugements ». Doc. pré-l. No 8 de mars 2003 à l'intention de la Commission spéciale d'avril 2003 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (reproduit aussi en tant qu'annexe au Doc. pré-l. No 22 de juin 2003, *supra*, p. 76).

Co-Rapporteurs : M. Peter Nygh (Australie)⁷ ;
 M. Fausto Pocar (Italie) ;
Président du Comité de rédaction :
 M. Gustaf Möller (Finlande).

Mme Catherine Kessedjian, alors Secrétaire général adjoint, a préparé plusieurs documents préliminaires.

Lors de la seconde phase (2002-2005), les nominations suivantes ont été réalisées :

Président : M. Allan Philip (Danemark) (2003-2004)⁸ ;
 M. Andreas Bucher (Suisse) (2005) ;

Vice-Présidents : M. David Goddard (Nouvelle-Zélande) ;
 M. Jeffrey D. Kovar (États-Unis d'Amérique) ;
 M. Alexander Matveev (Fédération de Russie) ;
 Mme Kathryn Sabo (Canada) ;
 M. Jin Sun (Chine) ;

Co-Rapporteurs : M. Trevor C. Hartley (Royaume-Uni) ;
 M. Masato Dogauchi (Japon) ;

Président du Comité de rédaction :
 M. Gottfried Musger (Autriche).

Mme Andrea Schulz, Premier secrétaire, a préparé plusieurs documents préliminaires et réalisé d'autres travaux.

Documents

La liste ci-dessous énumère les principaux documents cités au cours des négociations et auxquels le Rapport se réfère. Ils sont répartis en deux catégories : les documents portant sur la première phase du projet et les documents portant sur la seconde phase. Ils sont visés sous la forme abrégée indiquée ci-dessous.

Les documents portant sur la seconde phase sont ceux qui concernent la Convention le plus étroitement : ils constituent des éléments de contexte essentiels. Les documents portant sur la première phase ne sont pertinents que dans la mesure où des dispositions de versions antérieures de la Convention ont été conservées dans la version finale.

(a) La première phase

« avant-projet de Convention 1999 » : avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale de 1999. Il a été préparé au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé en 1999. Il couvrait pour l'essentiel les mêmes matières que les Conventions de Bruxelles⁹ et de Lugano¹⁰. Les travaux sur cet avant-projet ont été suspendus lorsqu'il est apparu qu'il serait difficile de parvenir à un accord mondial à cette épo-

⁷ Peter Nygh est malheureusement décédé en juin 2002. Sa disparition a laissé un vide bien difficile à combler.

⁸ Le décès d'Allan Philip en septembre 2004 a profondément affecté toutes les personnes impliquées dans la Convention.

⁹ « Convention de Bruxelles » : *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* du 27 septembre 1968. Un texte consolidé est disponible au *Journal officiel des Communautés européennes* (« JO ») 1998, vol. 27, série C, p. 1. En 1999, elle a été largement remplacée par le Règlement de Bruxelles (voir *infra*, note 50). Jusqu'alors, elle s'appliquait aux États membres de l'Union européenne. Le rapport de Paul Jenard sur la Convention de Bruxelles initiale a été publié au JO 1979 C 59, p. 1.

¹⁰ « Convention de Lugano » : *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* du 16 septembre 1988, JO 1988 L 319, p. 9. Elle comporte des dispositions semblables à celles de la Convention de Bruxelles, mais les deux Conventions ne sont pas identiques. Les États contractants de la Convention de Lugano sont les 15 « anciens » États membres de l'Union européenne et certains autres États d'Europe. À l'heure où nous écrivons, il s'agit de l'Islande, de la Norvège, de la Pologne et de la Suisse. La démarcation entre les Conventions de Bruxelles et de Lugano est matérialisée à l'art. 54ter de la Convention de Lugano. Elle est fondée sur le principe que la Convention de Lugano ne s'appliquera pas aux relations entre les 15 « anciens » États membres de l'Union européenne, mais s'appliquera lorsque l'un des autres pays susvisés (à l'exception de la Pologne) est impliqué. Le rapport officiel a été rédigé par Paul Jenard et Gustaf Möller ; il a été publié au JO 1990 C 189, p. 57.

Session, held in June 2001, it was decided to postpone a decision on whether further work should be undertaken on the preliminary draft Convention. In order to find a way forward, the Commission on General Affairs and Policy of the Hague Conference, meeting in April 2002, decided that the Permanent Bureau, assisted by an Informal Working Group, should prepare a text to be submitted to a Special Commission. It was decided that the starting point for this process would be such core areas as jurisdiction based on choice of court agreements in business-to-business cases, submission, defendant's forum, counterclaims, trusts, physical torts and certain other possible grounds.

After three meetings, the Informal Working Group proposed that the objective should be scaled down to a convention on choice of court agreements in commercial cases. In general, the Member States viewed this proposed Convention as achieving for such agreements and the resulting judgments what the 1958 *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* accomplishes for agreements to arbitrate and the resulting awards. After positive reactions from the Member States of the Hague Conference were received, a meeting of the Special Commission was held in December 2003 to discuss the draft that had been prepared by the Informal Working Group. This meeting of the Special Commission produced a draft text (2003 draft Convention) that was published as Working Document No 49 Revised. A further meeting was held in April 2004, which reconsidered this document and dealt with the remaining issues. The April 2004 meeting produced a revised draft (2004 draft Convention), published as Working Document No 110 Revised. This formed the basis of the text considered at the Diplomatic Conference in June 2005, which produced the final text of the Convention. The following documents constituted the most important milestones in the progress of the Convention:

1. A proposal by a special working group, in the form of a draft Convention ("Informal Working Group Draft"), published as Preliminary Document No 8 (March 2003);⁶
2. A draft Convention drawn up in 2003 ("2003 draft Convention"), which was based on the Informal Working Group Draft, published as Working Document No 49 Revised of December 2003;
3. A revised and completed version of the 2003 draft Convention, drawn up in 2004 ("2004 draft Convention"), published as Working Document No 110 Revised of April 2004; and
4. The final text, drawn up in 2005.

There are two Reports on earlier drafts of the Convention: one on the 2003 draft Convention and one on the 2004 draft Convention.

Officers

In the first phase (1997–2001), the following appointments were made:

Chairman: Mr T. Bradbrooke Smith (Canada);
Vice-Chairmen: Mr Andreas Bucher (Switzerland);
 Mr Masato Dogauchi (Japan);
 Mr Jeffrey D. Kovar (United States of America);
 Mr José Luis Siqueiros (Mexico);

⁶ "Preliminary result of the work of the Informal Working Group on the Judgments Project", Prel. Doc. No 8 of March 2003 for the attention of the Special Commission of April 2003 on General Affairs and Policy of the Conference (also reproduced as an annex to Prel. Doc. No 22 of June 2003, *supra*, p. 77).

Co-Reporters: Mr Peter Nygh (Australia);⁷
 Mr Fausto Pocar (Italy);
Chairman of the Drafting Committee:
 Mr Gustaf Möller (Finland).

Ms Catherine Kessedjian, then Deputy Secretary General, prepared several preliminary documents.

In the second phase (2002–2005), the following appointments were made:

Chairman: Mr Allan Philip (Denmark) (2003–2004);⁸
 Mr Andreas Bucher (Switzerland) (2005);
Vice-Chairmen: Mr David Goddard (New Zealand);
 Mr Jeffrey D. Kovar (United States of America);
 Mr Alexander Matveev (Russian Federation);
 Mrs Kathryn Sabo (Canada);
 Mr Jin Sun (China);
Co-Reporters: Mr Trevor C. Hartley (United Kingdom);
 Mr Masato Dogauchi (Japan);
Chairman of the Drafting Committee:
 Mr Gottfried Musger (Austria).

Ms Andrea Schulz, First Secretary, prepared several preliminary documents and undertook other work.

Documents

The following is a list of the most important documents mentioned during the negotiations and cited in this Report. They are set out in two categories: documents related to the first phase of the project and documents related to the second phase. They are referred to in the abbreviated form set out below.

The documents related to the second phase are the ones that concern the Convention most closely: they constitute essential background material. The documents related to the first phase are relevant only to the extent that provisions in the earlier versions of the Convention were carried forward into the final version.

(a) The first phase

"preliminary draft Convention 1999": Preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of 1999. This was drawn up within the Hague Conference on Private International Law in 1999. It covered much the same ground as the Brussels⁹ and Lugano Conventions.¹⁰ Work on it was put on hold when it became apparent that it would be difficult to obtain global agreement at that time. Its text, together with a Report by the late

⁷ Sadly, Peter Nygh died in June 2002. His death was a tragic loss.

⁸ Allan Philip died in September 2004, an occasion of great regret for all concerned with the Convention.

⁹ The "Brussels Convention": *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 27 September 1968. A consolidated text may be found in the *Official Journal of the European Communities* ("OJ"), 1998, Volume 27 of the "C" series, p. 1. In 1999, it was largely superseded by the Brussels Regulation (see *infra*, note 50). Until then, it applied to the European Union Member States. The Report by Paul Jenard on the original Brussels Convention is published in OJ 1979 C 59, p. 1.

¹⁰ The "Lugano Convention": *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 16 September 1988, OJ 1988 L 319, p. 9. It contains similar provisions to the Brussels Convention, but the two Conventions are not identical. The Contracting States to the Lugano Convention are the 15 "old" EU Member States and certain other States in Europe. At the time of writing, these are Iceland, Norway, Poland and Switzerland. The demarcation between the Brussels and Lugano Conventions is laid down in Art. 54B of the Lugano Convention. It is based on the principle that the Lugano Convention will not apply to relations among the 15 "old" EU Member States, but will apply where one of the other countries mentioned above (except Poland) is involved. The official Report is by Paul Jenard and Gustaf Möller; it is published in OJ 1990 C 189, p. 57.

que. Son texte, ainsi qu'un rapport de feu M. Peter Nygh et de M. Fausto Pocar, a été publié par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye en août 2000¹¹.

«**Rapport Nygh / Pocar**» : rapport sur l'avant-projet de Convention 1999 (voir note 11).

«**Texte provisoire 2001**» : «Résumé des résultats des discussions de la Commission II de la Première Partie de la Conférence Diplomatique, 6-20 juin 2001»¹². Le grand nombre de crochets dans le texte indique que les délégués n'ont pu parvenir à un accord sur de nombreux points.

(b) *La seconde phase*

«**projet du Groupe de travail informel**» : projet de Convention préparé par le Groupe de travail informel, publié comme Document préliminaire No 8 à l'intention de la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence (mars 2003)¹³.

«**Premier rapport Schulz**» : rapport de Mme Andrea Schulz sur le projet du Groupe de travail informel, publié en juin 2003 comme Document préliminaire No 22¹⁴.

«**projet de Convention 2003**» : projet de texte de la Convention, préparé par la Commission spéciale sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale en décembre 2003 (Doc. trav. No 49 révisé). Il était fondé sur le projet du Groupe de travail informel¹⁵.

«**Premier rapport**» : rapport sur l'avant-projet de Convention 2003, préparé sous la forme d'un commentaire en mars 2004 et publié comme Document préliminaire No 25¹⁶.

«**projet de Convention 2004**» : avant-projet de Convention, désigné officiellement projet relatif aux accords exclusifs d'élection de for. Il s'agit d'une version révisée du projet de Convention 2003, élaborée en avril 2004. Il a été publié comme Document de travail No 110 révisé¹⁷.

«**Second rapport**» : rapport sur l'avant-projet de Convention 2004, préparé sous la forme d'un commentaire en décembre 2004. Il a été publié comme Document préliminaire No 26¹⁸.

«**projet d'avril 2005**» : modifications possibles du projet de Convention 2004 préparées par le Comité de rédaction lors de sa réunion du 18 au 20 avril 2005. Un texte du projet de Convention 2004, intégrant le projet d'avril 2005, a été publié en qualité de Document de travail No 1 de la Vingtième session de la Conférence.

«**Second rapport Schulz**» : «Rapport sur la réunion du Comité de rédaction du 18 au 20 avril 2005 en préparation de la Vingtième session de juin 2005». Il commente le projet d'avril 2005 et a été publié en mai 2005 comme Document préliminaire No 28¹⁹.

¹¹ «Avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté par la Commission spéciale et Rapport de Peter Nygh et Fausto Pocar», Doc. prélim. No 11 d'août 2000 établi à l'intention de la Dix-neuvième session diplomatique de juin 2001. Voir les *Actes et documents de la Vingtième session*, tome II, *Jugements*. Sauf mention contraire, les documents préliminaires auxquels le présent Rapport fait référence sont disponibles à l'adresse <www.hcch.net> sous les rubriques «Conventions», «No 37» et «Documents préliminaires».

¹² Disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

¹³ Disponible à l'adresse <www.hcch.net>, voir aussi *supra*, note 6.

¹⁴ A. Schulz, «Rapport sur le travail du Groupe de travail informel sur le projet des jugements, notamment sur le texte préliminaire issu de sa troisième réunion – 25 au 28 mars 2003», Doc. prélim. No 22 de juin 2003, *supra* p. 76, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

¹⁵ Disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

¹⁶ Disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

¹⁷ *Supra*, p. 421, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

¹⁸ *Supra*, p. 166, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

¹⁹ *Supra*, p. 272, également disponible à l'adresse <www.hcch.net>.

Remerciements

Les auteurs du présent Rapport souhaitent exprimer leur reconnaissance envers les auteurs de ces rapports antérieurs, et notamment aux auteurs du Rapport Nygh / Pocar, Peter Nygh et Fausto Pocar.

Ils souhaitent remercier les délégations nationales qui ont présenté des observations sur les précédents projets de Rapport. Ces observations ont été d'une grande utilité et ont apporté une contribution significative à la version définitive.

Ils souhaitent également remercier de leur assistance Andrea Schulz du Bureau Permanent et Gottfried Musger, Président du Comité de rédaction. Ces deux personnes ont consacré beaucoup de temps au Rapport. Elles ont corrigé de nombreuses erreurs, et proposé de nombreuses améliorations. Le Rapport aurait été affecté de nombreuses insuffisances sans leur aide. Nous leur devons tous une extrême reconnaissance.

Terminologie

La terminologie suivante est utilisée dans la Convention :

«**tribunal d'origine**» : le tribunal ayant rendu le jugement ;

«**État d'origine**» : l'État dans lequel est situé le tribunal d'origine ;

«**tribunal requis**» : le tribunal auquel est adressée la demande de reconnaissance ou d'exécution du jugement ;

«**État requis**» : l'État dans lequel est situé le tribunal requis²⁰.

Dans le présent Rapport :

«**Partie**» (P majuscule) désigne une Partie à la Convention ou, le cas échéant, un État lié par la Convention en vertu de l'article 30 ;

«**partie**» (p minuscule) désigne une partie à un contrat ou à un contentieux ;

«**État**» (E majuscule) désigne un État au sens international ;

«**état**» (e minuscule) désigne une unité territoriale d'un État fédéral (par exemple, un état des États-Unis d'Amérique).

Structure du présent Rapport

La présente partie de ce Rapport (Première partie) est suivie de deux autres parties. La deuxième («Aperçu») a pour objet d'expliquer la structure de la Convention. L'accent est mis sur la fonction des diverses dispositions et leurs rapports entre elles. La troisième partie («Commentaire article par article») analyse individuellement chaque article afin de clarifier sa signification.

Exemples

Dans les exemples proposés ci-dessous on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties²¹.

²⁰ La version anglaise de l'avant-projet de Convention 1999 utilise «*State addressed*» au lieu de «*requested State*», terme retenu dans la version anglaise du présent Rapport.

²¹ Pour la définition du terme «Partie», voir ci-dessus.

Mr Peter Nygh and Mr Fausto Pocar, was published by the Permanent Bureau of the Hague Conference in August 2000.¹¹

“Nygh / Pocar Report”: Report on the preliminary draft Convention 1999 (see note 11).

“Interim Text 2001”: Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6–20 June 2001.¹² The large number of square brackets in the text indicates that the delegates were unable to agree on many points.

(b) *The second phase*

“Informal Working Group Draft”: Draft Convention drawn up by the Informal Working Group, published as Preliminary Document No 8 for the attention of the Special Commission on General Affairs and Policy of the Conference (March 2003).¹³

“First Schulz Report”: Report by Ms Andrea Schulz on the Informal Working Group Draft, published in June 2003 as Preliminary Document No 22.¹⁴

“2003 draft Convention”: Draft text of the Convention, drawn up by the Special Commission on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters in December 2003 (Work. Doc. No 49 Revised). It was based on the Informal Working Group Draft.¹⁵

“First Report”: The Report on the 2003 preliminary draft Convention, drawn up in the form of a commentary in March 2004, and published as Preliminary Document No 25.¹⁶

“2004 draft Convention”: Preliminary draft Convention officially known as the Draft on Exclusive Choice of Court Agreements. It was a revised version of the 2003 draft Convention and was drawn up in April 2004. It was published as Working Document No 110 Revised.¹⁷

“Second Report”: The Report on the 2004 preliminary draft Convention, drawn up in the form of a commentary in December 2004. It was published as Preliminary Document No 26.¹⁸

“April 2005 draft”: Possible modifications to the 2004 draft Convention prepared by the Drafting Committee at its meeting on 18–20 April 2005. A text of the 2004 draft Convention, which incorporates the April 2005 draft, was published as Working Document No 1 of the Twentieth Session of the Conference.

“Second Schulz Report”: “Report on the Meeting of the Drafting Committee of 18–20 April 2005 in Preparation for the Twentieth Session of June 2005”. This comments on the April 2005 draft and was published in May 2005 as Preliminary Document No 28.¹⁹

¹¹ “Preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters, adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh & Fausto Pocar”, Prel. Doc. No 11 of August 2000 drawn up for the attention of the Nineteenth Session of June 2001. See the *Proceedings of the Twentieth Session*, Tome II, *Judgments*. Unless explicitly stated otherwise, all preliminary documents referred to in this Report are available at <www.hcch.net> under “Conventions”, “No 37” and “Preliminary Documents”.

¹² Available at <www.hcch.net>.

¹³ Available at <www.hcch.net>, see also *supra*, note 6.

¹⁴ A. Schulz, “Report on the work of the Informal Working Group on the Judgments Project, in particular on the preliminary text achieved at its third meeting – 25–28 March 2003”, Prel. Doc. No 22 of June 2003, *supra*, p. 77, also available at <www.hcch.net>.

¹⁵ Available at <www.hcch.net>.

¹⁶ Available at <www.hcch.net>.

¹⁷ *Supra*, p. 421, also available at <www.hcch.net>.

¹⁸ *Supra*, p. 167, also available at <www.hcch.net>.

¹⁹ *Supra*, p. 273, also available at <www.hcch.net>.

Acknowledgements

The authors of the present Report would like to acknowledge their debt to the authors of these earlier reports, especially to the authors of the Nygh / Pocar Report, the late Mr Peter Nygh, and Mr Fausto Pocar.

They would like to thank the national delegations who commented on earlier drafts of the Report. These comments were of great assistance and have contributed significantly to the final version.

They would also like to acknowledge the assistance given by Ms Andrea Schulz of the Permanent Bureau and Mr Gottfried Musger, Chairman of the Drafting Committee. These two people have devoted a great deal of time to the Report. They have corrected many errors and suggested many improvements. Without their help, the Report would have suffered from serious shortcomings. We all owe them a considerable debt of gratitude.

Terminology

The following terminology is used in the Convention:

- “court of origin”**: the court which granted the judgment;
- “State of origin”**: the State in which the court of origin is situated;
- “court addressed”**: the court which is asked to recognise or enforce the judgment;
- “requested State”**: the State in which the court addressed is situated.²⁰

In this Report:

“Party” (upper-case “P”) means a Party to the Convention or, where appropriate, a State bound by the Convention under Article 30;

“party” (lower-case “p”) means a party to a contract or a lawsuit;

“State” (upper-case “S”) means a State in the international sense;

“state” (lower-case “s”) means a territorial unit of a federal State (for example, a state in the United States of America).

Structure of this Report

The present Part of this Report (Part I) is followed by two other Parts. Part II (“Overview”) is intended to explain the structure of the Convention. The emphasis is on the function of the different provisions and how they relate to each other. Part III (“Article-by-Article Commentary”) analyses each individual Article in order to clarify its meaning.

Examples

In the examples given below, it is assumed (unless the contrary is stated) that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties²¹ to it.

²⁰ The preliminary draft Convention 1999 uses “State addressed” in the English version instead of “requested State” as used in this Report.

²¹ For the meaning of “Party”, see above.

1 **L'objectif.** Pour que la Convention atteigne son objectif de rendre les accords d'élection de for aussi efficaces que possible, elle doit garantir trois éléments. D'abord, le tribunal élu doit connaître de l'instance lorsque la procédure est engagée devant lui. Ensuite, tout autre tribunal devant lequel une procédure est engagée doit refuser d'en connaître. Enfin, le jugement du tribunal élu doit bénéficier d'une reconnaissance et d'une exécution. Ces trois obligations ont été intégrées à la Convention, dont elles constituent les dispositions clés. On espère que la Convention fera pour les accords d'élection de for ce que la *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* du 10 juin 1958 a fait pour les conventions d'arbitrage²³.

2 **Exceptions.** Cependant, si ces obligations sont essentielles, elles ne peuvent être imposées d'une manière absolue. Il est généralement admis qu'il peut exister des situations, normalement de nature exceptionnelle, dans lesquelles l'opportunité de donner effet à un accord d'élection de for peut céder le pas à d'autres considérations. Pour ce motif, la Convention prévoit des exceptions à chacune des trois obligations clés. Toutefois, si ces exceptions étaient trop larges et trop vagues, la Convention serait peu utile. La recherche du bon équilibre entre la souplesse et la certitude a donc représenté l'une des tâches les plus importantes de la Session diplomatique qui a élaboré la Convention.

3 **Le tribunal élu doit connaître du litige.** L'article 5 impose à un tribunal désigné par un accord exclusif d'élection de for de connaître d'un litige dont il est saisi²⁴. Il ne peut refuser d'en connaître au motif qu'un tribunal d'un autre État est plus approprié (*forum non conveniens*) ou que ce tribunal a été saisi en premier (litispendance). La principale exception à l'article 5²⁵ veut que le tribunal élu n'est pas tenu de connaître du litige si l'accord d'élection de for est nul selon son droit, y compris ses règles de conflit de lois²⁶.

4 **Les autres tribunaux ne sont pas autorisés à connaître du litige.** L'article 6 dispose qu'un tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique²⁷. Il y a toutefois cinq exceptions expresses figurant aux alinéas *a)* à *e)* de l'article 6. La première, figurant à l'alinéa *a)*, est parallèle à celle figurant à l'article 5, à savoir que l'accord d'élection de for est nul en vertu du droit du tribunal élu, y compris ses règles de conflit de lois. Des quatre autres exceptions à l'article 6, la plus importante est probablement celle de l'alinéa *c)* qui s'applique lorsque donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi²⁸. Il importe d'apprécier la différence d'approche entre ces deux exceptions aux alinéas *a)* et *c)*. En vertu de l'alinéa *a)*, le tribunal (non élu) devant lequel l'instance est engagée doit appliquer le droit de l'État du tribunal élu (y compris ses règles de conflit de lois). En vertu de l'alinéa *c)*, par contre, il applique ses propres concepts « d'injustice ma-

nifeste » et « d'ordre public ». La Convention diverge à cet égard de la *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* de 1958, qui ne précise pas quel droit est applicable en pareil cas.

5 **Reconnaissance et exécution.** La valeur d'un accord d'élection de for sera accrue si le jugement qui en résulte est reconnu et exécuté²⁹ dans le plus grand nombre possible d'autres États. L'article 8(1) vise à accomplir cet objectif³⁰. Là encore, il y a des exceptions, dont la plupart figurent à l'article 9³¹. Certaines sont les mêmes que celles de l'article 6 – par exemple, l'exception applicable lorsque l'accord d'élection de for est nul selon le droit de l'État du tribunal élu, y compris ses règles de conflit de lois³². La reconnaissance ou l'exécution peut également être refusée lorsqu'elle serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis³³. D'autres exceptions concernent la notification de l'acte introductif d'instance ou d'un acte équivalent³⁴, et la fraude relative à la procédure³⁵.

6 **Jugements incompatibles.** L'article 9 traite également de la situation où un jugement a été rendu entre les mêmes parties par un autre tribunal (ci-après un « jugement incompatible »), qui est incompatible avec le jugement du tribunal élu. L'article traite séparément des situations dans lesquelles le jugement incompatible provient du *même État* que celui dans lequel une procédure est engagée pour obtenir l'exécution du jugement du tribunal élu, et celles dans lesquelles le jugement incompatible provient d'un *autre État*. Dans le premier cas, l'existence en tant que telle d'un jugement incompatible constituera toujours un motif permettant le refus de la reconnaissance du jugement du tribunal élu. Dans le second cas, le jugement incompatible doit avoir été rendu avant le jugement du tribunal élu ; ce dernier doit également concerner le même objet et la même cause, et remplir les conditions nécessaires pour sa reconnaissance dans l'État requis. Dans aucun de ces deux cas, toutefois, le tribunal n'est *tenu* de reconnaître le jugement incompatible ou de refuser de reconnaître le jugement du tribunal élu.

7 **Domages et intérêts.** Une autre exception figure à l'article 11. Celui-ci dispose que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement peuvent être refusées si, et dans la mesure où, ce jugement accorde des dommages et intérêts, y compris des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, qui ne compensent pas une partie pour la perte ou le préjudice réels subis³⁶.

8 **Autres dispositions.** Les dispositions clés ci-dessus constituent le cœur de la Convention. Elles ne représentent toutefois qu'une faible partie du nombre total d'articles. Les dispositions restantes sont en un certain sens secondaires : certaines traitent du champ d'application de la Convention, certaines prévoient d'autres exceptions et réserves aux dispositions clés ; et d'autres comportent des règles de droit international public concernant le fonctionnement de la Convention. Seules les plus importantes seront abordées dans cet aperçu.

9 **Quels sont les accords d'élection de for relevant de la Convention ?** Les articles 1 et 3 définissent l'accord exclusif

²² L'aperçu dans cette partie du Rapport a pour objet de donner une vision d'ensemble de la Convention aux personnes peu familières avec la Convention. Il ne s'agit pas d'un examen exhaustif des termes de la Convention. De nombreux articles ne sont pas mentionnés du tout, d'autres ne sont examinés qu'en partie, et les conditions et exceptions ne sont pas toujours mentionnées. Un commentaire complet figure dans la troisième partie du Rapport.

²³ Bien entendu, la Convention va au-delà de la Convention de New York à divers égards, qui seront examinés de manière détaillée en relation avec les articles concernés.

²⁴ Pour une discussion approfondie, voir para. 124 et s., *infra*.

²⁵ Pour une autre exception possible, voir l'art. 19.

²⁶ Le para. 3 de l'art. 5 comporte des dispositions particulières permettant au tribunal élu d'appliquer ses règles de compétence d'attribution et de répartition de compétence entre les tribunaux d'un État contractant.

²⁷ Pour une discussion approfondie, voir para. 141 et s., *infra*.

²⁸ Les autres exceptions sont *b)* défaut de capacité de l'une des parties pour conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi ; *d)* pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre ; et *e)* le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige.

²⁹ La « reconnaissance » au sens de la Convention désigne l'acceptation de la détermination des droits et obligations effectuée par le tribunal d'origine. « Exécution » signifie d'assurer que le débiteur du jugement obéit à la décision du tribunal d'origine.

³⁰ Pour une discussion approfondie, voir para. 164 et s., *infra*.

³¹ Pour d'autres exceptions possibles, voir les art. 10 et 20.

³² L'art. 6 *a)* se reflète dans l'art. 9 *a)*, l'art. 6 *b)* dans l'art. 9 *b)* et l'art. 6 *c)* dans l'art. 9 *e)*.

³³ Art. 9 *e)*.

³⁴ Art. 9 *c)*.

³⁵ Art. 9 *d)*. La fraude relative au fond de la demande peut relever d'autres dispositions, telles que – dans un cas extrême – celle relative à l'ordre public.

³⁶ Cependant, le tribunal requis doit prendre en considération si, et dans quelle mesure, les dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine ont pour objet de couvrir les frais et dépens du procès.

1 **The aim.** If the Convention is to attain its aim of making choice of court agreements as effective as possible, it has to ensure three things. Firstly, the chosen court must hear the case when proceedings are brought before it; secondly, any other court before which proceedings are brought must refuse to hear them; and thirdly, the judgment of the chosen court must be recognised and enforced. These three obligations have been incorporated into the Convention, where they constitute its key provisions. The hope is that the Convention will do for choice of court agreements what the New York *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* of 10 June 1958 has done for arbitration agreements.²³

2 **Exceptions.** However, though these obligations are essential, they cannot be imposed in an absolute way. It is generally agreed that there could be situations, usually of an exceptional nature, in which the desirability of giving effect to a choice of court agreement might be overridden by other considerations. For this reason, the Convention provides exceptions to each of the three key obligations. If such exceptions were too wide and vague, however, the Convention would be of little value. Finding the right balance between flexibility and certainty was, therefore, one of the most important tasks of the Diplomatic Session that drew up the Convention.

3 **The chosen court must hear the case.** Article 5 requires a court designated in an exclusive choice of court agreement to hear the case when seised of a dispute.²⁴ It cannot refuse to hear it on the ground that a court of another State is more appropriate (*forum non conveniens*) or that such a court was seised first (*lis pendens*). The main exception in Article 5²⁵ is that the chosen court need not hear the case where the choice of court agreement is null and void under its law, including its choice-of-law rules.²⁶

4 **Other courts are not permitted to hear the case.** Article 6 provides that a court in a Contracting State other than that of the chosen court must suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies.²⁷ There are, however, five specific exceptions, set out in paragraphs *a*) to *e*) of Article 6. The first, set out in paragraph *a*), is parallel to the exception to Article 5, namely that the choice of court agreement is null and void under the law of the chosen court, including its choice-of-law rules. Of the other four exceptions to Article 6, the most important is probably that in paragraph *c*), which applies where giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice or would be manifestly contrary to the public policy of the State of the court seised.²⁸ It is important to appreciate the difference in approach between these two exceptions in paragraphs *a*) and *c*). Under paragraph *a*), the (non-chosen) court before which proceedings are brought must apply the law of the State of the chosen court (including its choice-of-law rules); under paragraph *c*), on the other hand, it applies its own concepts of “manifest injustice” and

“public policy”. In this respect, the Convention differs from the 1958 New York *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, which does not specify the law applicable in these circumstances.

5 **Recognition and enforcement.** The value of a choice of court agreement will be greater if the resulting judgment is recognised and enforced²⁹ in as many other States as possible. Article 8(1) seeks to accomplish this objective.³⁰ Again, there are exceptions, most of which are set out in Article 9.³¹ Some mirror those in Article 6 – for example, the exception applicable where the choice of court agreement is null and void under the law of the State of the chosen court, including its choice-of-law rules.³² Recognition or enforcement may also be refused where they would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State.³³ Further exceptions concern the service of the document which instituted the proceedings or an equivalent document,³⁴ and fraud in connection with a matter of procedure.³⁵

6 **Conflicting judgments.** Article 9 also deals with the situation where there is a judgment between the same parties from another court (referred to below as a “conflicting judgment”) that is inconsistent with the judgment of the chosen court. The Article gives separate treatment to the case where the conflicting judgment is from the *same State* as that in which proceedings are brought to enforce the judgment of the chosen court, and where the conflicting judgment is from *another State*. In the former case, the existence of a conflicting judgment as such constitutes a ground on which recognition of the judgment of the chosen court may be refused. In the latter case, the conflicting judgment must have been given before the judgment of the chosen court; it must also involve the same cause of action and fulfil the conditions required for its recognition in the requested State. In neither case, however, is the court *obliged* to recognise the conflicting judgment or to refuse recognition to the judgment of the chosen court.

7 **Damages.** A further exception is contained in Article 11. This provides that recognition and enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.³⁶

8 **Other provisions.** The above key provisions are the core of the Convention. However, they constitute only a relatively small part of the total number of Articles. The remaining provisions are in some sense ancillary: some are concerned with the scope of the Convention; some lay down further exceptions and qualifications to the key provisions; and some contain rules of public international law concerning the operation of the Convention. We shall consider only the most important in this overview.

9 **What choice of court agreements are covered by the Convention?** Articles 1 and 3 explain what is meant by an exclusive choice of court agreement for the purposes of the

²² The overview in this Part of the Report is intended to give a general picture of the Convention for the benefit of those who are not familiar with it. It is not a full statement of the terms of the Convention. Many Articles are not mentioned at all; others are discussed in part only; and qualifications and exceptions are not always mentioned. A full commentary is to be found in Part III of the Report.

²³ Of course, the Convention goes further than the New York Convention in various ways which will be discussed in more detail below in connection with the Articles concerned.

²⁴ For a detailed discussion, see paras 124 *et seq.*, *infra*.

²⁵ For another possible exception, see Art. 19.

²⁶ Para. 3 of Art. 5 contains special provisions that permit the chosen court to apply its rules on subject-matter jurisdiction and on the allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State.

²⁷ For a detailed discussion, see paras 141 *et seq.*, *infra*.

²⁸ The other exceptions are: *b*) a party lacked capacity to conclude the agreement under the law of the State of the court seised; *d*) for exceptional reasons beyond the control of the parties, the agreement cannot reasonably be performed; and *e*) the chosen court has decided not to hear the case.

²⁹ “Recognition”, as understood by the Convention, means accepting the determination of the rights and obligations made by the court of origin. “Enforcement” means ensuring that the judgment-debtor obeys the order of the court of origin.

³⁰ For a detailed discussion, see paras 164 *et seq.*, *infra*.

³¹ For other possible exceptions, see Art. 10 and 20.

³² Art. 6 *a*) is reflected in Art. 9 *a*); Art. 6 *b*) is reflected in Art. 9 *b*); and Art. 6 *c*) is reflected in Art. 9 *e*).

³³ Art. 9 *e*).

³⁴ Art. 9 *c*).

³⁵ Art. 9 *d*). Fraud as to the substance of the claim may be covered by other provisions, such as – in extreme circumstances – that concerning public policy.

³⁶ However, the court addressed must take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

d'élection de for au sens de la Convention. Seuls les accords d'élection de for relevant de ces dispositions sont couverts par le chapitre II de la Convention³⁷.

10 Article premier. L'article premier limite le champ d'application de trois manières élémentaires. Il dispose tout d'abord que la Convention ne s'applique qu'aux situations internationales. Il dispose ensuite qu'elle ne s'applique qu'aux accords *exclusifs* d'élection de for. Cependant, cette restriction est soumise à deux réserves : d'abord, il existe une règle, figurant à l'article 3 *b*), selon laquelle les accords d'élection de for désignant les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant sont réputés exclusifs sauf stipulation contraire expresse des parties. Ensuite, l'article 22 comporte une disposition d'adhésion facultative (*opt-in*) étendant les dispositions de la Convention relatives à la reconnaissance et l'exécution aux jugements rendus par un tribunal désigné par un accord non exclusif d'élection de for. La troisième restriction à l'article premier est que l'accord d'élection de for doit avoir été conclu en matière civile ou commerciale. Toutefois, l'article 2(5) dispose que le seul fait qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, est partie à un litige n'exclut pas celui-ci du champ d'application de la Convention.

11 Définition du terme « international ». La Convention ne s'appliquant qu'aux situations internationales, une définition du terme « international » est nécessaire. Elle figure aux paragraphes 2 et 3 de l'article premier³⁸. Le paragraphe 2 dispose qu'aux fins de détermination de la compétence, une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si tous les éléments pertinents autres que la situation du tribunal élu sont liés uniquement à cet État. En d'autres termes, si une situation est par ailleurs strictement interne, le choix d'un tribunal étranger ne la rend pas internationale. Une définition différente s'applique aux fins de la reconnaissance et de l'exécution (para. 3). Ici, il suffit que le jugement ait été rendu par un tribunal étranger. Cela signifie qu'une affaire qui n'était pas internationale lorsque le jugement initial a été rendu peut devenir internationale si la question de la reconnaissance ou de l'exécution du jugement dans un autre État se pose (sous réserve de la possibilité d'une déclaration en vertu de l'art. 20, qui autorise un État à déclarer que ses tribunaux pourront refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal élu si le litige est – à l'exception du lieu du tribunal élu – entièrement interne à l'État où la reconnaissance et l'exécution sont recherchées)³⁹.

12 Définition d'un « accord exclusif d'élection de for ». L'article 3 définit l'accord exclusif d'élection de for. Il dispose que la Convention ne s'applique qu'aux accords d'élection de for en faveur d'États contractants. L'accord d'élection de for peut s'appliquer aux litiges aussi bien passés que futurs. Il peut désigner d'une manière générale les tribunaux d'un État contractant (« les tribunaux français »), il peut désigner un tribunal particulier d'un État contractant (« le Tribunal fédéral de district pour le district sud de New York ») ou il peut viser deux ou plusieurs tribunaux particuliers d'un même État contractant (« le Tribunal de district de Tokyo ou le Tribunal de district de Kobe »). La compétence de tous les autres tribunaux doit être exclue. Toutefois, elle est réputée être exclue sauf stipulation expresse contraire des parties.

13 Exigences de forme. L'article 3 *c*) prévoit les exigences de forme qu'un accord d'élection de for doit respecter afin de relever de la Convention. Il doit être conclu ou documenté

soit *i*) par écrit soit *ii*) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement⁴⁰. S'il ne remplit pas ces conditions, il ne relèvera pas de la Convention. La Convention n'interdit toutefois pas aux États contractants de donner exécution à un tel accord ou au jugement qui en résulte en vertu de leur propre droit.

14 Le sens du terme « État ». De nombreuses dispositions de la Convention font mention d'un « État » ou d'un « État contractant ». Le sens de ces termes n'est toutefois pas une question simple, comme le montrent les articles 25, 28, 29 et 30.

15 Systèmes juridiques non unifiés. Certains États sont composés de deux ou plusieurs unités, dont chacune a son propre système juridique. C'est fréquent dans le cas de fédérations. Par exemple, les États-Unis sont composés d'états, et le Canada est composé de provinces et de territoires. Cela peut également se produire dans le cas de certains États non fédéraux, tels que la Chine ou le Royaume-Uni. Ce dernier est composé de trois unités : Angleterre et Pays de Galles (une unité), Écosse et Irlande du Nord. L'article 25(1) dispose que dans le cas de tels États, le terme « État » dans la Convention peut s'appliquer, le cas échéant, soit à l'ensemble le plus grand – par exemple le Royaume-Uni –, soit à un sous-ensemble de cet ensemble – par exemple, l'Écosse⁴¹. Ce qui est approprié dépendra d'un certain nombre de facteurs, dont les rapports entre l'entité la plus grande et les sous-ensembles dans le cadre du système juridique de l'État en cause, ainsi que des stipulations de l'accord d'élection de for. Afin d'illustrer la manière dont fonctionne l'article 25(1), nous pouvons prendre l'exemple de l'article 3 qui vise, entre autres, un accord désignant « les tribunaux d'un État contractant ». Si les parties choisissent les tribunaux de l'Alberta, « État contractant » dans l'article 3 signifiera l'Alberta, de sorte que l'accord d'élection de for relèverait des termes de la Convention. Si, par contre, elles choisissent les tribunaux du Canada, « État contractant » à l'article 3 visera le Canada, de sorte que là encore, l'accord d'élection de for serait couvert.

16 Ratification ou adhésion limitées à certaines unités. L'article 28 traite également des États du type indiqué au paragraphe précédent. Toutefois, son but est différent. Il permet à un tel État de déclarer que la Convention ne s'appliquera qu'à certaines de ses unités. Cela permettrait, par exemple, au Canada de déclarer que la Convention ne s'appliquera qu'à la province d'Alberta. En pareil cas, un accord d'élection de for désignant les tribunaux d'une autre province du Canada ne relèverait pas de la Convention.

17 Organisations régionales d'intégration économique. Les Organisations régionales d'intégration économique, telles que la Communauté européenne, sont traitées aux articles 29 et 30⁴². Outre qu'ils permettent à de telles organisations de devenir Parties à la Convention dans certains cas, les articles 29 et 30 disposent également que toute référence à un « État » ou « État contractant » dans la Convention s'applique également à une Organisation régionale d'intégration économique qui, le cas échéant, y est Partie⁴³. Cela signifie que, selon ce qui est approprié, « État » dans le contexte européen pourrait viser

³⁷ L'art. 22 rend possible dans certaines circonstances l'application du chapitre III de la Convention aux accords non exclusifs d'élection de for également.

³⁸ Voir également l'art. 25(2).

³⁹ Voir para. 231 à 233, *infra*.

⁴⁰ La formulation de cette disposition est inspirée de l'art. 6(1) de la *Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique* de 1996.

⁴¹ Mais l'art. 25(2) dispose qu'un tel État n'est pas tenu d'appliquer la Convention entre ces sous-ensembles.

⁴² La différence entre les art. 29 et 30 est que le premier traite de la situation dans laquelle l'Organisation régionale d'intégration économique devient Partie à la Convention conjointement avec ses États membres, alors que le second traite de la situation où l'organisation devient Partie sans que ses États membres ne le soient. Dans le cas de la Communauté européenne, cela dépendrait de la question de savoir si la Communauté a une compétence partagée ou une compétence exclusive. À cet égard, voir l'Avis de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 février 2006 sur la compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle *Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (Avis 01/03), disponible à l'adresse <<http://curia.europa.eu/>>.

⁴³ Cependant, certains articles – par ex., l'art. 28 – indiquent expressément qu'ils ne s'appliquent pas aux Organisations régionales d'intégration économique.

Convention. It is only choice of court agreements that fall within these provisions that are covered by Chapter II of the Convention.³⁷

10 **Article 1.** Article 1 limits the scope of the Convention in three basic ways. It first states that the Convention applies only in international cases. It then provides that it applies only to *exclusive* choice of court agreements. However, this limitation is subject to two qualifications: first, there is a rule, laid down in Article 3 *b*), that choice of court agreements designating the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State are deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise; secondly, Article 22 contains an opt-in provision extending the recognition and enforcement provisions of the Convention to judgments given by a court that was designated in a non-exclusive choice of court agreement. The third limitation in Article 1 is that the choice of court agreement must be concluded in a civil or commercial matter. However, Article 2(5) provides that proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party to them.

11 **Meaning of “international”.** Since the Convention applies only in international cases, a definition of “international” is necessary. This is given in paragraphs 2 and 3 of Article 1.³⁸ Paragraph 2 states that for jurisdictional purposes a case is international unless the parties are resident in the same Contracting State and all relevant elements other than the location of the chosen court are connected only with that State. In other words, if a case is otherwise wholly domestic, the choice of a foreign court does not make it international. A different definition applies for the purpose of recognition and enforcement (para. 3). Here, it is enough that the judgment was given by a foreign court. This means that a case that was non-international when the original judgment was given may become international if the question arises of recognising or enforcing the judgment in another State. (This is subject to the possibility of a declaration under Art. 20, which allows a State to declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by the chosen court if the case is – except for the location of the chosen court – wholly domestic to the State where recognition and enforcement is sought.)³⁹

12 **Definition of “exclusive choice of court agreement”.** Article 3 lays down a definition of an exclusive choice of court agreement. This provides that the Convention applies only to choice of court agreements in favour of Contracting States. The choice of court agreement can apply to both past and future disputes. It can refer in general to the courts of a Contracting State (“the courts of France”); it can refer to a specific court in a Contracting State (“the Federal District Court for the Southern District of New York”); or it can refer to two or more specific courts in the same Contracting State (“either the District Court of Tokyo or the District Court of Kobe”). The jurisdiction of all other courts must be excluded; however, it is deemed to be excluded, unless the parties have expressly provided otherwise.

13 **Requirements as to form.** Article 3 *c*) lays down the formal requirements that a choice of court agreement must comply with in order to fall under the Convention. It must be

concluded or documented either *i*) in writing or *ii*) by some other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference.⁴⁰ If it does not meet these requirements, it will not be covered by the Convention. However, the Convention does not preclude Contracting States from enforcing such an agreement or the resulting judgment under their own law.

14 **The meaning of “State”.** Many provisions of the Convention refer to a “State” or to a “Contracting State”. The meaning of these terms is not, however, a simple matter, as is shown by Articles 25, 28, 29 and 30.

15 **Non-unified legal systems.** Some States are made up of two or more units, each with its own legal system. This often occurs in the case of federations. For example, the United States is made up of states, and Canada is made up of provinces and territories. It can also occur in the case of certain non-federal States, such as China or the United Kingdom. The latter is made up of three units: England and Wales (one unit), Scotland and Northern Ireland. What Article 25(1) does is to provide that, in the case of such States, the word “State” in the Convention can apply, where appropriate, to either the larger entity – the United Kingdom, for example – or to a sub-unit of that entity – Scotland, for example.⁴¹ What is appropriate will depend on a number of factors, including the relationship between the larger entity and the sub-units under the legal system of the State in question, as well as on the terms of the choice of court agreement. To show how Article 25(1) operates, we can take the example of Article 3, which refers, *inter alia*, to an agreement designating “the courts of one Contracting State”. If the parties choose the courts of one Contracting State, “Contracting State” in Article 3 would mean Alberta; so the choice of court agreement would fall within the terms of the Convention. If, on the other hand, they designated the courts of Canada, “Contracting State” in Article 3 would refer to Canada; so again the choice of court agreement would be covered.

16 **Ratification or accession limited to certain units.** Article 28 also deals with States of the kind referred to in the previous paragraph. However, it has a different purpose. It permits such a State to declare that the Convention will apply to only some of its units. This would, for example, permit Canada to declare that the Convention will extend only to the province of Alberta. In such a case, a choice of court agreement designating the courts of another Canadian province would not be covered by the Convention.

17 **Regional Economic Integration Organisations.** Regional Economic Integration Organisations, such as the European Community, are dealt with in Articles 29 and 30.⁴² Besides allowing such organisations to become Parties to the Convention in certain circumstances, Articles 29 and 30 also provide that any reference to “State” or “Contracting State” in the Convention applies equally to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it, where appropriate.⁴³ This means that, depending on what is appropriate, “State” in the European context could mean either the European Com-

³⁷ Art. 22 makes it possible for Chapter III of the Convention to also apply to non-exclusive choice of court agreements in certain circumstances.

³⁸ See also Art. 25(2).

³⁹ See paras 231 to 233, *infra*.

⁴⁰ The wording of this provision was inspired by Art. 6(1) of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996.

⁴¹ But Art. 25(2) provides that such a State is not required to apply the Convention between such sub-units.

⁴² The difference between Art. 29 and 30 is that the former is concerned with the situation where the Regional Economic Integration Organisation becomes a Party to the Convention *together* with its Member States, while the latter is concerned with the situation where it becomes a Party *without* its Member States. In the case of the European Community, this would depend on whether the Community had shared competence or exclusive competence. In this respect, see the Opinion of the Court of Justice of the European Communities of 7 February 2006 on the competence of the Community to conclude the new Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Opinion 01/03), available at <<http://curia.europa.eu/>>.

⁴³ However, certain Articles – for example, Art. 28 – expressly state that they do not apply to Regional Economic Integration Organisations.

soit la Communauté européenne, soit l'un de ses États membres (par exemple, le Royaume-Uni), soit une unité territoriale d'un tel État membre (par exemple, l'Écosse). Il s'ensuit qu'un accord d'élection de for désignant « les tribunaux de la Communauté européenne » ou visant particulièrement « la Cour de justice des Communautés européennes (Tribunal de première instance) »⁴⁴ relèverait de la Convention.

18 Exclusions du champ d'application. L'article 2 traite des exclusions du champ d'application de la Convention. La Convention est destinée à s'appliquer dans le domaine commercial, et de nombreuses exclusions mettent cette politique en application, bien que quelques matières commerciales soient également exclues pour des motifs particuliers. Le paragraphe premier de l'article 2 dispose que la Convention ne s'applique pas aux contrats de consommation ou contrats de travail. Le paragraphe 2 dispose qu'il ne s'applique pas à un certain nombre de matières particulières énumérées dans ses seize alinéas. Ceux-ci couvrent diverses questions de droit de la famille, telles que les obligations alimentaires et les régimes matrimoniaux, et un groupe de matières diverses allant de la responsabilité pour les dommages nucléaires à la validité des inscriptions dans les registres publics. Certains seront examinés ci-dessous, lorsque des domaines particuliers du droit seront en cause.

19 Décisions préalables. L'article 2(3) établit le principe important selon lequel les litiges concernant une matière relevant du champ d'application de la Convention ne cessent pas d'en relever du seul fait que le tribunal a dû rendre une décision préalable sur l'une des matières exclues. Cependant, l'article 10(1) explicite que la décision sur la matière exclue n'a pas droit à une reconnaissance et une exécution indépendantes en vertu de la Convention. En outre, l'article 10(2) autorise (mais ne contraint pas) le tribunal requis à refuser de reconnaître ou d'exécuter le jugement lui-même, dans la mesure où il est fondé sur la décision. Cependant, ce pouvoir ne devrait pas être exercé dans un cas où la décision préalable aurait été identique si elle avait été rendue par un tribunal de l'État requis.

20 Décisions préalables en matière de propriété intellectuelle. L'application de l'article 10(2) est soumise à d'importantes restrictions lorsque la décision préalable concerne la validité d'un droit de propriété intellectuelle (art. 10(3)). Cela est expliqué ci-dessous, dans la discussion de la propriété intellectuelle.

21 Déclarations à l'égard de matières particulières. L'article 21 permet à un État contractant d'étendre la liste des matières exclues au moyen d'une déclaration précisant la matière qu'il souhaite exclure, à condition qu'il la définit clairement et précisément. En ce cas, la Convention ne s'appliquera pas à cette matière dans l'État faisant la déclaration⁴⁵.

22 Transparence et non-rétroactivité. L'article 21 autorise à titre exceptionnel un État contractant à indiquer certaines matières auxquelles il n'appliquera pas la Convention. Toutefois, en vertu de l'article 32, toute déclaration de ce type doit être notifiée au dépositaire (le Ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas), qui en avisera les autres États (principe de transparence). Il est également envisagé que les déclara-

tions soient affichées sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé⁴⁶. Si la déclaration est faite après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État auteur de la déclaration, elle ne produira pas d'effet avant trois mois au moins⁴⁷. Comme elle ne s'appliquera pas aux accords d'élection de for conclus avant qu'elle ne produise ses effets (principe de non-rétroactivité)⁴⁸, les parties pourront savoir à l'avance si leurs relations juridiques en seront affectées.

23 Réciprocité. L'article 21(2) prévoit que, lorsqu'un État fait une telle déclaration, les autres États ne seront pas tenus d'appliquer la Convention à l'égard de la matière en question lorsque le tribunal élu est situé dans l'État faisant la déclaration (principe de réciprocité).

24 Transactions judiciaires. L'exécution forcée des transactions judiciaires relève de la Convention, à condition qu'il existe un accord d'élection de for approprié et que la transaction soit accompagnée d'une attestation d'un tribunal situé dans l'État d'origine⁴⁹. Cette notion particulière de transaction judiciaire est inconnue de la *common law*. Elle n'est pas identique aux transactions simples (conclues hors du tribunal), ni aux *consent judgments*, bien qu'elle remplisse la même fonction. Les *consent judgments* relèvent de la Convention au même titre que les autres jugements.

25 Conflits avec d'autres conventions. Il s'agit là de l'une des questions les plus délicates traitées par la Convention. Il faut prendre comme point de départ les règles normales de droit international public, que l'on considère généralement comme transcrites dans l'article 30 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969*. L'article 30(2) de la Convention de Vienne dispose que lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un autre traité (antérieur ou postérieur), les dispositions de ce dernier l'emportent. L'article 26 de la Convention de La Haye précise quatre situations (aux para. 2 à 5 de l'art. 26) dans lesquelles une autre convention prévaudra sur celle-ci. Le paragraphe 6 de l'article 26 traite d'une question légèrement différente: les conflits entre la Convention et les règles d'une Organisation régionale d'intégration économique qui est Partie à la Convention.

26 Le Règlement de Bruxelles⁵⁰. Les règles figurant à l'article 26 sont trop complexes pour être examinées dans leur intégralité dans ce bref résumé. Cependant, il pourrait être utile de résumer leur application à l'égard du Règlement de Bruxelles. En cas de conflit de règles en matière de compétence, le Règlement de Bruxelles prévaudra sur la Convention lorsqu'aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de la Communauté européenne. Lorsqu'une ou plusieurs des parties sont résidentes d'un État contractant qui n'est pas membre de la Communauté européenne, la Convention prévaudra⁵¹. Ainsi par exemple⁵², si une société américaine et une société allemande choisissent le

⁴⁴ En vertu de l'art. 238 du *Traité instituant la Communauté européenne* (Traité CE), la Cour de justice des Communautés européennes est compétente en vertu d'une « clause compromissoire » (en réalité, un accord d'élection de for) dans un contrat conclu par ou pour le compte de la Communauté. Cette compétence est exercée par le Tribunal de première instance: art. 225(1) Traité CE. Si la Commission européenne conclut un contrat commercial avec une société résidant hors de la Communauté européenne, une clause d'élection de for dans un tel contrat en faveur de la Cour de justice des Communautés européennes (Tribunal de première instance) relèverait de la Convention.

⁴⁵ Pour la situation dans laquelle une matière ayant fait l'objet d'une déclaration en vertu de l'art. 21 donne lieu à une question préalable, voir l'art. 10(4).

⁴⁶ À l'adresse <www.hcch.net>.

⁴⁷ Art. 32(4).

⁴⁸ Art. 32(5).

⁴⁹ Art. 12 et 13(1) e).

⁵⁰ Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO 2001 L 12, p. 1. Il s'applique entre tous les États membres de l'Union européenne hormis le Danemark et remplace la Convention de Bruxelles dans les rapports mutuels entre les États auxquels il s'applique. Les mêmes dispositions s'appliquent au Danemark en vertu de l'*Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JO 2005 L 299, p. 61 et 62. L'Accord a été signé à Bruxelles en 2005 et entrera en vigueur le premier juillet 2007.

⁵¹ L'art. 4(2) de la Convention dispose qu'une personne morale est résidente de chacun des États suivants: l'État de son siège statutaire, l'État selon le droit duquel elle a été constituée, l'État de son administration centrale et l'État de son principal établissement. Il s'ensuit qu'en théorie, une société pourrait être résidente de quatre États. Si l'un d'entre eux est Partie à la Convention de La Haye mais n'est pas un État membre de la Communauté européenne, la Convention de La Haye prévaudra sur le Règlement de Bruxelles en ce qui concerne la compétence.

⁵² Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties: voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

munity, or one of its Member States (for example, the United Kingdom) or a territorial unit of such a Member State (for example, Scotland). It follows from this that a choice of court agreement designating “the courts of the European Community” or referring specifically to “the Court of Justice of the European Communities (Court of First Instance)”⁴⁴ would be covered by the Convention.

18 Exclusions from scope. Article 2 deals with exclusions from the scope of the Convention. The Convention was designed to apply in the commercial area, and many exclusions give effect to this policy, though a few commercial matters are also excluded where special considerations apply. Paragraph 1 of Article 2 states that the Convention does not apply to consumer contracts or contracts of employment. Paragraph 2 provides that it does not apply to a number of specific matters listed in its sixteen sub-paragraphs. These cover various family-law matters, such as maintenance and matrimonial property, and a miscellaneous group of matters ranging from liability for nuclear damage to the validity of entries in public registers. Some of them will be discussed below, when particular branches of the law are considered.

19 Preliminary rulings. Article 2(3) lays down the important principle that proceedings on a matter within the scope of the Convention do not cease to be covered by it just because the court has to give a preliminary ruling on one of the excluded matters. However, Article 10(1) makes clear that the ruling on the excluded matter is not entitled to independent recognition and enforcement under the Convention. Moreover, Article 10(2) permits (but does not require) the court addressed to refuse to recognise or enforce the judgment itself, to the extent that it was based on the ruling. However, this power should not be exercised if the preliminary ruling would have been the same if it had been given by a court in the requested State.

20 Preliminary rulings on intellectual property. The application of Article 10(2) is subject to important restrictions when the preliminary ruling is on the validity of an intellectual property right (Art. 10(3)). This is explained below, when intellectual property is discussed.

21 Declarations with respect to specific matters. Article 21 makes it possible for a Contracting State to extend the list of excluded matters by means of a declaration specifying the matter that it wants to exclude, provided it defines it clearly and precisely. Where this is done, the Convention will not apply with regard to that matter in the State making the declaration.⁴⁵

22 Transparency and non-retroactivity. Article 21 exceptionally allows a Contracting State to specify certain matters to which it will not apply the Convention. However, under Article 32, any such declaration must be notified to the depositary (the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands), which will inform the other States (principle of transparency). It is also envisaged that declarations will be posted on

the website of the Hague Conference on Private International Law.⁴⁶ If the declaration is made after the Convention comes into force for the State making it, it will not take effect for at least three months.⁴⁷ Since it will not apply to choice of court agreements concluded before it takes effect (principle of non-retroactivity),⁴⁸ it will be possible for the parties to know in advance whether their legal relationship will be affected.

23 Reciprocity. It is provided by Article 21(2) that, where a State makes such a declaration, other States will not be required to apply the Convention with regard to the matter in question where the chosen court is in the State making the declaration (principle of reciprocity).

24 Judicial settlements (*transactions judiciaires*). The enforcement of judicial settlements, known in French as “*transactions judiciaires*”, is covered by the Convention, provided there is an appropriate choice of court agreement and the settlement is accompanied by a certificate of a court in the State of origin.⁴⁹ Judicial settlements in this sense are not known in the common law. They are not the same thing as out-of-court settlements; nor are they the same as consent judgments, though they fulfil the same function. Consent judgments are covered by the Convention in the same way as other judgments.

25 Conflicts with other conventions. This is one of the most difficult questions dealt with in the Convention. The starting point must be the normal rules of public international law, which are generally regarded as being reflected in Article 30 of the Vienna *Convention on the Law of Treaties*, 1969. Article 30(2) of the Vienna Convention provides that where a treaty states that it is subject to another treaty (whether earlier or later), that other treaty will prevail. Article 26 of the Hague Convention specifies four cases (para. 2 to 5 of Art. 26) in which another convention will prevail over it. Paragraph 6 of Article 26 deals with a slightly different question: conflicts between the Convention and the rules of a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to the Convention.

26 The Brussels Regulation.⁵⁰ The rules laid down in Article 26 are too complex to discuss in full in this short outline. However, it might be of value to summarise their application with regard to the Brussels Regulation. If there is a conflict of rules with regard to jurisdiction, the Brussels Regulation will prevail over the Convention where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the European Community. Where one or more of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the European Community, the Convention will prevail.⁵¹ Thus, for example,⁵² if an American company and a German company choose the Rotterdam district court, the Convention

⁴⁶ This is <www.hcch.net>.

⁴⁷ Art. 32(4).

⁴⁸ Art. 32(5).

⁴⁹ Art. 12 and 13(1) *e*.

⁵⁰ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, OJ 2001 L 12, p. 1. It applies among all the EU Member States except Denmark and replaces the Brussels Convention in the mutual relations between those States to which it applies. The same provisions apply to Denmark by virtue of the Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ 2005 L 299, pp. 61 and 62. The agreement was signed in Brussels in 2005 and will come into force on 1 July 2007.

⁵¹ Art. 4(2) of the Convention provides that a corporation is resident in each and all of the following: the State where it has its statutory seat; the State under whose law it was incorporated or formed; the State where it has its central administration; and the State where it has its principal place of business. It follows from this that a company could in theory be resident in four States. If any one of these is a Party to the Hague Convention but not a Member State of the European Community, the Hague Convention will prevail over the Brussels Regulation as far as jurisdiction is concerned.

⁵² It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

⁴⁴ Under Art. 238 of the *Treaty Establishing the European Community* (EC Treaty), the Court of Justice of the European Communities has jurisdiction pursuant to an “arbitration clause” (in reality, a choice of court clause) in a contract concluded by or on behalf of the Community. This jurisdiction is exercised by the Court of First Instance: Art. 225(1) EC Treaty. Thus, if the European Commission concluded a commercial contract with a company resident outside the European Community, a choice of court clause in such a contract in favour of the Court of Justice of the European Communities (Court of First Instance) would be covered by the Convention.

⁴⁵ For the position where a matter subject to a declaration under Art. 21 arises as a preliminary issue, see Art. 10(4).

tribunal de district de Rotterdam, la Convention prévaudra. Si, par contre, une société belge et une société allemande choisissent le tribunal de Rotterdam, le Règlement de Bruxelles prévaudra. En pratique, les conflits de compétence entre les deux instruments devraient être rares. L'exception la plus importante concerne la règle de litispendance, qui prévaut sur un accord d'élection de for dans le cadre du Règlement de Bruxelles⁵³ mais non dans le cadre de la Convention.

27 À l'égard de la reconnaissance et de l'exécution des jugements, le Règlement de Bruxelles prévaudra lorsque le tribunal ayant rendu le jugement et le tribunal auquel est présentée la demande de reconnaissance sont tous deux situés dans la Communauté européenne. Cela signifie que les motifs généralement plus limités de refus de reconnaissance prévus par l'article 34 du Règlement de Bruxelles s'appliqueront au lieu des motifs plus larges prévus par l'article 9 de la Convention; notamment, le tribunal requis ne pourra normalement pas examiner si le tribunal d'origine était compétent. Dans la plupart des cas, cela devrait faciliter l'exécution du jugement.

28 **Accords non exclusifs d'élection de for.** En général, la Convention ne s'applique qu'aux accords exclusifs d'élection de for. Toutefois, l'article 22 prévoit un système de déclarations réciproques étendant les dispositions de la Convention en matière de reconnaissance et d'exécution aux accords non exclusifs d'élection de for. Les jugements en application de tels accords seront reconnus et exécutés si l'État d'origine ainsi que l'État requis ont fait une telle déclaration, à condition que les exigences exposées au second paragraphe de l'article 22 soient satisfaites.

29 **Domaines particuliers du droit.** Il pourrait être utile de conclure ce résumé en examinant l'effet de la Convention sur certains domaines particuliers du droit. Quelques-uns seulement seront examinés ci-dessous.

30 **Navigation maritime et transports.** L'article 2(2) *f*) exclut le transport de passagers et de marchandises du champ d'application de la Convention. Il s'agit du transport maritime, terrestre et aérien. L'article 2(2) *g*) exclut la pollution marine, la limitation de responsabilité pour des demandes en matière maritime, les avaries communes, ainsi que le remorquage et le sauvetage d'urgence. D'autres domaines du droit maritime sont couverts⁵⁴.

31 **Assurances.** Les assurances (y compris les assurances maritimes) relèvent entièrement de la Convention. La Convention indique expressément qu'un contrat d'assurance (ou de réassurance) n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'il concerne une matière exclue⁵⁵. Par exemple, bien que le transport maritime de marchandises soit exclu du champ d'application de la Convention, un contrat d'assurance de marchandises transportées par mer ne l'est pas. Il est également expressément prévu⁵⁶ que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement relatif à la responsabilité en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance ne peuvent pas être limitées ou refusées au motif que la responsabilité en vertu de ce contrat concerne une matière à laquelle la Convention ne s'applique pas. En outre, si l'assureur accepte d'indemniser l'assuré contre l'obligation de verser des dommages et intérêts punitifs, un jugement en vertu du contrat d'assurance ne pourra pas se voir refuser l'exécution au seul motif que la condamnation à des dommages et

intérêts punitifs ne pourrait elle-même recevoir exécution du fait de l'article 11.

32 **Secteur bancaire et de la finance.** Les secteurs de la banque et de la finance relèvent entièrement du champ d'application de la Convention. Les contrats de prêt internationaux font cependant souvent l'objet d'un accord non exclusif d'élection de for. En pareil cas, la Convention ne s'appliquerait pas à moins que les États en cause n'aient fait une déclaration en application de l'article 22. Un accord d'élection de for asymétrique (un accord d'élection de for en vertu duquel l'une des parties peut engager une instance uniquement devant le tribunal désigné, mais l'autre partie peut poursuivre devant d'autres tribunaux également) n'est pas considéré comme étant exclusif aux fins de la Convention.

33 **Propriété intellectuelle.** L'application de la Convention à la propriété intellectuelle a fait l'objet d'intenses négociations. L'issue a été de faire une distinction entre le droit d'auteur et les droits voisins, d'une part, et les autres droits de propriété intellectuelle (tels que brevets, marques, dessins et modèles), d'autre part. Nous traiterons de ces deux types de droits séparément.

34 **Droits d'auteur et droits voisins.** Les droits d'auteur et droits voisins relèvent entièrement de la Convention. Il en est ainsi même lorsque le différend porte sur la validité. Toutefois, un jugement ne pouvant recevoir exécution en vertu de la Convention qu'à l'encontre de personnes liées par l'accord d'élection de for, un jugement de validité ne peut jamais être opposable aux tiers *en vertu de la Convention*⁵⁷. En conséquence, un jugement selon lequel un droit d'auteur n'est pas valable ne lie pas les tiers en vertu de la Convention⁵⁸.

35 **Droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins.** L'article 2(2) *n*) exclut du champ d'application de la Convention la validité des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins. Les procédures d'annulation ou de demande d'invalidité ne sont donc pas couvertes.

36 **Contrats de licence.** La Convention s'applique aux contrats de licence et autres contrats portant sur la propriété intellectuelle. Si le contrat comporte un accord d'élection de for, un jugement du tribunal élu ordonnant le paiement de redevances pourra recevoir exécution en vertu de la Convention.

37 **Contestation de la validité à titre de défense**⁵⁹. Si le concédant poursuit le concessionnaire pour obtenir le paiement de redevances, ce dernier pourra réagir en faisant valoir que le droit de propriété intellectuelle n'est pas valable. Cela pourrait constituer une défense à l'encontre de cette demande, à moins que le contrat de licence ne comporte une clause stipulant que les redevances sont exigibles en dépit de toute contestation de la validité du droit de propriété intellectuelle (en supposant qu'une telle clause soit licite). Si l'obligation de verser les redevances n'existe que si le droit est valable, le tribunal connaissant de la demande de paiement de redevances devra trancher la question de la validité. Cela ne signifie pas que la demande de paiement de redevances cessera de relever de la Convention⁶⁰. Toutefois, la décision préalable en matière de validité n'a pas droit à la reconnaissance en vertu de la Convention⁶¹.

⁵³ En vertu du Règlement de Bruxelles, si un tribunal d'un autre État de la Communauté européenne est saisi avant le tribunal élu, ce dernier doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal saisi en premier se dessaisisse: *Gasser c. MISAT*, Affaire C-116/02, Cour de justice des Communautés européennes, [2003] Rec. I-14721, disponible à l'adresse <<http://curia.europa.eu/>>. En vertu de la Convention, c'est l'inverse. Voir *infra*, para. 295 à 301.

⁵⁴ Voir *infra*, para. 59.

⁵⁵ Art. 17(1).

⁵⁶ Art. 17(2).

⁵⁷ L'opposabilité est parfois désignée effet « *erga omnes* ».

⁵⁸ Il en est de même des autres droits de propriété intellectuelle. Par ex., un jugement portant sur la propriété de marchandises ne peut être opposable aux tiers en vertu de la Convention. Dans tous les cas, cependant, le jugement pourra être opposable sur un autre fondement.

⁵⁹ Voir *infra*, para. 77.

⁶⁰ Art. 2(3). Il en serait de même en cas de demande reconventionnelle d'annulation de la part du concessionnaire.

⁶¹ Art. 10(1).

will prevail; if, on the other hand, a Belgian company and a German company choose the Rotterdam court, the Brussels Regulation will prevail. In practice, conflicts of a jurisdictional nature between the two instruments are likely to be rare. The most important exception concerns the *lis pendens* rule, which prevails over a choice of court agreement under the Brussels Regulation⁵³ but does not do so under the Convention.

27 With regard to the recognition and enforcement of judgments, the Brussels Regulation will prevail where the court that granted the judgment and the court in which recognition is sought are both located in the European Community. This means that the generally more limited grounds for non-recognition laid down in Article 34 of the Brussels Regulation will apply in place of the wider grounds in Article 9 of the Convention; in particular, the court addressed may not normally consider whether the court of origin had jurisdiction. In most cases, this should make it easier to enforce the judgment.

28 **Non-exclusive choice of court agreements.** In general, the Convention applies only to exclusive choice of court agreements. However, Article 22 provides for a system of reciprocal declarations extending the recognition and enforcement provisions of the Convention to non-exclusive choice of court agreements. Judgments pursuant to such agreements will be recognised and enforced if both the State of origin and the requested State have made such a declaration, provided the conditions laid down in the second paragraph of Article 22 are met.

29 **Particular branches of the law.** It might be useful to conclude this outline by considering the effect of the Convention on certain particular branches of the law. Only a limited number will be considered.

30 **Shipping and transport.** Article 2(2) *f* excludes carriage of passengers and goods from the scope of the Convention. This covers carriage by sea, as well as by land and air. Article 2(2) *g* excludes marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average and emergency towage and salvage. Other areas of shipping law are covered.⁵⁴

31 **Insurance.** Insurance (including marine insurance) is fully covered by the Convention. The Convention expressly states that a contract of insurance (or reinsurance) is not outside the scope of the Convention just because it relates to a matter that is excluded.⁵⁵ For example, though carriage of goods by sea is excluded, a contract to insure goods carried by sea is not excluded. It is also expressly provided⁵⁶ that recognition and enforcement of a judgment in respect of liability under the terms of a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability under that contract relates to a matter to which the Convention does not apply. Moreover, if the insurer agrees to indemnify the insured for liability to pay punitive damages, a judgment under the contract of insurance cannot be

refused enforcement just because the award of punitive damages might not itself be enforced by virtue of Article 11.

32 **Banking and finance.** Banking and finance are fully within the scope of the Convention. International loan agreements are, however, often subject to a non-exclusive choice of court clause. In such a case, the Convention would not apply unless the States concerned had made a declaration under Article 22. An asymmetric choice of court agreement (a choice of court agreement under which one party may bring proceedings exclusively in the designated court, but the other party may sue in other courts as well) is not regarded as exclusive for the purposes of the Convention.

33 **Intellectual property.** The application of the Convention to intellectual property was subject to intense negotiation. The outcome was to make a distinction between copyright and related rights, on the one hand, and other intellectual property rights (such as patents, trade marks and designs), on the other hand. We shall treat these two classes of rights separately.

34 **Copyright and related rights.** Copyright and related rights (neighbouring rights) are fully covered by the Convention. This is the case even with regard to disputes as to validity. However, since a judgment is enforceable under the Convention only as against persons bound by the choice of court agreement, a judgment on validity can never have *in rem*⁵⁷ effect under the Convention; consequently, a judgment that a copyright is invalid is not, under the Convention, binding on third parties.⁵⁸

35 **Intellectual property rights other than copyright and related rights.** Article 2(2) *n*) excludes the validity of intellectual property rights other than copyright and related rights from the scope of the Convention. Thus, proceedings for revocation or for a declaration of invalidity are not covered.

36 **Licensing agreements.** The Convention applies to licensing agreements and other contracts concerning intellectual property. If the agreement contains a choice of court clause, a judgment by the chosen court ordering payment of royalties will be enforceable under the Convention.

37 **Challenging validity as a defence.**⁵⁹ If the licensor sues the licensee for payment of royalties, the latter may respond by claiming that the intellectual property right is invalid. This might constitute a defence to the claim, unless the licensing agreement contains a clause that royalties are due regardless of any challenge to the validity of the intellectual property right (assuming such a clause is legal). If the obligation to pay royalties exists only if the right is valid, the court hearing the claim for payment of royalties will have to decide the validity issue. This does not mean that the claim for payment of royalties ceases to be covered by the Convention.⁶⁰ However, the preliminary ruling on validity is not entitled to recognition under the Convention.⁶¹

⁵³ Under the Brussels Regulation, if a court of another European Community Member State is seised before the chosen court, the latter must stay the proceedings before it until the court first seised relinquishes jurisdiction: *Gasser v. MISAT*, Case C-116/02, Court of Justice of the European Communities, [2003] ECR I-14721, available at <<http://curia.europa.eu/>>. Under the Convention, the opposite is the case. See *infra*, paras 295 to 301.

⁵⁴ See *infra*, para. 59.

⁵⁵ Art. 17(1).

⁵⁶ Art. 17(2).

⁵⁷ *In rem* effect is sometimes also called “*erga omnes*” effect.

⁵⁸ This applies equally to other property rights. For example, a judgment on the ownership of goods cannot have *in rem* effect under the Convention. In all cases, however, the judgment may have *in rem* effect on some other basis.

⁵⁹ See para. 77, *infra*.

⁶⁰ Art. 2(3). The same would be true if the licensee counterclaims for revocation.

⁶¹ Art. 10(1).

38 **Exécution d'un jugement fondé sur une décision préalable.** Si une procédure est engagée en vue de faire exécuter le jugement accordant le paiement de redevances, et que ce jugement est fondé sur une décision préalable sur la validité du droit de propriété intellectuelle, le tribunal requis pourra refuser l'exécution du jugement si la décision préalable est incompatible avec un jugement⁶² sur la validité du droit de propriété intellectuelle rendu par le tribunal compétent de l'État du droit duquel le droit de propriété intellectuelle découle (généralement l'État d'enregistrement)⁶³. En outre, si une procédure relative à la validité du droit est pendante dans cet État, le tribunal requis pourra suspendre la procédure d'exécution dans l'attente de l'issue de la procédure relative à la validité. S'il ne lui est pas possible de surseoir à statuer, il peut se dessaisir, à condition qu'il soit possible d'engager une nouvelle procédure une fois la question de validité tranchée⁶⁴.

39 **Procédure en contrefaçon.** L'article 2(2) *o*) exclut de la Convention les procédures relatives à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins. Il y a cependant une importante exception. Une procédure qui a été engagée ou pourrait avoir été engagée au titre d'une violation d'un contrat entre les parties n'est pas exclue du champ d'application de la Convention. Cela concernera les procédures fondées sur une violation alléguée d'un contrat de licence, mais n'est pas limité à de tels contrats. Si le contrat de licence permet au concessionnaire d'utiliser le droit de certaines manières mais pas d'autres, il aura commis une faute contractuelle s'il l'utilise d'une manière interdite. Toutefois, comme il ne serait plus protégé par la licence, il pourrait également avoir commis une contrefaçon du droit de propriété intellectuelle. L'exception à l'article 2(2) *o*) dispose qu'une telle procédure relève de la Convention. Il en est ainsi même si elle est engagée sur une base délictuelle plutôt que contractuelle : une instance en contrefaçon est couverte, même engagée sur une base délictuelle, à condition qu'*il ait été possible* de l'engager sur une base contractuelle.

TROISIÈME PARTIE : COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE

Article premier – Champ d'application

40 **Trois limitations.** Le premier paragraphe de l'article premier précise que le champ d'application de la Convention est limité de trois manières : elle ne s'applique qu'aux situations internationales ; elle ne s'applique qu'aux accords exclusifs d'élection de for (bien que cela soit sous réserve de l'art. 22) ; et elle ne s'applique qu'en matière civile ou commerciale.

41 **Définition du terme « international » à l'égard de la compétence.** L'article 1(2) définit le terme « international » aux fins des règles de compétence (figurant au chapitre II de la Convention). Il indique qu'une situation est internationale sauf si les deux conditions suivantes sont réunies : premièrement, les parties résident⁶⁵ dans le même État contractant et deuxièmement, les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige (quel que soit le lieu du tribunal élu) ne sont liés qu'à cet État. Cela signifie que les règles de compétence de la Convention s'appliqueront soit si les parties ne sont pas résidentes du même État, soit si un autre élément

pertinent du litige (autre que la situation du tribunal élu) a un lien avec un autre État.

42 L'effet de cette règle sera clarifié par un exemple. Supposons que les parties au contrat soient toutes deux résidentes au Portugal⁶⁶. Le contrat est conclu au Portugal et doit y être exécuté. Les parties choisissent un tribunal au Japon. Aucun élément pertinent (autre que la situation du tribunal élu) n'est lié à un État autre que le Portugal. Une telle situation ne sera pas internationale aux fins des règles de compétence de la Convention. Il en résulte que si l'une des parties au contrat poursuit l'autre au Portugal, la Convention n'imposera pas au tribunal portugais d'appliquer l'article 6 (afin de déterminer s'il a le droit de statuer sur l'affaire). Si la procédure est engagée devant le tribunal élu au Japon, le tribunal japonais ne sera pas tenu de connaître de l'affaire en vertu de la Convention⁶⁷. (Bien entendu, il est possible que les deux tribunaux, appliquant chacun son droit interne, parviennent à un résultat semblable à celui qui aurait été produit en vertu de la Convention si elle avait été applicable.)

43 Une autre conséquence de la même règle est que si les parties à un litige purement interne au Portugal choisissent un tribunal portugais, et que l'une des parties engageait alors une procédure dans un autre État contractant, les tribunaux de cet autre État ne seraient pas tenus en vertu de la Convention de se dessaisir de l'affaire. Toutefois, cette situation a peu de chances de se produire, car il est peu probable qu'un tribunal autre que portugais soit compétent en pareil cas.

44 **Définition du terme « international » à l'égard de la reconnaissance et de l'exécution.** L'article 1(3) définit le terme « international » aux fins de la reconnaissance et de l'exécution (chapitre III de la Convention). Il indique simplement qu'une situation est internationale à cet effet lorsque le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée est étranger. De ce fait, une affaire qui n'était pas internationale en vertu de l'article 1(2) lors du prononcé du jugement initial le devient si celui-ci doit être reconnu ou exécuté dans un autre État contractant.

45 Ainsi, si dans l'exemple du paragraphe 42, le tribunal élu est situé au Portugal, tout jugement qu'il rend aura droit à être reconnu et exécuté dans tous les autres États contractants, même si la situation est strictement interne au Portugal. Cette approche de définition du terme « international » pourrait s'avérer importante en pratique, car le défendeur pourrait retirer ses biens du Portugal. C'est pour garantir ce résultat que deux définitions différentes du terme « international » ont été adoptées.

46 Cependant, la règle aura d'autres conséquences. Si (dans une situation par ailleurs strictement interne au Portugal), deux résidents du Portugal choisissent un tribunal japonais, et que l'un d'entre eux y poursuit l'autre et obtient une condamnation, la situation deviendra internationale si une procédure est engagée pour obtenir l'exécution du jugement dans un autre État contractant. Le Portugal sera tenu par la Convention d'exécuter le jugement japonais, à moins qu'un tribunal portugais n'ait rendu un jugement incompatible dans

⁶² Y compris la décision d'un office des brevets ou autre autorité compétente.

⁶³ Art. 10(3) *a*). Toutefois, la reconnaissance et l'exécution ne peuvent être refusées que dans la mesure où le jugement est fondé sur la décision relative à la validité. Cela résulte du fait que l'art. 10(3) ne crée pas un motif indépendant de refus de reconnaissance, mais constitue simplement une réserve au motif établi par l'art. 10(2). Voir en outre *infra*, para. 197 et s.

⁶⁴ Art. 10(3) *b*). Le chapeau de l'art. 10(3) vise à la fois le refus de reconnaissance ou d'exécution et le différé de reconnaissance ou d'exécution. Le premier serait normalement approprié en vertu de l'alinéa *a*), et le second en vertu de l'alinéa *b*).

⁶⁵ Les règles de détermination de la résidence d'une entité ou personne autre qu'une personne physique figurent à l'art. 4(2).

⁶⁶ Dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

⁶⁷ Comme l'affaire ne relèverait pas de la Convention, il ne serait pas nécessaire que le Japon ait fait une déclaration en vertu de l'art. 19. Une déclaration en vertu de l'art. 19 ne serait nécessaire que si la situation comportait un élément étranger allant au-delà des liens avec le Portugal, mais que cet élément étranger n'était pas lié au Japon (par ex., la résidence d'une partie en Chine). En pareil cas, la Convention serait applicable en vertu de l'art. 1(2), le tribunal japonais serait donc tenu de connaître du litige. Le Japon pourrait se soustraire à cette obligation au moyen d'une déclaration en vertu de l'art. 19.

38 **Enforcement of a judgment based on a preliminary ruling.** If proceedings are brought to enforce the judgment for payment of royalties, and if that judgment was based on a preliminary ruling on the validity of the intellectual property right, the court addressed may refuse to enforce the judgment if the preliminary ruling is inconsistent with a judgment⁶² on the validity of the intellectual property right given by the appropriate court in the State under the law of which the intellectual property right arose (usually the State of registration).⁶³ Moreover, if proceedings on the validity of the right are pending in that State, the court addressed may suspend the enforcement proceedings to await the outcome of the proceedings on the validity. If it is not possible for it to suspend the proceedings, it may dismiss them, provided that new proceedings may be brought once the question of validity has been settled.⁶⁴

39 **Infringement proceedings.** Article 2(2) *o* excludes from the Convention proceedings for the infringement of intellectual property rights other than copyright and related rights. This, however, is subject to an important exception. Infringement proceedings that are brought, or could have been brought, for breach of a contract between the parties are not excluded from the scope of the Convention. This applies to proceedings following an alleged breach of a licensing agreement, though it is not limited to such agreements. If the licensing agreement permits the licensee to use the right in certain ways but not others, he will have committed a breach of contract if he uses the right in a way that is forbidden. However, since he would no longer be protected by the licence, he might also be guilty of infringement of the intellectual property right. The exception to Article 2(2) *o* provides that such an action is covered by the Convention. This applies even if it is brought in tort, rather than in contract: infringement actions are covered, even if brought in tort, provided they *could have been* brought in contract.

PART III: ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY

Article 1 – Scope

40 **Three limitations.** The first paragraph of Article 1 makes clear that the scope of the Convention is limited in three ways: it applies only in international cases; it applies only to exclusive choice of court agreements (though this is subject to Art. 22); and it applies only in civil or commercial matters.

41 **Definition of “international” with regard to jurisdiction.** Article 1(2) defines “international” for the purposes of the rules on jurisdiction (found in Chapter II of the Convention). It states that a case is international unless both the following conditions are satisfied: first, the parties are resident⁶⁵ in the same Contracting State; and, secondly, the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute (regardless of the location of the chosen court) are connected only with that State. This means that the jurisdictional rules of the Convention will apply either if the parties are not resident in the same State, or if some other element relevant to

the dispute (other than the location of the chosen court) has a connection with some other State.

42 The effect of this rule will be clearer if we give an example. Assume that the parties to the contract are both resident in Portugal.⁶⁶ The contract is made in Portugal and to be performed there. They choose a court in Japan. No relevant element (other than the location of the chosen court) relates to any State other than Portugal. Such a case will not be international for the purpose of the jurisdictional rules of the Convention. As a result, if one party to the contract sues the other in Portugal, the Convention will not require the Portuguese court to apply Article 6 (to establish whether it is allowed to proceed in the case). If proceedings are brought before the chosen court in Japan, the Japanese court will not be required to hear the case under the Convention.⁶⁷ (Of course, it is possible that both courts, applying their national laws, would reach a result similar to that which would have occurred under the Convention if it had been applicable.)

43 Another consequence of the same rule is that if the parties in a case that is purely domestic to Portugal had chosen a Portuguese court, and one of them had then sued in another Contracting State, the courts of that other State would not be obliged under the Convention to dismiss the proceedings. However, this situation is unlikely to occur, since it is improbable that any court other than a Portuguese court would have jurisdiction in such a case.

44 **Definition of “international” with regard to recognition and enforcement.** Article 1(3) defines “international” for the purposes of recognition and enforcement (Chapter III of the Convention). It states simply that a case is international for such purposes if the judgment to be recognised or enforced is foreign. As a result, a case that was not international under Article 1(2) when the original judgment was given becomes international if it is to be recognised or enforced in another Contracting State.

45 Thus, if, in the example in paragraph 42, the chosen court is located in Portugal, any judgment by it will be entitled to recognition and enforcement in other Contracting States, even if the situation is entirely internal to Portugal. This approach to defining “international” could prove important in practice, since the defendant might move his assets out of Portugal. It was to ensure this result that two different definitions of “international” were adopted.

46 However, the rule will have other consequences. If (in a situation that is otherwise purely internal to Portugal) two residents of Portugal choose a Japanese court, and one of them sues the other there and obtains a judgment, the case will become international if proceedings are brought to enforce the judgment in another Contracting State. Portugal will be required by the Convention to enforce the Japanese judgment, unless a Portuguese court has given an inconsis-

⁶² This includes the decision of a patent office or other competent authority.

⁶³ Art. 10(3) *a*). However, recognition and enforcement may be refused only to the extent that the judgment is based on the ruling on validity. This follows from the fact that Art. 10(3) does not create an independent ground of non-recognition, but merely qualifies the ground laid down in Art. 10(2). See further *infra*, paras 197 *et seq.*

⁶⁴ Art. 10(3) *b*). The *chapeau* to Art. 10(3) refers to both refusal to recognise or enforce and postponement of recognition or enforcement. The former would normally be appropriate under sub-para. *a*) and the latter under sub-para. *b*).

⁶⁵ The rules for determining the residence of an entity or person other than a natural person are set out in Art. 4(2).

⁶⁶ In all examples given in this Report, it is assumed that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

⁶⁷ Since the case would not be covered by the Convention, it would not be necessary for Japan to have made a declaration under Art. 19. A declaration under Art. 19 would be necessary only where the case had a foreign element going beyond connections with Portugal, but where that foreign element was not connected with Japan (for example, the residence of a party in China). In such a case, the Convention would be applicable under Art. 1(2); the Japanese court would, therefore, be obliged to hear the case. Japan could avoid this obligation by making a declaration under Art. 19.

une procédure entre les mêmes parties⁶⁸, ou que le Portugal n'ait fait une déclaration en vertu de l'article 20⁶⁹.

47 **Accords exclusifs d'élection de for.** Une raison importante de limiter la Convention aux accords exclusifs d'élection de for était d'éviter les problèmes qui seraient survenus en matière de litispendance dans le cas contraire.

48 L'article 5 (qui impose au tribunal élu de connaître de l'affaire) ne pourrait pas s'appliquer sous sa forme actuelle aux accords non exclusifs d'élection de for, car un tribunal autre que le tribunal élu pourrait avoir été saisi en premier, et il pourrait avoir également le droit de connaître de l'affaire si l'accord d'élection de for n'était pas exclusif. Cela soulèverait des questions de litispendance et de *forum non conveniens* difficiles à résoudre de manière satisfaisante. En outre, l'article 6 (qui interdit aux tribunaux autres que le tribunal élu de connaître de l'affaire) ne pourrait pas s'appliquer si l'accord d'élection de for n'était pas exclusif. Ces arguments ne s'appliquent pas dans la même mesure au stade de la reconnaissance et de l'exécution. Par conséquent, l'article 22 permet aux États contractants de faire des déclarations réciproques étendant les dispositions de la Convention en matière de reconnaissance et d'exécution aux accords non exclusifs d'élection de for, si certaines conditions sont remplies⁷⁰.

49 **Matière civile ou commerciale.** Comme d'autres concepts utilisés dans la Convention, la « matière civile ou commerciale » a un sens autonome : elle n'implique pas une référence au droit interne ou à d'autres instruments. La limitation à la matière civile ou commerciale est courante dans les conventions internationales de ce type. Elle a pour objet principal d'exclure le droit public et le droit pénal⁷¹. La raison de l'utilisation du terme de « commerciale » en plus de celui de « civile » est que dans certains systèmes juridiques, les catégories de « civile » et « commerciale » sont considérées comme distinctes et s'excluant mutuellement. L'utilisation des deux termes est utile pour ces systèmes juridiques. Elle ne nuit pas à l'égard des systèmes dans lesquels les procédures commerciales sont un sous-ensemble des procédures civiles⁷². Toutefois, certaines matières relevant clairement de la catégorie des matières civiles ou commerciales sont néanmoins exclues du champ d'application de la Convention par l'article 2⁷³.

Article 2 – Exclusions du champ d'application

50 **Contrats de consommation.** L'article 2(1) a) dispose que la Convention ne s'applique pas aux accords d'élection de for auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) est partie. Cette exclusion couvre un contrat entre un consommateur et un non-consommateur, de même qu'un contrat entre deux consommateurs⁷⁴.

⁶⁸ Art. 9 f). Il n'est pas nécessaire que le jugement portugais soit rendu avant le jugement japonais.

⁶⁹ Voir *infra*, para. 231 et s.

⁷⁰ Voir *infra*, para. 240 et s.

⁷¹ Cependant, le seul fait qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, est partie à un litige n'exclut pas celui-ci du champ d'application de la Convention : art. 2(5), discuté ci-dessous, aux para. 85 et 86.

⁷² Pour une discussion plus détaillée de la « matière civile ou commerciale », voir para. 22 à 28 du Rapport Nygh / Pocar (*supra*, note 11).

⁷³ Voir *infra*, para. 50 et s. L'art. 1(1) de l'avant-projet de Convention 1999 comportait une autre disposition indiquant expressément que la Convention ne s'appliquait pas en matière fiscale, douanière ou administrative. Cette disposition n'a pas été reprise dans les projets ultérieurs car elle a été jugée inutile ; il a été considéré comme évident que de telles matières ne sauraient être civiles ou commerciales.

⁷⁴ Certains accords auxquels une personne physique est partie ne sont pas exclus par l'art. 2(1) a), par ex., des accords commerciaux auxquels un entrepreneur individuel (une personne physique agissant dans le cadre de son activité commerciale) est partie. Lorsque l'accord est conclu par une personne morale, il n'est pas nécessaire qu'elle agisse dans le cadre d'une activité commerciale. L'art. 2(1) a) n'exclurait pas un accord d'élection de for conclu par un organisme gouvernemental ou une association philanthropique.

51 **Contrats de travail.** L'article 2(1) b) exclut du champ d'application de la Convention les accords d'élection de for relatifs aux contrats de travail, y compris les conventions collectives. Un contrat de travail est un contrat entre un employeur et un salarié individuel ; une convention collective est un contrat entre un employeur ou groupe d'employeurs et un groupe de salariés ou une organisation telle qu'un syndicat qui les représente. L'exclusion s'applique également aux actions fondées sur la responsabilité délictuelle résultant de la relation de travail – par exemple, si un salarié subit un dommage corporel au travail⁷⁵.

52 **Autres matières exclues.** L'article 2(2) indique que la Convention ne s'applique pas aux matières énumérées aux alinéas a) à p)⁷⁶. Toutefois, comme le précise l'article 2(3), cette exclusion ne s'applique que lorsque l'une des matières visées au paragraphe 2 est un « objet »⁷⁷ du litige⁷⁸. Cela signifie qu'un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention si l'une de ces matières est soulevée à titre préalable dans une procédure ayant un objet différent⁷⁹.

53 Diverses raisons ont présidé à l'exclusion des matières visées à l'article 2(2). Dans certains cas, l'intérêt public ou l'intérêt des tiers est en cause, de sorte que les parties peuvent ne pas avoir le droit de régler la question entre elles. En pareil cas, un tribunal particulier aura souvent une compétence exclusive qui ne peut être éludée au moyen d'un accord d'élection de for. Dans d'autres cas, d'autres régimes juridiques multilatéraux sont applicables, de sorte que la Convention n'est pas utile. Il se révélerait en outre parfois difficile de déterminer quel instrument prévaudrait si la Convention devait également couvrir un tel domaine⁸⁰.

54 **État et capacité.** L'alinéa a) concerne l'état et la capacité des personnes physiques. Cela comprend les procédures de divorce, d'annulation du mariage ou de filiation des enfants.

55 **Droit de la famille et successions.** Les alinéas b) à d) concernent le droit de la famille et les successions⁸¹. À l'alinéa b), « obligations alimentaires » inclut les aliments envers les enfants. À l'alinéa c), « régimes matrimoniaux » comprend les droits particuliers d'un conjoint portant sur le domicile conjugal dans certains ressorts, alors que les termes « relations similaires » recouvrent les relations entre couples non mariés, dans la mesure où elles bénéficient d'une reconnaissance légale⁸².

56 **Insolvabilité.** L'alinéa e) exclut l'insolvabilité, les concordats et les matières analogues. Le terme « insolvabilité » recouvre la faillite des personnes physiques ainsi que

⁷⁵ Une telle procédure échapperait également au champ d'application de la Convention en application de l'art. 2(2) j). Dans certains États, la loi autorise le salarié à engager une procédure directe à l'encontre de l'assureur de l'employeur en matière de dommages corporels lorsque l'employeur est insolvable. Dans ces États, la Convention ne s'appliquerait pas non plus à la demande directe du salarié à l'encontre de l'assureur de l'employeur, même s'il y avait un accord exclusif d'élection de for entre l'employeur et le salarié. L'art. 17 ne serait pas applicable ici, car la procédure ne serait pas « en vertu » du contrat d'assurance. Toutefois, l'art. 2(1) b) et l'art. 2(2) j) n'affecteraient pas les rapports entre l'employeur et l'assureur ; voir l'art. 17.

⁷⁶ Dans l'avant-projet de Convention 1999, certaines de ces matières sont visées à l'art. 12. Toutefois, dans ce projet, elles n'étaient pas exclues du champ d'application de la Convention mais faisaient l'objet de règles de compétence exclusive. Néanmoins, certaines observations du Rapport Nygh / Pocar sur l'art. 12 aident à la compréhension du texte définitif de la Convention.

⁷⁷ Comme le texte français (« objet »), le texte anglais utilise le terme « object », le terme utilisé précédemment dans certaines conventions de ce type (*cf.* art. 16 de la Convention de Bruxelles en anglais), mais le terme « subject », qui est peut-être plus courant dans les systèmes de *common law*, aurait pu aussi bien être utilisé. Il vise à désigner une matière dont la procédure traite directement.

⁷⁸ Pour un exemple voir *infra*, para. 75 et 77.

⁷⁹ Toutefois, la décision sur une question préalable n'est pas reconnue ou exécutée elle-même en vertu de la Convention : art. 10(1).

⁸⁰ Pour quelques exemples voir *infra*, para. 58 et 64.

⁸¹ Certaines de ces matières sont traitées par d'autres Conventions de La Haye.

⁸² Ces dispositions sont largement tirées des alinéas a) à d) de l'art. 1(2) de l'avant-projet de Convention 1999, et leur portée est examinée de manière plus détaillée aux para. 30 à 37 du Rapport Nygh / Pocar.

ent judgment in proceedings between the same parties,⁶⁸ or Portugal has made a declaration under Article 20.⁶⁹

47 Exclusive choice of court agreements. A significant consideration in limiting the Convention to exclusive choice of court agreements was to avoid the problems that would otherwise arise with regard to *lis pendens*.

48 Article 5 (which requires the chosen court to hear the case) could not apply as it stands to non-exclusive choice of court agreements, since a court other than the chosen court might have been seised first, and it might also be entitled to hear the case if the choice of court agreement was not exclusive. This would raise issues of *lis pendens* and *forum non conveniens* that would have been difficult to resolve in an acceptable way. Moreover, Article 6 (which prohibits courts other than that chosen from hearing the case) could not apply if the choice of court agreement was not exclusive. These arguments do not apply to the same extent at the stage of recognition and enforcement. Consequently, Article 22 allows Contracting States to make reciprocal declarations extending the recognition and enforcement provisions of the Convention to non-exclusive choice of court agreements, provided certain conditions are met.⁷⁰

49 Civil or commercial matters. Like other concepts used in the Convention, “civil or commercial matters” has an autonomous meaning: it does not entail a reference to national law or other instruments. The limitation to civil or commercial matters is common in international conventions of this kind. It is primarily intended to exclude public law and criminal law.⁷¹ The reason for using the word “commercial” as well as “civil” is that in some legal systems “civil” and “commercial” are regarded as separate and mutually exclusive categories. The use of both terms is helpful for those legal systems. It does no harm with regard to systems in which commercial proceedings are a sub-category of civil proceedings.⁷² However, certain matters that clearly fall within the class of civil or commercial matters are nevertheless excluded from the scope of the Convention under Article 2.⁷³

Article 2 – Exclusions from scope

50 Consumer contracts. Article 2(1) *a*) provides that the Convention does not apply to choice of court agreements to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party. This exclusion covers an agreement between a consumer and a non-consumer, as well as one between two consumers.⁷⁴

51 Employment contracts. Article 2(1) *b*) excludes from the scope of the Convention choice of court agreements relating to individual or collective contracts of employment. An individual contract of employment is one between an employer and an individual employee; a collective contract of employment is one between an employer or a group of employers and a group of employees or an organisation such as a trade union (labour union) representing them. The exclusion also applies to actions in tort arising out of the employment relationship – for example, if the employee suffers personal injury while at work.⁷⁵

52 Other excluded matters. Article 2(2) states that the Convention does not apply to the matters listed in sub-paragraphs *a*) to *p*).⁷⁶ However, as is made clear by Article 2(3), this exclusion applies only where one of the matters referred to in paragraph 2 is an “object” (the subject or one of the subjects)⁷⁷ of the proceedings.⁷⁸ This means that proceedings are not excluded from the scope of the Convention if one of these matters arises as a preliminary question in proceedings that have some other matter as their object / subject.⁷⁹

53 There are various reasons why the matters referred to in Article 2(2) are excluded. In some cases, the public interest, or that of third parties, is involved, so that the parties may not have the right to dispose of the matter between themselves. In such cases, a particular court will often have exclusive jurisdiction that cannot be ousted by means of a choice of court agreement. In other cases, other multilateral legal regimes apply; so the Convention is not needed, and it would sometimes also be difficult to decide which instrument prevails if the Convention were to cover such an area.⁸⁰

54 Status and capacity. Sub-paragraph *a*) concerns the status and capacity of natural persons. This includes proceedings for divorce, annulment of marriage or the affiliation of children.

55 Family law and succession. Sub-paragraphs *b*) to *d*) concern family law and succession.⁸¹ In sub-paragraph *b*), “maintenance” includes child support. In sub-paragraph *c*), “matrimonial property” includes the special rights that a spouse has to the matrimonial home in some jurisdictions; while “similar relationships” covers a relationship between unmarried couples, to the extent that it is given legal recognition.⁸²

56 Insolvency. Sub-paragraph *e*) excludes insolvency, composition and analogous matters. The term “insolvency” covers the bankruptcy of individuals as well as the winding-

⁷⁵ Such proceedings would also be outside the scope of the Convention by virtue of Art. 2(2) *j*). In some States, the law permits an employee to bring a direct action against the employer’s insurer with regard to personal injury claims where the employer is insolvent. In those States, the Convention would also not apply to the employee’s direct claim against the employer’s insurer even if there was an exclusive choice of court agreement between the employer and the employee. Art. 17 would not apply here, since the proceedings would not be “under” the contract of insurance. However, Art. 2(1) *b*) and Art. 2(2) *j*) would not affect the relationship between the employer and the insurer: see Art. 17.

⁷⁶ In the preliminary draft Convention 1999, some of these matters are referred to in Art. 12; however, in that draft they were not excluded from the scope of the Convention, but were subject to rules of exclusive jurisdiction. Nevertheless, some of the comments on Art. 12 in the Nygh / Pocar Report are helpful in understanding the final text of the Convention.

⁷⁷ Like the French text (“*objet*”), the English text uses the word “object”, the word previously used in some conventions of this kind (*cf.* Art. 16 of the Brussels Convention in English), but it might just as well have said “subject” as perhaps more commonly used in common law systems. It is intended to mean a matter with which the proceedings are directly concerned.

⁷⁸ For an example see *infra*, paras 75 and 77.

⁷⁹ However, the ruling on the preliminary question is not itself subject to recognition or enforcement under the Convention: Art. 10(1).

⁸⁰ For some examples see *infra*, paras 58 and 64.

⁸¹ Some of these matters are dealt with in other Hague Conventions.

⁸² These provisions are largely taken from sub-para. *a*) to *d*) of Art. 1(2) of the preliminary draft Convention 1999, and their scope is further examined at para. 30 to 37 of the Nygh / Pocar Report.

⁶⁸ Art. 9 *f*). The Portuguese judgment need not be given before the Japanese one.

⁶⁹ See paras 231 *et seq.*, *infra*.

⁷⁰ See paras 240 *et seq.*, *infra*.

⁷¹ However, proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party thereto: Art. 2(5), discussed at paras 85 and 86, *infra*.

⁷² For further discussion of “civil or commercial matters”, see para. 22 to 28 of the Nygh / Pocar Report (*supra*, note 11).

⁷³ See paras 50 *et seq.*, *infra*. Art. 1(1) of the preliminary draft Convention 1999 contained a further provision expressly stating that the Convention would not apply to revenue, customs or administrative matters. This provision was not included in later drafts because it was thought to be unnecessary: it was considered obvious that such matters could not be civil or commercial.

⁷⁴ Some agreements to which a natural person is a party are not excluded by Art. 2(1) *a*) – for example, commercial agreements where one party is a sole trader (an individual acting in the course of his business). Where the agreement is concluded by a legal person, it is not necessary for it to be acting in the course of business. Art. 2(1) *a*) would not exclude a choice of court agreement concluded by a government department or a charity.

la dissolution ou la liquidation judiciaire de personnes morales insolvable, mais ne recouvre pas la dissolution ou la liquidation judiciaire de personnes morales pour des motifs autres que l'insolvabilité, dont traite l'alinéa *m*). Le terme de « concordat » désigne les procédures dans le cadre desquelles le débiteur peut conclure des accords avec les créanciers en vue d'un moratoire pour le remboursement de dettes ou pour le règlement de ces dettes. Le terme « matières analogues » recouvre une large gamme d'autres méthodes permettant aux personnes ou entités insolvable de retrouver une solvabilité tout en poursuivant leur activité, telles que le chapitre 11 du Code fédéral de la faillite des États-Unis⁸³.

57 L'alinéa *e*) exclut les procédures concernant directement l'insolvabilité du champ d'application de la Convention. Supposons par exemple que A (résident de l'État X) et B (résident de l'État Y) concluent un contrat, en vertu duquel B doit à A une somme d'argent⁸⁴. Le contrat comporte un accord d'élection de for en faveur des tribunaux de l'État Z. A est alors déclaré en faillite dans le cadre d'une procédure dans l'État X. La Convention s'appliquerait à toute procédure à l'encontre de B pour le recouvrement de la dette, même si elle est engagée par la personne désignée pour administrer le patrimoine de A en faillite : à condition que la désignation en vertu du droit de l'insolvabilité de l'État X soit reconnue dans l'État Z, cette personne agirait au lieu et place de A, et serait liée par l'accord d'élection de for. Toutefois, la Convention ne s'appliquerait pas aux questions relatives à l'administration du patrimoine en faillite – par exemple, l'ordre de priorité entre créanciers.

58 **Transport de passagers et de marchandises.** L'alinéa *f*) exclut les contrats de transport national et international de passagers et de marchandises⁸⁵. Cela comprend le transport maritime, aérien et terrestre, ou toute combinaison de ces modes. Le transport international de passagers et de marchandises fait l'objet d'un certain nombre d'autres Conventions, par exemple les Règles de La Haye relatives aux connaissements⁸⁶. En excluant ces matières, la possibilité d'un conflit de conventions est évitée.

59 **Matières maritimes.** L'alinéa *g*) exclut cinq matières maritimes : la pollution marine, la limitation de responsabilité pour des demandes en matière maritime, les avaries communes, le remorquage d'urgence et le sauvetage d'urgence. L'application d'accords d'élection de for à ces matières soulèverait des difficultés pour certains États. Les autres matières maritimes sont incluses, par exemple, l'assurance maritime, le remorquage et le sauvetage en dehors des cas d'urgence, la construction navale, les hypothèques et privilèges portant sur des navires⁸⁷.

60 **Entraves à la concurrence.** Les questions d'entrave à la concurrence sont exclues par l'alinéa *h*). La terminologie de « *anti-trust / competition* » est utilisée dans le texte anglais parce que des termes différents sont utilisés dans des pays et systèmes juridiques différents pour désigner des règles dont la teneur matérielle est semblable (mais pas nécessairement identique). Le terme courant aux États-Unis est « droit anti-trust ». En Europe on parle de « droit de la concurrence ». La Convention utilise donc les deux termes. L'alinéa *h*) ne recouvre pas ce qui est désigné en français sous l'expression

« concurrence déloyale » – par exemple la publicité mensongère ou la concurrence parasitaire⁸⁸.

61 Les procédures pénales pour entrave à la concurrence ne sont pas des matières civiles ou commerciales ; elles échappent donc au champ d'application de la Convention en vertu de l'article 1(1)⁸⁹.

62 Toutefois, les entraves à la concurrence peuvent faire l'objet de procédures de droit privé. De telles instances peuvent résulter d'une relation contractuelle – par exemple, lorsque le demandeur, partie à une entente anticoncurrentielle, soulève la nullité de l'entente, ou qu'un acheteur demande le remboursement de prix excessifs versés au vendeur du fait d'une entente sur les prix ou d'un abus de position dominante par ce dernier⁹⁰. Une demande de dommages et intérêts fondée sur la responsabilité délictuelle pour entrave à la concurrence, possible à la fois aux États-Unis et dans l'Union européenne, ainsi que dans certains autres pays, en est un bon exemple. Ces procédures, même si elles sont engagées dans le cadre d'un accord d'élection de for, sont exclues par l'article 2(2) *h*), quand bien même elles se dérouleraient entre parties privées.

63 Par contre, si une personne en poursuit une autre en vertu d'un contrat, et que le défendeur prétend que le contrat est nul parce qu'il constitue une entrave à la concurrence, la procédure *n'est pas* en dehors du champ d'application de la Convention, car les entraves à la concurrence ne sont pas l'objet du litige, mais sont soulevées uniquement à titre de question préalable⁹¹. L'objet du litige est la demande en vertu du contrat : la question principale soumise au tribunal est celle de savoir si une condamnation doit être prononcée à l'encontre du défendeur parce qu'il a violé le contrat.

64 **Responsabilité en matière nucléaire.** L'alinéa *i*) exclut la responsabilité pour les dommages nucléaires. Ceux-ci font l'objet de diverses conventions internationales prévoyant que l'État dans lequel se produit l'accident nucléaire a une compétence exclusive à l'égard des demandes de dommages et intérêts en responsabilité civile résultant de l'accident⁹². Dans certains cas, l'article 26 accorde à ces conventions une priorité sur la présente Convention. Toutefois, il existe certains États disposant de centrales nucléaires qui ne sont Parties à aucune des conventions en matière de responsabilité nucléaire⁹³. De tels États seraient réticents à permettre l'engagement de procédures dans un autre État en vertu d'un accord d'élection de for, car, lorsque les exploitants des centrales nucléaires bénéficient d'une responsabilité limitée en vertu du droit de l'État en question, ou lorsque l'indemnisation des dommages est réalisée sur fonds publics, une procédure collective unique dans cet État en vertu de son droit interne serait nécessaire afin de parvenir à une solution uniforme en

⁸³ Il existe une disposition identique dans l'art. 1(2) *e*) de l'avant-projet de Convention 1999, et sa portée est examinée de manière plus détaillée aux para. 38 et 39 du Rapport Nygh / Pocar.

⁸⁴ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

⁸⁵ Les « marchandises » comprennent ici les bagages des passagers.

⁸⁶ Elles ont été adoptées en 1924 et modifiées par le Protocole de Bruxelles de 1968. Elles sont parfois dites « Règles de La Haye-Visby ».

⁸⁷ Voir *supra*, para. 30.

⁸⁸ Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (du premier au 9 décembre 2003), Procès-verbal No 13, p. 2 (déclaration du Président du Comité de rédaction, présentant le Document de travail No 39 de 2003, dont l'art. 1(3) *g*) était l'équivalent de l'art. 2(2) *h*) du texte définitif de la Convention); voir en outre le Procès-verbal No 1, p. 9 (Premier secrétaire); p. 10 (expert des États-Unis d'Amérique); Procès-verbal No 4, p. 1 (expert de la Nouvelle-Zélande); et p. 2 (expert de la Suisse). Le texte anglais visait ainsi à rendre le même sens que le texte français, qui utilise l'expression « les entraves à la concurrence », ce qui ne recouvre pas la concurrence déloyale.

⁸⁹ Cela concerne également les procédures quasi-pénales en vertu des art. 81 et 82 du *Traité instituant la Communauté européenne* 2002.

⁹⁰ Voir L. Radicati di Brozolo, « Antitrust Claims : Why exclude them from the Hague Jurisdiction and Judgments Convention », *European Competition Law Review* 2004, Vol. 25, No 12, p. 780 à 782.

⁹¹ Voir l'art. 2(3).

⁹² La *Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire* de 1960, et sa modification de 2004 ; la *Convention de 1963 complémentaire à la Convention de Paris de 1960*, et sa modification de 2004 ; la *Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, et sa modification de 1997 ; la *Convention de Vienne sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires de 1997* ; le *Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris de 1968*.

⁹³ Par ex., le Canada, la Chine, la Corée, les États-Unis d'Amérique et le Japon.

up or liquidation of corporations that are insolvent, but does not cover the winding-up or liquidation of corporations for reasons other than insolvency, which is dealt with by sub-paragraph *m*). The term “composition” refers to procedures whereby the debtor may enter into agreements with creditors in respect of a moratorium on the payment of debts or on the discharge of those debts. The term “analogous matters” covers a broad range of other methods whereby insolvent persons or entities can be assisted to regain solvency while continuing to trade, such as Chapter 11 of the United States Federal Bankruptcy Code.⁸³

57 Proceedings are excluded from the scope of the Convention under sub-paragraph *e*) if they directly concern insolvency. Assume, for example, that A (resident in State X) and B (resident in State Y) enter into a contract, under which B owes A a sum of money.⁸⁴ The contract contains a choice of court agreement in favour of the courts of State Z. A is then declared bankrupt as a result of proceedings in State X. The Convention would apply to any proceedings against B to recover the debt, even if they were brought by the person appointed to administer A’s bankrupt estate: provided that the appointment under the insolvency law of State X is recognised in State Z, that person would be standing in the shoes of A and would be bound by the choice of court agreement. However, the Convention would not apply to questions concerning the administration of the bankrupt estate – for example, the ranking of different creditors.

58 **Carriage of passengers or goods.** Sub-paragraph *f*) excludes contracts for the national and international carriage of passengers or goods.⁸⁵ This includes carriage by sea, land and air, or any combination of the three. The international carriage of persons or goods is subject to a number of other conventions, for example the Hague Rules on Bills of Lading.⁸⁶ By excluding these matters, the possibility of a conflict of conventions is avoided.

59 **Maritime matters.** Sub-paragraph *g*) excludes five maritime matters: marine pollution; limitation of liability for maritime claims; general average; emergency towage; and emergency salvage. The application of choice of court agreements to these matters would cause problems for some States. Other maritime (shipping) matters, for example, marine insurance, non-emergency towage and salvage, shipbuilding, ship mortgages and liens, are included.⁸⁷

60 **Anti-trust / competition.** Anti-trust / competition matters are excluded by sub-paragraph *h*). The exclusion is phrased as “anti-trust / competition” because different terms are used in different countries and legal systems for rules of similar (although not necessarily identical) substantive content. The standard term in the United States is “anti-trust law”; in Europe it is “competition law”. Therefore, both terms are used in the Convention. Sub-paragraph *h*) does not cover what is sometimes called “unfair competition” (in French,

concurrence déloyale) – for example, misleading advertising or passing one’s goods off as those of a competitor.⁸⁸

61 Criminal anti-trust / competition proceedings are not civil or commercial matters; therefore, they are outside the scope of the Convention by virtue of Article 1(1).⁸⁹

62 However, anti-trust / competition matters can form the subject of private-law proceedings. Such actions can arise from a contractual relationship – e.g. when a plaintiff who is a party to an anti-competitive agreement invokes the nullity of the agreement, or when a buyer seeks repayment of excessively high prices paid to his seller as a result of the latter having engaged in a price-fixing arrangement or abused its dominant position.⁹⁰ An action in tort for damages for breach of anti-trust / competition law, possible both in the United States and in the European Union, as well as in some other countries, is a prime example. These actions, even if brought under a choice of court agreement, are excluded by Article 2(2) *h*), even though they are between private parties.

63 On the other hand, if a person sues someone under a contract, and the defendant claims that the contract is void because it infringes anti-trust / competition law, the proceedings are *not* outside the scope of the Convention, since anti-trust / competition matters are not the object / subject of the proceedings, but arise merely as a preliminary question.⁹¹ The object / subject of the proceedings is the claim under the contract: the principal issue before the court is whether judgment should be given against the defendant because he or she has committed a breach of contract.

64 **Nuclear liability.** Sub-paragraph *i*) excludes liability for nuclear damage. This is the subject of various international conventions, which provide that the State where the nuclear accident takes place has exclusive jurisdiction over actions for damages for liability resulting from the accident.⁹² In some cases, Article 26 might give those conventions priority over this Convention. However, there are some States with nuclear power plants that are not parties to any of the nuclear-liability conventions.⁹³ Such States would be reluctant to allow legal proceedings to be brought in another State by virtue of a choice of court agreement, since, where the operators of the nuclear power plants benefit from limited liability under the law of the State in question, or where compensation for damage is paid out of public funds, a single collective procedure in that State under its internal law would be necessary in

⁸³ There is an identical provision in Art. 1(2) *e*) of the preliminary draft Convention 1999, and its scope is further examined at para. 38 to 39 of the Nygh / Pocar Report.

⁸⁴ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

⁸⁵ Here “goods” includes passengers’ luggage.

⁸⁶ They were adopted in 1924 and were amended by the Brussels Protocol of 1968. They are sometimes called the “Hague–Visby Rules”.

⁸⁷ See para. 30, *supra*.

⁸⁸ Minutes of the Special Commission on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (1 to 9 December 2003), Minutes No 13, p. 2 (statement by the Chairman of the Drafting Committee, introducing Working Document No 39 of 2003, Art. 1(3) *g*) of which was the equivalent of Art. 2(2) *h*) of the final text of the Convention); see further Minutes No 1, p. 9 (First Secretary); p. 10 (expert from the United States of America); Minutes No 4, p. 1 (expert from New Zealand); and p. 2 (expert from Switzerland). Thus, the English text was intended to mean the same as the French text, which uses the phrase “*les entraves à la concurrence*”, a phrase that does not cover unfair competition.

⁸⁹ This applies also to the quasi-criminal proceedings under Art. 81 and 82 of the Treaty establishing the European Community 2002.

⁹⁰ See L. Radicati di Brozolo, “Antitrust Claims: Why exclude them from the Hague Jurisdiction and Judgments Convention”, *European Competition Law Review* 2004, Vol. 25, No 12, p. 780, at 782.

⁹¹ See Art. 2(3).

⁹² The Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy 1960, and its 2004 amendment; the Convention Supplementary to the Paris Convention 1963, and its 2004 amendment; the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage 1963, and its 1997 amendment; the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage 1997; the Joint Protocol relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention 1988.

⁹³ For example, Canada, China, Japan, Korea and the United States of America.

matière de responsabilité et à une répartition équitable d'un fonds limité entre les victimes.

65 **Dommages corporels et moraux y afférents.** L'alinéa *j*) exclut les demandes au titre de dommages corporels et moraux y afférents engagées par ou pour le compte de personnes physiques. Les accords d'élection de for seront probablement rares en pareil cas. Il a été présenté à la Session diplomatique l'avis selon lequel les « dommages corporels et moraux y afférents » comprennent le choc nerveux (même s'il n'est pas accompagné d'une blessure corporelle) – par exemple, pour avoir assisté à la mort d'un membre de sa famille – mais pas l'humiliation ou l'atteinte aux sentiments – par exemple, pour une atteinte à la vie privée ou une diffamation⁹⁴.

66 **Dommages aux biens tangibles.** L'alinéa *k*) exclut les demandes de nature délictuelle⁹⁵ au titre de dommages aux biens tangibles ne naissant pas d'une relation contractuelle. Cette exclusion ne s'applique pas aux demandes contractuelles (dans quelque situation que ce soit) ; ni aux demandes de nature délictuelle résultant d'une relation contractuelle. Elle sera donc d'effet limité en pratique.

67 **Droits immobiliers.** L'alinéa *l*) exclut les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles. La référence aux droits réels doit être comprise comme concernant uniquement les demandes relatives à la propriété ou autres droits réels portant sur l'immeuble, et non les procédures concernant des immeubles et dont l'objet n'est pas un droit réel. Elle ne couvrirait donc pas une demande en dommages et intérêts au titre d'un immeuble (bien qu'une telle procédure puisse être exclue en vertu de l'alinéa *k*)), ni une demande d'indemnisation au titre de la violation d'un contrat de vente d'immeuble⁹⁶.

68 Les baux d'immeubles sont exclus pour plusieurs raisons. D'abord, dans certains pays, ils font l'objet d'une réglementation spéciale destinée à protéger le locataire. Dans la mesure où cette réglementation s'applique aux demeures particulières, le locataire serait un consommateur au sens de l'article 2(1) *a*) et le contrat serait exclu en vertu de cette disposition. Toutefois, la réglementation peut s'appliquer dans d'autres situations également. Ensuite, au cours des débats de la Session diplomatique, il est apparu que dans certains ressorts, certains baux sont considérés comme des droits réels et seraient donc exclus du champ d'application de la Convention par la première partie de l'alinéa *l*). Il a été jugé souhaitable de traiter tous les baux de la même manière dans le cadre de la Convention, quelle que soit leur qualification juridique en droit interne⁹⁷.

69 Une procédure ne serait pas exclue de la Convention lorsqu'elle ne concerne l'immeuble qu'indirectement – par exemple, une procédure concernant les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur en vertu d'un contrat de cession de fonds de commerce, même s'il comprend un engagement de céder le bail des locaux. Par contre, les procédures entre un bailleur et un preneur portant sur les termes d'un bail seraient exclues.

⁹⁴ Voir les Procès-verbaux de la Vingtième session, Commission II : le Procès-verbal No 20, para. 3 à 7 et le Procès-verbal No 24, para. 16 à 18. La Session diplomatique était consciente de ce que l'expression française de « dommages corporels et moraux y afférents » pourrait sembler plus étroite que le terme anglais « *personal injury* » en ce qu'elle ne recouvre le choc nerveux que s'il est accompagné d'une blessure corporelle. La Session diplomatique n'est pas parvenue à trouver un terme français exprimant de manière plus claire que l'exclusion de l'alinéa *j*) recouvre le choc nerveux même s'il s'agit du seul préjudice subi, sans recouvrir également l'atteinte aux sentiments ou à la réputation (par ex., la diffamation) comme le terme « dommages moraux » utilisé seul l'aurait fait. Il a donc été demandé que le Rapport expose clairement l'intention de la Session, plutôt que d'étendre l'exclusion dans le texte français au-delà de ce qui est exclu par le texte anglais.

⁹⁵ La responsabilité civile délictuelle est le concept de droit civil analogue à la notion de *tort* dans les systèmes juridiques de la *common law*.

⁹⁶ Le fait que le tribunal pourrait devoir trancher une question préalable concernant la propriété de l'immeuble n'affecterait pas cette situation : voir l'art. 2(3).

⁹⁷ Voir le Procès-verbal No 13 de la Vingtième session, Commission II, para. 46 à 87, et particulièrement les para. 56, 76, 84 et 86.

70 **Personnes morales.** L'alinéa *m*) exclut la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale, et la validité des décisions de ses organes⁹⁸. Il a été jugé inopportun que de telles matières, qui impliquent souvent les droits de tiers, soient soustraites à la compétence des tribunaux qui seraient par ailleurs compétents à leur égard, d'autant plus que cette compétence est souvent exclusive.

71 **Propriété intellectuelle.** Les alinéas *n*) et *o*) s'appliquent à la propriété intellectuelle. Ils font tous deux une distinction entre les droits d'auteur et droits voisins, d'une part, et tous les autres droits de propriété intellectuelle, d'autre part. Il en sera traité séparément.

72 **Droits d'auteur et droits voisins.** Les droits d'auteur et droits voisins relèvent intégralement de la Convention. Cela comprend les procédures relatives à la validité ou à la contrefaçon de ces droits. Toutefois, comme un jugement ne peut être reconnu ou exécuté en vertu de la Convention qu'à l'encontre de personnes liées par l'accord d'élection de for, un jugement relatif à la validité ne peut être opposable aux tiers en vertu de la Convention⁹⁹.

73 **Droits voisins.** Les droits voisins sont également désignés droits apparentés. Les exemples de droits voisins comprennent¹⁰⁰ : les droits des artistes interprètes (tels que acteurs et musiciens) portant sur leurs interprétations et exécutions, droits des producteurs d'enregistrements sonores (par exemple, enregistrements sur cassette et sur CD) portant sur leurs enregistrements, et droits des organismes de radiodiffusion portant sur leurs émissions de radio et de télévision¹⁰¹.

74 **Autres droits de propriété intellectuelle**¹⁰². Les alinéas *n*) et *o*) ne s'appliquent qu'aux droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins. L'alinéa *n*) exclut la validité de ces droits du champ d'application de la Convention. L'alinéa *o*) exclut la contrefaçon de ces droits, bien qu'il soit soumis à une importante exception. Ces deux questions seront examinées séparément.

75 **Validité.** Les procédures concernant la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin sont exclues de la Convention. Les procédures tendant à l'annulation d'un tel droit ou une déclaration de validité ou d'invalidité d'un tel droit sont donc exclues du champ d'application de la Convention. Toutefois, l'article 2(3) explicite que les procédures dans une matière relevant de la Convention n'en sont pas exclues du seul fait que la validité d'un droit de propriété intellectuelle est soulevée à titre préalable. Il en résulte que les procédures tendant à faire exécuter un contrat de licence portant sur un droit de propriété intellectuelle ne sont pas exclues du seul fait que le défendeur soulève une exception d'invalidité du droit. Toutefois, l'article 10(1) dispose que la décision sur la question préalable de la validité n'a pas droit à une reconnaissance indépendante dans les autres États contractants¹⁰³. Par contre, le dispositif¹⁰⁴ du jugement du tribunal dans la procédure en vertu de l'accord d'élection de for concernant le contrat de

⁹⁸ La même expression figure (avec des différences purement formelles) à l'art. 12(2) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure aux para. 170 et 171.

⁹⁹ L'opposabilité est parfois désignée effet « *erga omnes* ».

¹⁰⁰ Voir l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) 1994, partie II, section 1, ainsi que le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) de 1996 ; la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes (Genève, 1971) et la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organisations de radiodiffusion (Rome, 1961)

¹⁰¹ Voir ADPIC, art. 14.

¹⁰² Les paragraphes suivants du présent Rapport ne traitent que des droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins.

¹⁰³ Voir *infra*, para. 194 à 196.

¹⁰⁴ Pour la distinction entre le « dispositif » et des décisions sur des questions préliminaires, voir para. 194 et 195, *infra*.

order to have a uniform solution in respect of liability and an equitable distribution of a limited fund among the victims.

65 Personal injury. Sub-paragraph *j*) excludes claims for personal injury brought by or on behalf of natural persons. Choice of court agreements are likely to be rare in such cases. The view was presented to the Diplomatic Session that “personal injury” includes nervous shock (even if not accompanied by physical injury) – for example, from witnessing the death of a member of one’s family – but not humiliation or hurt feelings – for example, for an invasion of privacy or for defamation.⁹⁴

66 Damage to tangible property. Sub-paragraph *k*) excludes claims in tort or delict⁹⁵ for damage to tangible property that do not arise from a contractual relationship. This exclusion does not apply to contractual claims (in any situation); nor does it apply to claims in tort or delict that arise from a contractual relationship. So it will have only limited effect in practice.

67 Immovable property. Sub-paragraph *l*) excludes rights *in rem* in immovable property and tenancies in immovable property. The reference to rights *in rem* should be interpreted as relating only to proceedings concerning ownership of, or other rights *in rem* in, the immovable, not proceedings about immovables which do not have as their object / subject a right *in rem*. Thus it would not cover proceedings for damage to an immovable (though such proceedings might be excluded under sub-paragraph *k*)), nor would it cover a claim for damages for breach of a contract for the sale of land.⁹⁶

68 Tenancies in immovable property are excluded for several reasons. First, in some countries, they are subject to special legislation designed to protect the tenant. To the extent that this legislation applies to private homes, the tenant would constitute a consumer under Article 2(1) *a*) and the agreement would be excluded under that provision. However, the legislation may apply in other situations as well. Secondly, during the discussions at the Diplomatic Session it became clear that in some jurisdictions some tenancies are considered as rights *in rem* and would therefore be excluded from the scope of the Convention by the first part of sub-paragraph *l*). It was considered desirable to treat all tenancies the same way under the Convention, regardless of their legal characterisation in internal law.⁹⁷

69 Proceedings would not be excluded from the Convention where they concern the immovable only indirectly – for example, proceedings concerning the rights and obligations of the seller and buyer under a contract for the sale of a business, even if it includes an undertaking to transfer the lease of the premises. On the other hand, proceedings between a landlord and tenant on the terms of the lease would be excluded.

70 Legal persons. Sub-paragraph *m*) excludes the validity, nullity, or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs.⁹⁸ It was considered undesirable that such matters, which often involve the rights of third parties, should be removed from the jurisdiction of the courts that would otherwise have jurisdiction over them, especially since that jurisdiction is often exclusive.

71 Intellectual property. Sub-paragraphs *n*) and *o*) apply to intellectual property. They both draw a distinction between copyright and related rights, on the one hand, and all other intellectual property rights, on the other hand. These will be discussed separately.

72 Copyright and related rights. Copyright and related rights are fully covered by the Convention. This includes proceedings concerning the validity or infringement of such rights. However, since a judgment can be recognised or enforced under the Convention only against persons bound by the choice of court agreement, a judgment on validity cannot have *in rem* effect under the Convention.⁹⁹

73 Related rights. Related rights are sometimes also called neighbouring rights. Examples of related rights include:¹⁰⁰ rights of performers (such as actors and musicians) in their performances, rights of producers of sound recordings (for example, cassette recordings and CDs) in their recordings, and rights of broadcasting organisations in their radio and television broadcasts.¹⁰¹

74 Other intellectual property rights.¹⁰² Sub-paragraphs *n*) and *o*) apply only to intellectual property rights other than copyright and related rights. Sub-paragraph *n*) excludes the validity of such rights from the scope of the Convention. Sub-paragraph *o*) excludes the infringement of such rights, though it is subject to an important exception. These two issues will be discussed separately.

75 Validity. Proceedings that concern the validity of an intellectual property right other than copyright or related rights are excluded from the Convention. Thus proceedings for the revocation of such a right or for a declaration of validity or invalidity of such a right are outside the scope of the Convention. However, Article 2(3) makes clear that proceedings on a matter covered by the Convention are not excluded just because the validity of an intellectual property right arises as a preliminary question. As a result, proceedings to enforce a licensing agreement for an intellectual property right are not excluded just because the defendant raises the invalidity of the right as a defence. However, Article 10(1) provides that the ruling on the preliminary validity issue is not entitled to independent recognition in other Contracting States.¹⁰³ On the other hand, the final order¹⁰⁴ of the court in the proceedings under the choice of court agreement relating to the licensing

⁹⁴ See Minutes of the Twentieth Session, Commission II: Minutes No 20, paras 3 to 7 and Minutes No 24, paras 16 to 18. The Diplomatic Session was aware that the phrase in the French text (“*les dommages corporels et moraux y afférents*”) might seem narrower in that it covers nervous shock only where it is accompanied by physical injury. It was not possible for the Diplomatic Session to find a French term expressing more clearly that the exclusion in sub-para. *j*) covers nervous shock even where this is the only injury suffered, without also covering hurt feelings or damage to one’s reputation (for example, defamation), as the term “*dommages moraux*” used alone would have done. Therefore it was requested that the Report should clearly state the intention of the Session, rather than broadening the exclusion in French beyond what is excluded by the English text.

⁹⁵ Delict is the civil-law concept analogous to “tort” in common law legal systems.

⁹⁶ The fact that the court might have to decide a preliminary question concerning title to the land would not affect this: see Art. 2(3).

⁹⁷ See Minutes No 13 of the Twentieth Session, Commission II, paras 46 to 87, in particular paras 56, 76, 84 and 86.

⁹⁸ This same phrase appears (with purely verbal differences) in Art. 12(2) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on it in the Nygh / Pocar Report is at para. 170 and 171.

⁹⁹ *In rem* effect is sometimes also called “*erga omnes*” effect.

¹⁰⁰ See the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs) 1994, Part II Section 1, as well as the *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT) 1996; the *Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of Their Phonograms* (Geneva 1971); and the *International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations* (Rome 1961).

¹⁰¹ See TRIPs, Art. 14.

¹⁰² The following paragraphs of this Report deal only with intellectual property rights other than copyright and related rights.

¹⁰³ See paras 194 to 196, *infra*.

¹⁰⁴ For the distinction between the “final order” and rulings on preliminary questions, see paras 194 and 195, *infra*.

licence – par exemple, une condamnation pécuniaire – peut être reconnue et exécutée en vertu de la Convention¹⁰⁵.

76 Contrats de propriété intellectuelle. La Convention s'applique aux contrats traitant de droits de propriété intellectuelle, tels que les contrats de licence, contrats de distribution, contrats d'entreprise commune, contrats d'agence et contrats de développement d'un droit de propriété intellectuelle. Les procédures engagées dans le cadre de tels contrats – par exemple, des demandes de paiement de redevances en vertu d'un contrat de licence – relèvent de la Convention.

77 Exception d'invalidité¹⁰⁶. Dans une procédure en vertu d'un contrat, le défendeur peut prétendre que le droit de propriété intellectuelle n'est pas valable. Si le droit du demandeur issu du contrat – par exemple, le droit d'obtenir le paiement de redevances – dépend de la validité du droit de propriété intellectuelle, le tribunal devra trancher la question de la validité à titre préalable avant de se prononcer sur la question principale. Comme expliqué ci-dessus, cela ne signifie pas que la procédure ne relèvera plus de la Convention. L'article 10(3) prévoit des dispositions particulières relatives à la reconnaissance et à l'exécution du jugement¹⁰⁷.

78 Demande reconventionnelle d'annulation. Au lieu de soulever une exception d'invalidité, le défendeur pourra présenter une demande reconventionnelle d'annulation du droit de propriété intellectuelle. Une telle demande échapperait au champ d'application de la Convention, car son objet serait la validité du droit. Toutefois, le fait qu'elle a été présentée ne signifierait pas que la demande en vertu du contrat cesserait de relever de la Convention.

79 Contrefaçon. Les procédures en contrefaçon (de droits de propriété intellectuelle autres que les droits d'auteur et droits voisins) sont exclues sauf lorsqu'elles sont engagées au titre de la violation d'un contrat entre les parties portant sur ces droits, ou auraient pu être engagées au titre de la violation de ce contrat¹⁰⁸. Cela signifie tout d'abord qu'il doit exister un contrat entre les parties portant sur ce droit. Normalement, l'accord d'élection de for serait contenu dans ce contrat. Ensuite, la procédure doit soit concerner la violation de ce contrat soit être une procédure qui, même si fondée sur la responsabilité délictuelle, aurait pu être engagée au titre de la violation du contrat¹⁰⁹.

80 Exemple. Le meilleur exemple est un contrat de licence. Supposons que le contrat permette au concessionnaire d'utiliser le droit de propriété intellectuelle de certaines manières, mais lui en interdit d'autres. S'il utilise le droit d'une manière que le contrat interdit, il commet une faute contractuelle. Si le concédant le poursuit pour la violation du contrat, la procédure relèvera de la Convention. Si le concédant choisit par contre de fonder son action sur la responsabilité délictuelle, la procédure relèvera encore du champ d'application de la Convention : elle aurait pu être engagée au titre de la violation du contrat.

81 Cette règle est importante pour un certain nombre de raisons. Dans certains pays, les parties ne doivent plaider

que les faits : il appartient au tribunal de déterminer la qualification juridique appropriée. Le choix de la responsabilité contractuelle ou délictuelle par le tribunal pourra dépendre de ce qui est le plus facile à établir. Dans d'autres pays, les parties décident elles-mêmes d'agir sur un fondement contractuel ou délictuel. Elles peuvent avoir de bonnes raisons (telles que la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts plus importants) de choisir l'un ou l'autre. Ces considérations accessoires ne devraient pas déterminer si un litige relève de la Convention ou non.

82 Registres publics. L'alinéa *p*) exclut la validité des inscriptions sur les registres publics¹¹⁰. Certains pourraient ne pas considérer cela comme une matière civile ou commerciale. Cependant, comme certains instruments internationaux¹¹¹ prévoient une compétence exclusive à l'égard de procédures dont l'objet est la validité de telles inscriptions, il a été jugé préférable de les exclure expressément afin de lever toute ambiguïté.

83 Assurances. Les contrats d'assurance (ou de réassurance) ne sont pas exclus du champ d'application de la Convention du seul fait qu'ils concernent l'une des matières visées au paragraphe 2. Le fait que le risque assuré échappe au champ d'application de la Convention ne signifie pas que le contrat d'assurance échappe au champ d'application de la Convention. Ainsi, l'assurance de chargements transportés par voie maritime n'est pas exclue par l'article 2(2) *f*) et l'assurance contre la responsabilité au titre de dommages nucléaires n'est pas exclue par l'article 2(2) *i*). Cela est explicité par l'article 17¹¹².

84 Arbitrage. Le paragraphe 4 exclut l'arbitrage et les procédures y afférentes¹¹³. Cela devrait être interprété largement, et recouvre toute procédure dans laquelle le tribunal apporte une assistance au processus d'arbitrage – par exemple, la décision relative à la validité ou invalidité d'une convention d'arbitrage ; les ordonnances enjoignant aux parties de procéder à l'arbitrage ou d'interrompre une procédure d'arbitrage ; l'annulation, la modification, la reconnaissance ou l'exécution de sentences arbitrales ; la nomination et la révocation d'arbitres ; la fixation du lieu de l'arbitrage ; ou le report du délai pour le prononcé d'une sentence. Cette disposition a pour objet d'assurer que la présente Convention ne perturbe pas le fonctionnement d'instruments existants relatifs à l'arbitrage¹¹⁴.

85 Gouvernements. L'article 2(5) dispose qu'un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention du seul fait qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, y est partie¹¹⁵. Toutefois, le litige échappera au champ d'application de la Convention s'il naît d'un accord d'élection de for conclu dans une matière qui n'est pas civile ou commerciale¹¹⁶. Ainsi, une autorité publique a droit au bénéfice de la Convention et supporte ses charges lorsqu'elle se livre à des opérations commerciales, mais pas lorsqu'elle agit en sa qualité souveraine¹¹⁷. En règle générale, on peut dire que si une autorité publique fait quelque chose qu'un particulier

¹⁰⁵ Mais voir aussi l'art. 10(3), discuté *infra*, para. 197 à 201.

¹⁰⁶ Voir aussi *supra*, para. 37.

¹⁰⁷ Voir *infra*, para. 197 et s.

¹⁰⁸ Les procédures en contrefaçon au sens de l'art. 2(2) *o*) comprennent les procédures tendant à la réparation d'actes commis entre la publication du dépôt et la publication de l'enregistrement d'un droit de propriété intellectuelle, les demandes tendant à une déclaration de non-contrefaçon ainsi que les demandes tendant à établir ou confirmer le droit d'un utilisateur antérieur à utiliser une invention. Voir le Procès-verbal No 7 de la Vingtième session, Commission II, para. 39 et 40.

¹⁰⁹ Les seules situations dans lesquelles l'alinéa *o*) exclut une matière qui serait couverte par ailleurs sont celles où l'accord d'élection de for s'applique aux contrefaçons ne constituant pas une violation du contrat dans lequel il figure ou d'un autre contrat entre les parties, ou lorsque les parties ont conclu un accord d'élection de for concernant une contrefaçon déjà survenue et sans lien avec tout contrat entre les parties. De tels accords seront rares.

¹¹⁰ La même expression figure (avec des différences purement formelles) à l'art. 12(3) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure au para. 172.

¹¹¹ Par ex., l'art. 22(3) du Règlement de Bruxelles.

¹¹² Voir *infra*, para. 221 à 227.

¹¹³ Une disposition identique figure à l'art. 1(2) *g*) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure au para. 41.

¹¹⁴ Pour une discussion des rapports entre certains traités régissant l'arbitrage, et la Convention sur les accords d'élection de for, voir A. Schulz, « La future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for et l'arbitrage », Doc. pré-l. No 32 de juin 2005 à l'attention de la Vingtième session de juin 2005, *supra* p. 348, également disponible à l'adresse <www.hech.net>.

¹¹⁵ Cette disposition est tirée (avec des différences purement formelles) de l'art. 1(3) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure aux para. 43 à 45.

¹¹⁶ Voir l'art. 1(1) et la discussion au para. 49, *supra*.

¹¹⁷ Voir le Procès-verbal No 15 de la Vingtième session, Commission II, para. 58.

agreement – for example, to pay a sum of money – can be recognised and enforced under the Convention.¹⁰⁵

76 Intellectual property contracts. The Convention applies to contracts dealing with intellectual property rights, such as licensing agreements, distribution agreements, joint venture agreements, agency agreements and agreements for the development of an intellectual property right. Proceedings brought under such contracts – for example, proceedings for payment of royalties under a licensing agreement – are covered by the Convention.

77 Invalidity as a defence.¹⁰⁶ In proceedings under a contract, the defendant may claim that the intellectual property right is invalid. If the plaintiff's right under the contract – for example, the right to have royalties paid – depends on the validity of the intellectual property right, the court will have to decide validity as a preliminary question before it can decide the main issue. As was explained above, this does not mean that the proceedings are no longer covered by the Convention. Article 10(3) lays down special rules concerning the recognition and enforcement of the judgment.¹⁰⁷

78 Counterclaim for revocation. Instead of raising invalidity as a defence, the defendant may counterclaim for revocation of the intellectual property right. Such a claim would be outside the scope of the Convention, because its object would be the validity of the right. However, the fact that it was brought would not mean that the claim under the contract would cease to be covered by the Convention.

79 Infringement. Infringement proceedings (for intellectual property rights other than copyright and related rights) are excluded except where they are brought for breach of a contract between the parties relating to such rights, or could have been brought for breach of that contract.¹⁰⁸ This means that, first of all, there must be a contract between the parties relating to the right. Normally, the choice of court agreement would be contained in that contract. Secondly, the proceedings must either be for breach of that contract or they must be proceedings which, even if brought in tort, could have been brought for breach of the contract.¹⁰⁹

80 Example. The best example is a licensing agreement. Assume that the agreement permits the licensee to use the intellectual property right in particular ways but not in others. If he uses the right in a way forbidden by the agreement, he will be guilty of a breach of contract. If the licensor sues him for breach of contract, the proceedings will be covered by the Convention. However, if the licensor prefers to sue in tort, the proceedings will also be within the scope of the Convention: they could have been brought for breach of contract.

81 This rule is important for a number of reasons. In some countries, the parties are only required to plead the facts: it is

for the court to determine the appropriate legal characterisation. Whether the court chooses contract or tort may depend on which is easier to establish. In other countries, the parties themselves decide whether to sue in contract or tort. They may have good reasons (such as the opportunity to obtain higher damages) for choosing one or the other. It should not depend on these accidental considerations whether or not a case is covered by the Convention.

82 Public registers. Sub-paragraph *p*) excludes the validity of entries in public registers.¹¹⁰ Some people might not regard this as a civil or commercial matter. However, as some international instruments¹¹¹ provide for exclusive jurisdiction over proceedings that have the validity of such entries as their object, it was thought better to exclude them explicitly in order to avoid any doubts.

83 Insurance. Contracts of insurance (or reinsurance) are not outside the scope of the Convention just because they relate to one of the matters referred to in paragraph 2. The fact that the risk covered is outside the scope of the Convention does not mean that the contract of insurance is outside the scope of the Convention. Thus, insurance of cargo carried by sea is not excluded by virtue of Article 2(2) *f*) and insurance against liability for nuclear damage is not excluded by virtue of Article 2(2) *i*). This is made clear by Article 17.¹¹²

84 Arbitration. Paragraph 4 excludes arbitration and proceedings relating thereto.¹¹³ This should be interpreted widely and covers any proceedings in which the court gives assistance to the arbitral process – for example, deciding whether an arbitration agreement is valid or not; ordering parties to proceed to arbitration or to discontinue arbitration proceedings; revoking, amending, recognising or enforcing arbitral awards; appointing or dismissing arbitrators; fixing the place of arbitration; or extending the time-limit for making awards. The purpose of this provision is to ensure that the present Convention does not interfere with existing instruments on arbitration.¹¹⁴

85 Governments. Article 2(5) provides that proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party thereto.¹¹⁵ The proceedings will fall outside the scope of the Convention, however, if they arise from a choice of court agreement concluded in a matter which is not civil or commercial.¹¹⁶ Thus, a public authority is entitled to the benefits of the Convention, and assumes its burdens, when engaging in commercial transactions but not when acting in its sovereign capacity.¹¹⁷ As a general rule, one can say that if a public

¹⁰⁵ But see also Art. 10(3), discussed *infra*, paras 197 to 201.

¹⁰⁶ See also *supra*, para. 37.

¹⁰⁷ See paras 197 *et seq.*, *infra*.

¹⁰⁸ Infringement proceedings in the sense of Art. 2(2) *o*) include proceedings brought for compensation for acts taking place between the publication of the application and the publication of the registration of an intellectual property right, actions brought for a declaration of non-infringement as well as actions brought with a view to establishing or confirming a prior user's right to use an invention. See Minutes No 7 of the Twentieth Session, Commission II, paras 39 and 40.

¹⁰⁹ The only situations in which sub-para. *o*) excludes a matter that would otherwise be covered are where the choice of court agreement applies to infringements that do not constitute a breach of the contract in which it is contained or of any other contract between the parties, or where the parties concluded a choice of court agreement relating to an infringement that had already arisen and that was not related to any contract between the parties. Such agreements will be rare.

¹¹⁰ This same phrase appears (with purely verbal differences) in Art. 12(3) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on it in the Nygh / Pocar Report is at para. 172.

¹¹¹ For instance, Art. 22(3) of the Brussels Regulation.

¹¹² See paras 221 to 227, *infra*.

¹¹³ An identical provision is found in Art. 1(2) *g*) of the preliminary draft Convention 1999. The relevant passage in the Nygh / Pocar Report is at para. 41.

¹¹⁴ For a discussion of the relationship between some treaties governing arbitration, and the *Convention on Choice of Court Agreements*, see A. Schulz, "The Future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and Arbitration", Prel. Doc. No 32 of June 2005 for the attention of the Twentieth Session of June 2005 *supra*, p. 349, also available at <www.hcch.net>.

¹¹⁵ This provision is taken (with only verbal differences) from Art. 1(3) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on it in the Nygh / Pocar Report is at para. 43 and 45.

¹¹⁶ See Art. 1(1) and the discussion in para. 49, *supra*.

¹¹⁷ See Minutes No 15 of the Twentieth Session, Commission II, para. 58.

pourrait faire, l'affaire implique probablement une matière civile ou commerciale. Si par contre, elle exerce des prérogatives de puissance publique dont ne jouissent pas les particuliers, le litige ne sera probablement pas de nature civile ou commerciale.

86 Deux exemples apporteront des éclaircissements. Si un ministère lance un appel d'offres pour la fourniture de papier destiné à l'impression de documents, et qu'une société étrangère obtient le marché (qui comporte un accord d'élection de for), les litiges en vertu de ce contrat relèveront presque certainement de la Convention. Si, par contre, un étranger signe lorsqu'il entre dans le pays un contrat (comportant un accord d'élection de for) en vertu duquel il s'engage à régler toute amende (sanction pénale) qu'il pourrait encourir du fait de ses activités dans le pays, les procédures en vertu de ce contrat seront presque certainement exclues du champ d'application de la Convention¹¹⁸.

87 **Immunités des États.** L'article 2(6) dispose que la Convention n'affecte pas les privilèges et immunités des États, ou des organisations internationales, pour eux-mêmes et pour leurs biens¹¹⁹. La raison de l'insertion de cette disposition dans la Convention est que certains délégués ont pensé que l'article 2(5) pourrait être interprété de manière erronée comme affectant ces questions : l'article 2(6) a pour but d'explicitier que ce n'est pas le cas¹²⁰.

88 **Droit procédural.** La Convention n'a pas vocation à affecter le droit procédural des États contractants, sauf disposition expresse. En dehors de ces domaines, le droit procédural interne s'applique comme auparavant, même dans le cadre de litiges relevant de la Convention¹²¹. Des exemples non exhaustifs sont fournis dans les paragraphes suivants.

89 La Convention n'impose pas à un État contractant de permettre une mesure qui n'est pas prévue par son droit, même si l'exécution d'un jugement dans le cadre duquel une telle mesure a été accordée le requiert. Les États contractants ne sont pas tenus de créer de nouveaux types de mesures aux fins de la Convention. Toutefois, ils doivent mettre en œuvre les moyens d'exécution disponibles en application de leur droit interne afin de donner tout l'effet possible au jugement étranger.

90 Les délais dans lesquels une procédure doit être engagée ou d'autres mesures prises en vertu du droit interne ne sont pas affectés par la Convention. Les procédures en vertu d'un accord d'élection de for ou les procédures tendant à l'exécution d'un jugement en vertu d'un tel accord, doivent être engagées dans les délais fixés par le droit interne. Il en est ainsi, que les délais soient qualifiés de questions de fond ou de procédure.

91 Les règles nationales concernant la capacité d'ester et de se défendre en justice ne sont pas affectées par la Convention. Ainsi, si selon le droit de l'État requis une entité dépourvue de personnalité morale n'a pas la capacité d'ester en justice, elle ne peut engager une procédure en vertu de la Convention en vue de l'exécution d'un jugement, même si le tribunal ayant délivré le jugement a considéré qu'elle pouvait engager une telle procédure.

¹¹⁸ Lors de l'examen de ces questions, il convient de garder à l'esprit qu'au sens de la Convention, la « matière civile ou commerciale » est un concept autonome ne dépendant pas de sa signification en droit national ou dans d'autres conventions.

¹¹⁹ Cette disposition est tirée de l'art. 1(4) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure au para. 46.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Dans le cas de la reconnaissance et de l'exécution, cela est explicité par l'art. 14, qui dispose que la procédure pour la reconnaissance et l'exécution du jugement est régie par le droit de l'État requis.

92 Le droit national décide si, et dans quels cas, des appels et autres recours sont ouverts. Les exemples comprennent : l'appel porté devant une juridiction de degré supérieur dans le même État ; les renvois à la Cour de justice des Communautés européennes en vue de l'interprétation de dispositions de droit communautaire, y compris les conventions auxquelles la Communauté est Partie ; les renvois à une juridiction particulière pour trancher les questions d'ordre constitutionnel ; et les renvois à un office des brevets ou autre autorité pour décider de la validité d'un brevet. Les règles nationales d'administration de la preuve s'appliquent, même pour prouver l'existence d'un accord d'élection de for et pour prouver si les conditions de forme posées par la Convention ont été remplies.

Article 3 – Accords exclusifs d'élection de for

93 **Définition : cinq conditions.** Sous réserve de la déclaration contraire d'un État en vertu de l'article 22¹²², la Convention ne s'applique qu'aux accords exclusifs d'élection de for. L'article 3 a) fournit une définition d'un tel accord. La définition comporte les conditions suivantes : premièrement, il doit y avoir un accord entre deux ou plusieurs parties ; deuxièmement, les conditions de forme de l'alinéa c) doivent être remplies ; troisièmement, l'accord doit désigner les tribunaux d'un État, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État, à l'exclusion de tout autre tribunal ; quatrième, le ou les tribunaux désignés doivent être situés dans un État contractant ; et cinquièmement, la désignation doit avoir pour objet de trancher les litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé¹²³.

94 **La première condition.** Un accord d'élection de for ne peut être établi de manière unilatérale : il doit y avoir accord. La question de l'existence du consentement relève normalement du droit de l'État du tribunal élu, y compris ses règles de conflit de lois¹²⁴, bien que dans certains cas la capacité soit également déterminée par d'autres systèmes de droit¹²⁵.

95 Toutefois, la Convention dans son ensemble entre en jeu uniquement s'il existe un accord d'élection de for, et cela suppose l'existence des conditions de fait élémentaires du consentement. Si, selon tout critère normal, elles ne sont pas remplies, un tribunal aurait le droit de supposer que la Convention n'est pas applicable, sans avoir à examiner le droit étranger.

96 En voici un exemple¹²⁶. X, résident du Panama, envoie un courrier électronique non demandé à Y, résident du Mexique, faisant une proposition selon des conditions extrêmement défavorables pour Y. La proposition comporte un accord d'élection de for en faveur des tribunaux de la Ruritanie (État imaginaire), et conclut « à défaut de réponse de votre part sous sept jours, vous serez réputé avoir accepté cette proposition ». Le courrier électronique est supprimé par le logiciel de protection de Y, et il ne le lit à aucun moment. Après sept jours, X prétend qu'il existe un contrat comportant un accord d'élection de for et engage une procédure devant les tribunaux de la Ruritanie. Si contrairement au droit de tout autre État au monde, la loi de la Ruritanie considèrerait qu'il existait un contrat et que « l'accord » d'élection de for était valable, les autres États, y compris le Mexique, auraient néanmoins le

¹²² L'art. 22 autorise un État, au moyen d'une déclaration, à étendre à titre réciproque l'application du chapitre sur la reconnaissance et l'exécution à des jugements rendus par un tribunal désigné dans un accord non exclusif d'élection de for. Voir en outre *infra*, para. 240 et s.

¹²³ L'accord d'élection de for doit bien entendu être valable et applicable au moment concerné. S'il n'est plus en vigueur – par ex., parce que les parties sont convenues de le résilier – il ne constitue plus un accord d'élection de for aux fins de la Convention.

¹²⁴ Art. 5(1), 6 a), et 9 a).

¹²⁵ À l'art. 6 b) il est fait mention du droit de l'État du tribunal saisi, et à l'art. 9 b) du droit de l'État requis. La capacité est donc soumise à deux lois : voir para. 150.

¹²⁶ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

authority is doing something that an ordinary citizen could do, the case probably involves a civil or commercial matter. If, on the other hand, it is exercising governmental powers that are not enjoyed by ordinary citizens, the case will probably not be civil or commercial.

86 Two examples may make this clearer. If a government department (ministry) calls for tenders for the supply of paper for printing documents, and a foreign company is awarded the contract (which includes a choice of court agreement), proceedings under that contract will almost certainly be covered by the Convention. On the other hand, if a foreigner, on entering the country, signs a contract (containing a choice of court agreement) under which he agrees to pay any fines (criminal penalties) that he may incur as a result of his activities there, proceedings under that contract would almost certainly be outside the scope of the Convention.¹¹⁸

87 **Immunities of States.** Article 2(6) provides that nothing in the Convention affects the privileges and immunities of States, or of international organisations, in respect of themselves or their property.¹¹⁹ The reason this provision was inserted into the Convention was that some delegates thought that Article 2(5) might be misinterpreted as affecting these matters: Article 2(6) was intended to make clear that it does not.¹²⁰

88 **Procedural law.** It was not intended that the Convention would affect the procedural law of Contracting States, except where specifically provided. Outside these areas, internal procedural law applies as before, even in proceedings under the Convention.¹²¹ Examples are given in the following paragraphs, though these are far from exhaustive.

89 The Convention does not require a Contracting State to grant a remedy that is not available under its law, even when called upon to enforce a foreign judgment in which such a remedy was granted. Contracting States do not have to create new kinds of remedies for the purpose of the Convention. However, they should apply the enforcement measures available under their internal law in order to give as much effect as possible to the foreign judgment.

90 Time limits within which proceedings must be brought or other steps taken under internal law remain unaffected by the Convention. Proceedings under a choice of court agreement, or proceedings to enforce a judgment under such an agreement, must be brought within the time limits laid down by internal law. This is true whether time limits are characterised as matters of substance or matters of procedure.

91 National rules regarding capacity to bring or defend legal proceedings are not affected by the Convention. Thus, if under the law of the requested State an entity with no legal personality lacks capacity to engage in litigation, it cannot bring proceedings under the Convention to enforce a judgment, even if the court that granted the judgment considered that it could bring such proceedings.

92 National law decides whether, and in what circumstances, appeals and similar remedies exist. Examples include: appeals to a higher court in the same State; references to the Court of Justice of the European Communities to interpret provisions of Community law, including conventions to which the Community is a Party; references to a special court to decide constitutional issues; and references to a patent office or other authority to decide the validity of a patent. National rules of evidence apply, even for proving the existence of a choice of court agreement and proving whether the Convention's requirements as to form have been met.

Article 3 – Exclusive choice of court agreements

93 **Definition: five requirements.** Except where a State has declared otherwise under Article 22,¹²² the Convention applies only to exclusive choice of court agreements. Article 3 *a*) gives a definition of such an agreement. The definition contains the following requirements: firstly, there must be an agreement between two or more parties; secondly, the formal requirements of paragraph *c*) must be satisfied; thirdly, the agreement must designate the courts of one State, or one or more specific courts in one State, to the exclusion of all other courts; fourthly, the designated court or courts must be in a Contracting State; and finally, the designation must be for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship.¹²³

94 **The first requirement.** A choice of court agreement cannot be established unilaterally: there must be agreement. Whether there is consent is normally decided by the law of the State of the chosen court, including its rules of choice of law,¹²⁴ though in some circumstances capacity is also determined by other systems of law.¹²⁵

95 However, the Convention as a whole comes into operation only if there is a choice of court agreement, and this assumes that the basic factual requirements of consent exist. If, by any normal standards, these do not exist, a court would be entitled to assume that the Convention is not applicable, without having to consider foreign law.

96 The following is an example.¹²⁶ X, who is resident in Panama, sends an unsolicited e-mail to Y, who is resident in Mexico, making an offer on terms that are extremely unfavourable to Y. The offer contains a choice of court clause in favour of the courts of Ruritania (an imaginary State), and concludes: "If you have not replied within seven days, you will be deemed to have accepted this offer." The e-mail is deleted by Y's anti-spam software and he never reads it. After seven days, X claims that there is a contract with a choice of court agreement, and brings proceedings in the courts of Ruritania. If, unlike the law of every other State in the world, the law of Ruritania considered that a contract existed and the choice of court "agreement" was valid, other States, includ-

¹¹⁸ In considering questions such as these, it must be remembered that, as used in the Convention, "civil or commercial matters" is an autonomous concept that does not depend for its meaning on national law or other conventions.

¹¹⁹ This provision is taken from Art. 1(4) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on it in the Nygh / Pocar Report is at para. 46.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ In the case of recognition and enforcement, this is made clear by Art. 14, which provides that the procedure for the recognition and enforcement of the judgment is governed by the law of the requested State.

¹²² Art. 22 allows a State, by way of a declaration, to extend on a reciprocal basis the application of the Chapter on recognition and enforcement to judgments given by a court that was designated in a non-exclusive choice of court agreement. See further *infra*, paras 240 *et seq.*

¹²³ The choice of court agreement must of course be valid and applicable at the relevant time. If it is no longer in force – for example, because the parties have agreed to terminate it – it is no longer a choice of court agreement for the purpose of the Convention.

¹²⁴ Art. 5(1), 6 *a*) and 9 *a*).

¹²⁵ In Art. 6 *b*) there is a reference to the law of the State of the court seized, and in Art. 9 *b*) to the law of the requested State. Capacity is, therefore, subject to two laws: see para. 150.

¹²⁶ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

droit de considérer l'accord d'élection de for comme inexistant.

97 À condition que les parties initiales consentent à l'accord d'élection de for, l'accord pourra lier les tiers qui n'y ont pas expressément consenti, si leur capacité à engager la procédure dépend de leur reprise des droits et obligations de l'une des parties initiales. Le droit national déterminera s'il en est ainsi¹²⁷.

98 **La deuxième condition.** Celle-ci concerne la forme de l'accord d'élection de for. Les règles pertinentes sont fixées par l'alinéa c), examiné ci-dessous.

99 **La troisième condition.** Celle-ci exige que le choix soit exclusif : l'accord d'élection de for doit désigner¹²⁸ les tribunaux d'un État ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État comme ayant compétence *exclusive*. Cela sera examiné ci-dessous en rapport avec l'alinéa b), selon lequel un accord d'élection de for est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire¹²⁹.

100 **La quatrième condition.** La Convention ne s'applique qu'aux accords d'élection de for en faveur des tribunaux d'un État contractant : les accords désignant les tribunaux (ou un ou plusieurs tribunaux particuliers) d'un État non contractant ne sont pas couverts. Par exemple¹³⁰, supposons qu'un accord d'élection de for visant les tribunaux de l'État X, État non contractant, soit conclu entre une partie résidant au Pérou et une partie résidant au Venezuela. Si le Péruvien poursuit le Vénézuélien au Venezuela, le tribunal vénézuélien ne sera pas tenu d'appliquer l'article 6 (ce qui pourrait lui imposer de surseoir à statuer ou se dessaisir du litige)¹³¹. Si l'instance est engagée devant le tribunal élu de l'État X, les tribunaux du Pérou et du Venezuela ne seront pas tenus par la Convention de reconnaître le jugement qui en résulte¹³².

101 **La cinquième condition.** Elle exige que la désignation ait pour objet de trancher les litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. Cela explique que l'accord d'élection de for peut être limité à, ou inclure, des litiges déjà nés. Il peut également couvrir des litiges futurs, à condition qu'ils aient trait à un rapport de droit déterminé. L'accord d'élection de for n'est pas limité aux demandes contractuelles, mais pourrait par exemple couvrir des demandes fondées sur la responsabilité délictuelle résultant d'un rapport déterminé. Ainsi, un accord d'élection de for dans une convention de société pourrait couvrir les demandes délictuelles entre les associés relatives à la société. La question de savoir s'il en est ainsi dans un cas particulier dépendra des termes de l'accord.

102 **Accords réputés exclusifs.** L'article 3 b) fixe la règle importante (pressentie dans la troisième condition de l'alinéa a)) selon laquelle un accord d'élection de for désignant les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant sera réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire¹³³.

103 Le premier élément est ici que l'accord d'élection de for peut viser soit les tribunaux d'un État contractant en général,

soit un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant. Ainsi, un accord désignant « les tribunaux français » est considéré comme exclusif aux fins de la Convention, même s'il ne précise pas *quel* tribunal en France connaîtra de l'affaire, et même s'il n'exclut pas expressément la compétence des tribunaux d'autres États. En pareil cas, le droit français aura la faculté de décider du tribunal ou des tribunaux devant lesquelles la procédure peut être engagée¹³⁴. Sous réserve de telles règles, le demandeur pourra choisir tout tribunal français.

104 Un accord visant une juridiction particulière en France – par exemple, le Tribunal de commerce de Paris – serait également exclusif¹³⁵. Il en est de même d'un accord désignant deux ou plusieurs tribunaux particuliers d'un même État contractant – par exemple, « le Tribunal de commerce de Paris ou le Tribunal de commerce de Lyon ». Il s'agirait là encore d'un accord exclusif d'élection de for. Un accord indiquant que A peut poursuivre B uniquement devant le Tribunal de commerce de Paris, et que B ne peut poursuivre A que devant le Tribunal de commerce de Lyon, constituerait également un accord exclusif d'élection de for en vertu de la Convention parce qu'il exclut les tribunaux de tous les autres États. L'accord ne serait cependant pas considéré comme exclusif en vertu de la Convention si les deux tribunaux étaient situés dans des États différents.

105 **Accords asymétriques.** Un accord d'élection de for est parfois rédigé afin d'être exclusif à l'égard des procédures engagées par l'une des parties mais pas à l'égard des procédures engagées par l'autre. Les contrats de prêt internationaux sont couramment rédigés ainsi. Une clause d'élection de for dans un tel contrat pourra stipuler que « les poursuites de l'emprunteur à l'encontre du bailleur pourront être engagées exclusivement devant les tribunaux de l'État X ; les poursuites du bailleur à l'encontre de l'emprunteur pourront être engagées devant les tribunaux de l'État X ou les tribunaux de tout autre État compétent selon son propre droit. »

106 Il a été convenu par la Session diplomatique que pour relever de la Convention, l'accord doit être exclusif quelle que soit la partie engageant la procédure. De sorte que les accords tels que ceux visés au paragraphe qui précède ne sont pas des accords exclusifs d'élection de for aux fins de la Convention¹³⁶. Cependant, ils peuvent être soumis aux règles de la Convention en matière de reconnaissance et d'exécution si les États en question ont fait des déclarations en vertu de l'article 22¹³⁷.

107 **Signification du terme « État » dans le cas d'un système juridique non unifié.** Le terme « État » peut avoir des sens différents à l'égard d'un État contractant dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit s'appliquent dans des unités territoriales différentes à l'égard d'une matière traitée par la Convention – par exemple, le Canada, la Chine, le Royaume-Uni ou les États-Unis d'Amérique. Selon l'article 25, il peut désigner soit l'État dans son ensemble – par exemple, le Canada, la Chine, le Royaume-Uni ou les États-Unis –, soit une unité territoriale au sein de cet État – par exemple, l'Ontario, Hong Kong, l'Écosse ou le New Jersey. En conséquence, une clause désignant « les tribunaux des États-Unis » et une clause désignant « les tribunaux du New Jersey » constitueront toutes deux des accords exclusifs d'élection de for valables en vertu de la Convention¹³⁸.

¹²⁷ Voir le Procès-verbal No 2 de la Vingtième session, Commission II, para. 2 à 10. Voir *infra*, para. 142.

¹²⁸ Le seul fait de défendre une procédure au fond sans contester la compétence ne conférerait pas en soi compétence à un tribunal en vertu de la Convention, car ce ne serait pas une désignation de ce tribunal au sens de l'art. 3.

¹²⁹ Voir para. 102 à 104, *infra*.

¹³⁰ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

¹³¹ Toutefois, il peut surseoir à statuer ou se dessaisir en vertu du droit national.

¹³² Toutefois, ils peuvent le faire en vertu du droit national.

¹³³ Voir *The Hongkong and Shanghai Banking Corporation Limited c. Yusuf Suveyke*, 392 F. Supp., 2d 489 (EDNY 2005), pour ce qui semble être la première référence à la Convention dans la jurisprudence.

¹³⁴ Voir l'art. 5(3) b).

¹³⁵ Les difficultés survenant lorsque le tribunal élu ne peut connaître de l'affaire en droit interne sont examinées ci-dessous : voir les para. 135 et s.

¹³⁶ Voir le Procès-verbal No 3 de la Vingtième session, Commission II, para. 2 à 11.

¹³⁷ Voir para. 240 et s. Pour des exemples d'autres accords qui ne seraient pas exclusifs aux fins de la Convention voir para. 109.

¹³⁸ Une clause désignant « les tribunaux d'état de l'état du New Jersey ou les tribunaux fédéraux situés dans cet état » constituerait également un accord exclusif d'élection de for.

ing Mexico, would nevertheless be entitled to treat the choice of court agreement as non-existent.

97 Provided the original parties consent to the choice of court agreement, the agreement may bind third parties who did not expressly consent to it, if their standing to bring the proceedings depends on their taking over the rights and obligations of one of the original parties. Whether this is the case will depend on national law.¹²⁷

98 **The second requirement.** This concerns the form of the choice of court agreement. The relevant rules are laid down in paragraph *c*), discussed below.

99 **The third requirement.** This requires the choice to be exclusive: the choice of court agreement must designate¹²⁸ the courts of one State or one or more specific courts in one State as having *exclusive* jurisdiction. This will be discussed below in connection with paragraph *b*), according to which a choice of court agreement is deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise.¹²⁹

100 **The fourth requirement.** The Convention applies only to choice of court agreements in favour of the courts of a Contracting State: agreements designating the courts (or one or more specific courts) of a non-Contracting State are not covered. For example,¹³⁰ assume that a choice of court agreement designating the courts of State X, a non-Contracting State, is concluded between a party resident in Peru and a party resident in Venezuela. If the Peruvian sues the Venezuelan in Venezuela, the Venezuelan court will not be required to apply Article 6 (which might require it to suspend or dismiss the proceedings).¹³¹ If proceedings are brought before the chosen court in State X, courts in Peru or Venezuela will not be required by the Convention to recognise the resulting judgment.¹³²

101 **The fifth requirement.** This is that the designation must be for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship. This makes clear that the choice of court agreement can be restricted to, or include, disputes that have already arisen. It can also cover future disputes, provided they relate to a particular legal relationship. The choice of court agreement is not limited to claims in contract, but could, for example, cover claims in tort arising out of a particular relationship. Thus, a choice of court clause in a partnership agreement could cover tort actions between the partners relating to the partnership. Whether this would be so in any particular case would depend on the terms of the agreement.

102 **Agreements deemed exclusive.** Article 3 *b*) lays down the important rule (foreshadowed by the third requirement in paragraph *a*) that a choice of court agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State will be deemed to be exclusive unless the parties have expressly provided otherwise.¹³³

103 The first element of this is that the choice of court agreement may refer either to the courts of a Contracting State in

general, or to one or more specific courts in one Contracting State. Thus an agreement designating “the courts of France” is regarded as exclusive for the purposes of the Convention, even though it does not specify *which* court in France will hear the proceedings and even though it does not explicitly exclude the jurisdiction of courts of other States. In such a case, French law will be entitled to decide in which court or courts the action may be brought.¹³⁴ Subject to any such rule, the plaintiff may choose any court in France.

104 An agreement referring to a particular court in France – for example, the Commercial Court of Paris – would also be exclusive.¹³⁵ The same is true of an agreement that designates two or more specific courts in the same Contracting State – for example, “either the Commercial Court of Paris or the Commercial Court of Lyons”. This too would be an exclusive choice of court agreement. An agreement stating that A may sue B only in the Commercial Court of Paris, and that B may sue A only in the Commercial Court of Lyons, would also be an exclusive choice of court agreement under the Convention because it excludes the courts of all other States. The agreement would not, however, be considered exclusive under the Convention if the two courts were in different States.

105 **Asymmetric agreements.** Sometimes a choice of court agreement is drafted to be exclusive as regards proceedings brought by one party but not as regards proceedings brought by the other party. International loan agreements are often drafted in this way. A choice of court clause in such an agreement may provide, “Proceedings by the borrower against the lender may be brought exclusively in the courts of State X; proceedings by the lender against the borrower may be brought in the courts of State X or in the courts of any other State having jurisdiction under its law.”

106 It was agreed by the Diplomatic Session that, in order to be covered by the Convention, the agreement must be exclusive irrespective of the party bringing the proceedings. So agreements of the kind referred to in the previous paragraph are not exclusive choice of court agreements for the purposes of the Convention.¹³⁶ However, they may be subject to the rules of the Convention on recognition and enforcement if the States in question have made declarations under Article 22.¹³⁷

107 **Meaning of “State” in the case of a non-unified legal system.** The word “State” can have different meanings in relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to a matter dealt with by the Convention – for example, Canada, China, the United Kingdom or the United States. According to Article 25, it can refer, as appropriate, either to the State as a whole – for example, Canada, China, the United Kingdom or the United States – or to a territorial unit within that State – for example, Ontario, Hong Kong, Scotland or New Jersey. Consequently, both a clause designating “the courts of the United States” and a clause designating “the courts of New Jersey” are exclusive choice of court agreements under the Convention.¹³⁸

¹²⁷ See Minutes No 2 of the Twentieth Session, Commission II, paras 2 to 10. See para. 142, *infra*.

¹²⁸ Merely defending a case on the merits without objecting to jurisdiction would not itself give the court jurisdiction under the Convention, since this would not *designate* that court in terms of Art. 3.

¹²⁹ See paras 102 to 104, *infra*.

¹³⁰ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

¹³¹ However, it may suspend or dismiss the proceedings under national law.

¹³² However, they may do so under national law.

¹³³ For what appears to be the first reference to the Convention in any decided case, see *The Hongkong and Shanghai Banking Corporation Limited v. Yusuf Suveyke*, 392 F. Supp. 2d 489 (EDNY 2005).

¹³⁴ See Art. 5(3) *b*).

¹³⁵ The problems that arise where the chosen court cannot hear the case under internal law are discussed *infra*: see paras 135 *et seq.*

¹³⁶ See Minutes No 3 of the Twentieth Session, Commission II, paras 2 to 11.

¹³⁷ See paras 240 *et seq.* For examples of other agreements that would not be exclusive for the purposes of the Convention, see para. 109.

¹³⁸ A clause designating “the state courts of the state of New Jersey or the federal courts located in that state” would also be an exclusive choice of court agreement.

108 **Exemples d'accords exclusifs.** L'article 3 *b*) dispose qu'un accord désignant les tribunaux d'un État contractant ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant est réputé exclusif sauf stipulation contraire expresse des parties. De ce fait, les exemples suivants doivent être considérés comme des accords d'élection de for exclusifs¹³⁹:

- «Les tribunaux de l'État X seront compétents pour connaître de procédures dans le cadre du présent contrat.»
- «Les procédures dans le cadre du présent contrat seront engagées devant les tribunaux de l'État X.»

109 **Exemples d'accords non exclusifs.** Les exemples suivants ne seraient pas exclusifs¹⁴⁰:

- «Les tribunaux de l'État X disposeront d'une compétence non exclusive pour connaître de procédures dans le cadre du présent contrat.»
- «Les procédures dans le cadre du présent contrat pourront être engagées devant les tribunaux de l'État X, mais cela n'interdira pas les procédures devant les tribunaux de tout autre État compétents selon son droit.»
- «Les procédures dans le cadre du présent contrat pourront être engagées devant le tribunal A de l'État X ou le tribunal B de l'État Y, à l'exclusion de tout autre tribunal.»
- «Les procédures à l'encontre de A pourront être engagées exclusivement au lieu de résidence de A dans l'État A; les procédures à l'encontre de B pourront être engagées exclusivement au lieu de résidence de B dans l'État B.»

110 **Exigences de forme.** L'alinéa *c*) traite des exigences de forme. Les éléments suivants sont à la fois nécessaires et suffisants en vertu de la Convention : un accord d'élection de for ne relève pas de la Convention¹⁴¹ s'il ne les remplit pas, mais s'il les remplit, le droit national ne peut imposer aucune autre condition de forme supplémentaire. Ainsi, par exemple, un tribunal d'un État contractant ne peut refuser de donner effet à un accord d'élection de for au motif que :

- il est rédigé dans une langue étrangère¹⁴²;
- il n'apparaît pas en caractères gras spéciaux ;
- il est rédigé en petits caractères ; ou
- il n'est pas signé des parties indépendamment du contrat principal¹⁴³.

111 L'alinéa *c*) dispose que l'accord d'élection de for doit être conclu ou documenté *i*) «par écrit» ou *ii*) «par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement.»

112 Lorsque l'accord est écrit, sa validité formelle ne dépend pas de sa signature, bien que l'absence d'une signature

¹³⁹ Cette liste n'est pas exhaustive. Pour des exemples d'accords non exclusifs, voir *supra*, para. 104 *in fine*, para. 105, 106 et 109.

¹⁴⁰ Cette liste n'est pas exhaustive.

¹⁴¹ Dans certains États contractants, la loi pourra fixer des exigences de forme moins rigides pour les accords d'élection de for. Elle pourra même ne fixer aucune exigence de forme. La Convention n'interdit pas à un tribunal situé dans un tel État de donner effet aux accords d'élection de for qui sont valables en vertu de son droit, même s'ils ne remplissent pas les conditions de forme de l'art. 3 *c*). Par ex., si l'accord d'élection de for est valable selon le droit national du tribunal élu, ce tribunal pourra connaître du litige même si les conditions de forme de l'art. 3 *c*) ne sont pas remplies. Toutefois, les tribunaux d'autres États contractants ne seraient pas tenus par l'art. 6 de la Convention de s'abstenir de connaître de procédures couvertes par un tel accord d'élection de for, ni ne seraient tenus par l'art. 8 de la Convention d'exécuter et de reconnaître le jugement.

¹⁴² A condition qu'il y ait néanmoins consentement.

¹⁴³ Dans certains systèmes juridiques, il pourrait s'agir d'exigences du droit national.

puisse rendre plus difficile la preuve de l'existence de l'accord. L'autre forme possible vise à couvrir les moyens électroniques de transmission ou de stockage des données. Cela comprend toutes les possibilités normales, à condition que les données puissent être récupérées pour être consultées par la suite. Elle couvre, par exemple, la télécopie et le courrier électronique¹⁴⁴.

113 L'accord doit être conclu sous l'une de ces formes ou *documenté* selon celles-ci. La Conférence a rejeté l'expression «*evidenced in writing*» dans le texte anglais en faveur de «*documented in writing*» au motif que l'expression «*evidenced in writing*» aurait pu donner l'impression que l'article 3 *c*) constituait une règle d'établissement de la preuve. En parallèle, la Conférence a rejeté l'expression «confirmé par écrit» dans le texte français en faveur de «documenté par écrit» au motif que l'expression «confirmé par écrit» aurait pu donner l'impression que la règle faisait référence à un élément de volonté.

114 Si l'accord était oral et qu'une partie l'a matérialisé par écrit, il est indifférent que ce soit celle qui en a bénéficié – par exemple, parce qu'il visait les tribunaux de son pays. Dans tous les cas, cependant, il doit y avoir eu un consentement des deux parties au même accord oral initial.

115 L'article 3 *d*) dispose qu'un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat doit être considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. En conséquence, la validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif de l'invalidité du contrat dont il fait partie : la validité de l'accord d'élection de for doit être déterminée de manière autonome, selon les critères fixés par la Convention¹⁴⁵. Il est donc possible pour le tribunal élu de juger que le contrat n'est pas valable sans priver de sa validité l'accord d'élection de for. Par contre, bien entendu, il est aussi possible que le motif d'invalidité du contrat s'applique également à l'accord d'élection de for : tout dépend des circonstances et de la loi applicable.

Article 4 – Autres définitions

116 «**Jugement**». L'article 4 comporte deux autres définitions. La première, à l'article 4(1), est celle du terme «jugement». Il est largement défini afin de couvrir toute décision sur le fond, quelle que soit sa dénomination, y compris un jugement par défaut¹⁴⁶. Il exclut une ordonnance de procédure, mais couvre la fixation des frais et dépens (même rendue par un greffier plutôt que par un juge), à condition qu'elle concerne un jugement susceptible d'être reconnu ou exécuté en vertu de la Convention. Il ne couvre pas une décision accordant une mesure provisoire ou conservatoire, car ce n'est pas une décision sur le fond¹⁴⁷.

117 «**Résidence**». L'article 4(2) définit le terme de résidence à l'égard d'une entité ou personne autre qu'une personne physique. La définition a vocation à s'appliquer principalement aux personnes morales, et sera expliquée sur cette base¹⁴⁸.

118 La notion de résidence joue un rôle dans l'article 1(2) (définition d'une situation «internationale» aux fins de la compétence), dans l'article 20 (certaines exceptions à la reconnaissance et à l'exécution), et dans l'article 26 (rapport

¹⁴⁴ La formulation de cette disposition est inspirée de l'art. 6(1) de la *Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique* de 1996.

¹⁴⁵ Voir les art. 5(1), 6 et 9.

¹⁴⁶ Il recouvrirait une décision d'un office des brevets exerçant une fonction quasi-juridictionnelle.

¹⁴⁷ Sur les mesures provisoires, voir l'art. 7.

¹⁴⁸ Un État ou autorité publique d'un État ne seraient résidents que sur le territoire de cet État.

108 **Examples of exclusive agreements.** Article 3 *b*) provides that an agreement which designates the courts of one Contracting State or one or more specific courts in one Contracting State is deemed to be exclusive unless the parties expressly provide otherwise. As a result, the following must be regarded as exclusive choice of court agreements:¹³⁹

– “The courts of State X shall have jurisdiction to hear proceedings under this contract.”

– “Proceedings under this contract shall be brought before the courts of State X.”

109 **Examples of non-exclusive agreements.** The following would not be exclusive:¹⁴⁰

– “The courts of State X shall have non-exclusive jurisdiction to hear proceedings under this contract.”

– “Proceedings under this contract may be brought before the courts of State X, but this shall not preclude proceedings before the courts of any other State having jurisdiction under its law.”

– “Proceedings under this contract may be brought before court A in State X or court B in State Y, to the exclusion of all other courts.”

– “Proceedings against A may be brought exclusively at A’s residence in State A; proceedings against B may be brought exclusively at B’s residence in State B.”

110 **Formal requirements.** Paragraph *c*) deals with formal requirements. These are both necessary and sufficient under the Convention: a choice of court agreement is not covered by the Convention if it does not comply with them,¹⁴¹ but, if it does, no further requirements of a formal nature may be imposed under national law. Thus, for example, a court of a Contracting State cannot refuse to give effect to a choice of court agreement because:

– it is written in a foreign language;¹⁴²

– it is not in special bold type;

– it is in small type; or

– it is not signed by the parties separately from the main agreement.¹⁴³

111 Paragraph *c*) provides that the choice of court agreement must be concluded or documented either *i*) “in writing” or *ii*) “by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference”.

112 Where the agreement is in writing, its formal validity is not dependent on its being signed, though the lack of a signa-

ture might make it more difficult to prove the existence of the agreement. The other possible form is intended to cover electronic means of data transmission or storage. This includes all normal possibilities, provided that the data is retrievable so that it can be referred to and understood on future occasions. It covers, for example, e-mail and fax.¹⁴⁴

113 The agreement must either be concluded in one or other of these forms or it must be *documented* in them. The Conference rejected the phrase “evidenced in writing” in the English text in favour of “documented in writing” on the ground that “evidenced in writing” might give the impression that Article 3 *c*) constituted a rule of evidence. In parallel, the Conference rejected the phrase “*confirmé par écrit*” in the French text in favour of “*documenté par écrit*” on the ground that “*confirmé par écrit*” might give the impression that the rule referred to an element of intention.

114 If the agreement was oral and one party put it into writing, it does not matter if he was the one who benefited from it – for example, because the chosen court was in his State. In all cases, however, there must have been consent by both parties to the original oral agreement.

115 Article 3 *d*) provides that an exclusive choice of court agreement that forms part of a contract must be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. Accordingly, the validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract of which it forms part is not valid: the validity of the choice of court agreement must be determined independently, according to the criteria set out in the Convention.¹⁴⁵ Thus, it is possible for the designated court to hold the contract invalid without depriving the choice of court agreement of validity. On the other hand, of course, it is also possible for the ground on which the contract is invalid to apply equally to the choice of court agreement: it all depends on the circumstances and the applicable law.

Article 4 – Other definitions

116 “**Judgment**”. Article 4 contains two further definitions. The first, in Article 4(1), is of “judgment”. This is widely defined so as to cover any decision on the merits, regardless of what it is called, including a default judgment.¹⁴⁶ It excludes a procedural ruling, but covers an order as to costs or expenses (even if given by an officer of the court, rather than by a judge) provided it relates to a judgment that may be recognised or enforced under the Convention. It does not cover a decision to grant interim relief (provisional and protective measures), as this is not a decision on the merits.¹⁴⁷

117 “**Residence**”. Article 4(2) defines “residence” with regard to an entity or person other than a natural person. The definition is primarily intended to apply to corporations and will be explained on this basis.¹⁴⁸

118 The concept of residence plays a role in Article 1(2) (definition of an “international” case for the purpose of jurisdiction), Article 20 (certain exceptions to recognition and enforcement) and Article 26 (relationship with other interna-

¹³⁹ This list is not exhaustive. For examples of non-exclusive agreements see *supra*, para. 104 (last sentence), paras 105, 106 and 109.

¹⁴⁰ This list is not exhaustive.

¹⁴¹ In some Contracting States, the law may lay down less rigid formal requirements for choice of court agreements. It may even lay down no formal requirements at all. The Convention does not preclude a court in such a State from giving effect to choice of court agreements that are valid under its law, even if they do not meet the requirements of Art. 3 *c*). For example, if the choice of court agreement is valid under the national law of the chosen court, that court may hear the case even if the formal requirements of Art. 3 *c*) are not satisfied. However, the courts of other Contracting States would not be required under Art. 6 of the Convention to refrain from hearing proceedings covered by such a choice of court agreement, nor would they be obliged under Art. 8 of the Convention to recognise and enforce the judgment.

¹⁴² Provided there is still consent.

¹⁴³ In some legal systems, these might be requirements of internal law.

¹⁴⁴ The wording of this provision was inspired by Art. 6(1) of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996.

¹⁴⁵ See Art. 5(1), 6 and 9.

¹⁴⁶ It would cover a decision by a patent office exercising quasi-judicial functions.

¹⁴⁷ On interim relief, see Art. 7.

¹⁴⁸ A State or a public authority of a State would be resident only in the territory of that State.

avec d'autres instruments internationaux). Elle pourrait également jouer un rôle dans le cadre de l'article 19.

119 Le problème auquel la Session diplomatique était confrontée pour définir la résidence des personnes autres que les personnes physiques consistait à réconcilier les différentes visions des pays de *common law* et de droit civil, ainsi que celles existant au sein des pays de droit civil¹⁴⁹.

120 Dans la *common law*, la loi du lieu de constitution est traditionnellement considérée comme étant importante pour trancher les questions relatives aux affaires internes de la personne morale¹⁵⁰. C'est le système juridique qui lui donne naissance et la dote de la personnalité morale. Aux fins de la compétence, cependant, le lieu du principal établissement et le lieu de l'administration centrale sont également importants¹⁵¹. Ce dernier est le centre administratif de la personne morale, le lieu où les décisions les plus importantes sont prises. Le lieu du principal établissement est le centre de ses activités économiques. Bien que normalement situés en un même lieu, ils peuvent être différents. Par exemple, une société minière dont le siège central est à Londres (administration centrale) pourrait exercer son activité minière en Namibie (principal établissement). Les trois concepts étant tous importants en *common law*, la Convention dispose qu'une personne morale est résidente dans chacun de ces trois lieux.

121 Bien que certains systèmes de droit civil considèrent également la loi du lieu de constitution comme loi personnelle de la personne morale¹⁵², l'opinion dominante tend vers la loi du siège social. Le lieu du siège social est également considéré comme étant le domicile de la personne morale. Il existe cependant deux avis sur la manière de définir le siège social. Selon le premier, on examine l'acte juridique selon lequel la personne morale a été constituée (les statuts de la personne morale). Celui-ci indiquera où se trouve le siège social. Le siège social ainsi déterminé est dit «siège statutaire».

122 Le siège statutaire peut cependant ne pas être le véritable quartier général de la personne morale. Le second avis considère qu'il faut rechercher le lieu où la société a en fait son administration centrale, parfois appelé «siège réel». Cela correspond au concept de *common law* de lieu de l'administration centrale.

123 Afin de couvrir tous les points de vue, il a donc été nécessaire d'inclure le siège statutaire, traduit en anglais par «*statutory seat*». Cependant, ce terme ne fait pas référence au siège de la personne morale qui résulterait d'une disposition législative («*statute*»)¹⁵³, mais tel qu'il résulte des statuts, le document comportant la constitution de la société – par exemple, les *articles of association* (statuts d'une société). En *common law*, le plus proche équivalent est «*registered office*»¹⁵⁴. En pratique, l'État où la personne morale a son siège statutaire sera presque toujours l'État selon la loi duquel elle a été constituée ou formée, alors que l'État où elle a son administration centrale sera généralement celui où elle a son principal établissement. Par contre, il n'est pas rare qu'une société soit constituée dans un État – par exemple au Panama – et ait son administration centrale et son principal établissement dans un autre.

¹⁴⁹ Pour une étude comparative de ces questions, voir S. Rammeloo, *Corporations in Private International Law*, Oxford University Press 2001, chapitres 4 et 5.

¹⁵⁰ Pour l'Angleterre, voir A. Dicey, J. Morris & L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14^e éd., 2006, par L. Collins et rédacteurs spécialistes, Sweet and Maxwell, Londres, Règles 160(1) et 161 (p. 1335 à 1344). Pour les États-Unis d'Amérique, voir *First National City Bank c. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 621 ; 103 S. Ct. 2591 ; 77 L. Ed. 2d 46 (1983).

¹⁵¹ Pour le droit anglais, voir A. Dicey, J. Morris & L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14^e éd., 2006, par L. Collins et rédacteurs spécialistes, Sweet and Maxwell, Londres, Règle 160(2) (p. 1336).

¹⁵² Par ex., le Japon et les Pays-Bas.

¹⁵³ Le terme français «loi» correspond à l'anglais «*statute*».

¹⁵⁴ Pour le Royaume-Uni et l'Irlande, voir le Règlement de Bruxelles, art. 60(2).

Article 5 – Compétence du tribunal élu

124 L'article 5 est l'une des dispositions clés de la Convention. Un accord d'élection de for serait peu utile si le tribunal élu ne connaissait pas de l'affaire lorsque le litige lui est soumis. Pour cette raison, l'article 5(1) dispose qu'un tribunal désigné dans un accord exclusif d'élection de for est compétent pour trancher un litige auquel l'accord d'élection de for s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de l'État du tribunal désigné. En vertu de l'article 5(2), le tribunal élu n'est pas autorisé à refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal¹⁵⁵ d'un autre État¹⁵⁶ devrait connaître du litige.

125 **Nullité.** La disposition «nullité» est la seule exception d'application générale au principe selon lequel le tribunal élu doit connaître de l'affaire¹⁵⁷. La question de savoir si l'accord est nul est tranchée selon le droit de l'État du tribunal élu. L'expression «droit de l'État» inclut les règles de conflit de lois de cet État¹⁵⁸. Ainsi, si le tribunal élu considère que le droit d'un autre État devrait être appliqué selon ses règles de conflit de lois, il appliquera ce droit. Cela pourrait se produire, par exemple, lorsqu'en vertu des règles de conflit de lois du tribunal élu, la question de la validité de l'accord d'élection de for est tranchée selon le droit régissant le contrat dans son ensemble – par exemple, la loi désignée par les parties dans une clause d'élection de la loi applicable.

126 La disposition «nullité» ne s'applique qu'aux causes matérielles (non formelles) de nullité. Elle vise principalement les motifs généralement reconnus tels que la fraude, l'erreur, le dol, la violence et l'incapacité¹⁵⁹. Elle ne constitue pas une réserve ou une restriction aux exigences de forme de l'article 3 c), qui définissent les accords d'élection de for relevant de la Convention et ne laissent aucune place au droit national en ce qui concerne la forme.

127 **Refus d'exercer la compétence.** L'article 5(2) dispose que le tribunal élu n'est pas autorisé à refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige. Cette disposition renforce l'obligation établie à l'article 5(1). Cependant, l'article 5(2) ne s'applique qu'à l'égard d'un tribunal d'un autre État, et non d'un tribunal du même État¹⁶⁰.

128 **Signification du terme «État» à l'article 5(2).** Quel est le sens du terme «État» dans ce contexte? Dans le cas d'un État comportant un ressort unique, il n'y a pas de difficultés. Par contre, lorsque l'État est composé d'un certain nombre de territoires soumis à des systèmes de droit différents, tels que les États-Unis d'Amérique, le Canada ou le Royaume-Uni, la réponse est moins évidente. Selon l'article 25(1) c) de la Convention, une référence «au tribunal ou aux tribunaux d'un État» vise, le cas échéant, le tribunal ou les tribunaux de

¹⁵⁵ L'obligation de connaître du litige ne sera pas enfreinte lorsqu'un tribunal refuse d'exercer sa compétence au motif que le litige devrait être tranché par un arbitre.

¹⁵⁶ Dans les versions antérieures de la Convention, notamment celle figurant dans le Doc. trav. No 1 de 2005, il était indiqué, dans ce qui était alors l'art. 6, que si son droit interne en disposait ainsi, le tribunal élu était autorisé (mais non contraint) à surseoir à statuer ou se dessaisir en vue d'obtenir une décision sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle auprès d'un tribunal de l'État d'enregistrement. (La disposition était plus complexe que cela et existait en plusieurs versions, mais c'est là l'essentiel de sa signification.) Elle a été supprimée parce qu'elle a été jugée inutile, et non du fait d'un changement de politique. La Session diplomatique a demandé que cela soit explicité dans le Rapport explicatif: voir les Procès-verbaux de la Vingtième session, Commission II: le Procès-verbal No 20, para. 29 et 30, et le Procès-verbal No 24, para. 19, 21 et 5.

¹⁵⁷ Pour une autre exception applicable dans des circonstances particulières, voir l'art. 19.

¹⁵⁸ Si cela n'avait pas été le but recherché, le texte aurait utilisé l'expression «droit interne de l'État».

¹⁵⁹ La capacité peut comprendre la capacité des organismes publics à conclure des accords d'élection de for. Aux art. 6 b) et 9 b), l'incapacité est traitée séparément parce qu'il a été jugé souhaitable que le droit du tribunal saisi et le droit du tribunal élu soient tous deux appliqués: voir para. 150. À l'art. 5, par contre, le tribunal saisi est le tribunal élu; il n'est donc pas nécessaire de la traiter séparément.

¹⁶⁰ Au sujet du renvoi d'affaires entre les tribunaux d'un même État, voir l'art. 5(3) b), discuté au para. 139, *infra*.

tional instruments). It might also have a role to play under Article 19.

119 The problem faced by the Diplomatic Session in defining the residence of entities other than natural persons was to reconcile the different conceptions of the common law and civil law countries, as well as those within the civil law countries.¹⁴⁹

120 In the common law, the law of the place of incorporation is traditionally regarded as important for deciding issues relating to the internal affairs of the corporation.¹⁵⁰ It is the legal system that gives birth to it and endows it with legal personality. For jurisdictional purposes, however, the principal place of business and the place of its central management are also important.¹⁵¹ The latter is the administrative centre of the corporation, the place where the most important decisions are taken. The principal place of business is the centre of its economic activities. Though normally in the same place, these two could be different. For example, a mining company with its headquarters in London (central administration) might carry on its mining activity in Namibia (principal place of business). Since all three concepts are important in the common law, the Convention provides that a corporation is resident in all three places.

121 Although some civil law systems also look to the law of the place of incorporation as the personal law of the company,¹⁵² the dominant view favours the law of the “corporate seat” (*siège social*). The place of the corporate seat is also regarded as the domicile of the corporation. However, there are two views as to how the corporate seat is to be determined. According to the first view, one looks to the legal document under which the corporation was constituted (the *statut* of the corporation). This will state where the corporate seat is. The corporate seat thus determined is called the *siège statutaire*.

122 The *siège statutaire* may not, however, be the actual corporate headquarters. The second view is that one should look to the place where the company in fact has its central administration, sometimes called the *siège réel*. This corresponds to the common-law concept of the place of central administration.

123 To cover all points of view, it was thus necessary to include the *siège statutaire*, which is translated into English as “statutory seat”. However, this term does not refer to the corporation’s seat as laid down by some statute (legislation)¹⁵³ but as laid down by the *statut*, the document containing the constitution of the company – for example, the articles of association. In the common law, the nearest equivalent is “registered office”.¹⁵⁴ In practice, the State where the corporation has its statutory seat will almost always be the State under whose law it was incorporated or formed; while the State where it has its central administration will usually be that in which it has its principal place of business. On the other hand, it is not uncommon for a company to be incorporated in one State – for example, Panama – and to have its central administration and principal place of business in another.

¹⁴⁹ For a comparative discussion of these matters, see S. Rammelo, *Corporations in Private International Law*, Oxford University Press 2001, Chapters 4 and 5.

¹⁵⁰ For England, see A. Dicey, J. Morris & L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14th ed., by L. Collins & specialist editors, Sweet and Maxwell, London 2006, Rules 160(1) and 161 (pp. 1335–1344); for the United States of America, see *First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 621; 103 S. Ct. 2591; 77 L. Ed. 2d 46 (1983).

¹⁵¹ For English law, see A. Dicey, J. Morris & L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14th ed., by L. Collins & specialist editors, Sweet and Maxwell, London 2006, Rule 160(2) (p. 1336).

¹⁵² For example, Japan and the Netherlands.

¹⁵³ The French for “statute” is “loi”.

¹⁵⁴ For the United Kingdom and Ireland, see the Brussels Regulation, Art. 60(2).

Article 5 – Jurisdiction of the chosen court

124 Article 5 is one of the “key provisions” of the Convention. A choice of court agreement would be of little value if the chosen court did not hear the case when proceedings were brought before it. For this reason, Article 5(1) provides that a court designated by an exclusive choice of court agreement has jurisdiction to decide a dispute to which the choice of court agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of the State of the court designated. Under Article 5(2), the chosen court is not permitted to decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided by a court¹⁵⁵ in another State.¹⁵⁶

125 **Null and void.** The “null and void” provision is the only generally applicable exception to the rule that the chosen court must hear the case.¹⁵⁷ The question whether the agreement is null and void is decided according to the law of the State of the chosen court. The phrase “law of the State” includes the choice-of-law rules of that State.¹⁵⁸ Thus, if the chosen court considers that the law of another State should be applied under its choice-of-law rules, it will apply that law. This could occur, for example, where under the choice-of-law rules of the chosen court, the validity of the choice of court agreement is decided by the law governing the contract as a whole – for example, the law designated by the parties in a choice-of-law clause.

126 The “null and void” provision applies only to substantive (not formal) grounds of invalidity. It is intended to refer primarily to generally recognised grounds like fraud, mistake, misrepresentation, duress and lack of capacity.¹⁵⁹ It does not qualify, or detract from, the form requirements in Article 3 *c*), which define the choice of court agreements covered by the Convention and leave no room for national law as far as form is concerned.

127 **Declining jurisdiction.** Article 5(2) provides that the chosen court is not permitted to decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State. This provision reinforces the obligation laid down in Article 5(1). However, Article 5(2) applies only with regard to a court in another State, not to a court in the same State.¹⁶⁰

128 **Meaning of “State” under Article 5(2).** What is meant by “State” in this context? In the case of a State containing a single law-district, there is no problem. Where, on the other hand, the State contains a number of territories subject to different systems of law, such as the United States of America, Canada or the United Kingdom, the answer is less obvious. Under Article 25(1) *c*) of the Convention, a reference to “the court or courts of a State” means, where appropriate, the court

¹⁵⁵ The requirement to hear the case will not be violated where a court declines jurisdiction on the ground that the dispute should be decided by an arbitrator.

¹⁵⁶ In earlier drafts of the Convention, in particular that contained in Work. Doc. No 1 of 2005, it was stated, in what was then Art. 6, that, if its internal law so provided, the chosen court was permitted (but not obliged) to suspend or dismiss the proceedings before it in order to obtain a ruling on the validity of an intellectual property right from the court of the State of registration. (The provision was more complicated than this and came in various versions, but this conveys the gist of it.) It was deleted because it was regarded as unnecessary, not because of any change of policy. The Diplomatic Session requested that this should be clarified in the Explanatory Report: see Minutes of the Twentieth Session, Commission II: Minutes No 20, paras 29 and 30, Minutes No 24, paras 19, 21 *et seq.*

¹⁵⁷ For another exception that applies in special cases, see Art. 19.

¹⁵⁸ If this had not been the intention, the text would have used the phrase “internal law of the State”.

¹⁵⁹ Capacity may include the capacity of public bodies to enter into choice of court agreements. In Art. 6 *b*) and 9 *b*), lack of capacity is dealt with separately because it was thought desirable that both the law of the court seised and the law of the chosen court should be applied: see para. 150. In Art. 5, on the other hand, the court seised is the chosen court; so there is no need to deal separately with it.

¹⁶⁰ On the transfer of cases between courts in the same State, see Art. 5(3) *b*), discussed in para. 139, *infra*.

l'unité territoriale considérée¹⁶¹. Il s'ensuit que la mention à l'article 5(2) d'un « tribunal d'un autre État » peut être comprise comme visant un tribunal d'une autre unité territoriale le cas échéant.

129 Quand est-il approprié de viser une unité territoriale au sein d'un État? Cela pourrait dépendre de divers facteurs, y compris la relation entre l'entité la plus étendue (par exemple, le Royaume-Uni) et les sous-ensembles (par exemple, l'Angleterre et l'Écosse) en vertu du droit de l'État en question, mais dans le contexte de l'article 5, le principal est probablement l'accord d'élection de for. S'il vise les « tribunaux d'Angleterre », l'Angleterre serait probablement l'unité territoriale considérée, et l'article 5(2) interdirait au tribunal anglais de refuser d'exercer sa compétence au profit d'un tribunal situé en Écosse : en effet, l'Écosse serait un autre « État » à cet égard. Si par contre l'accord d'élection de for vise « les tribunaux du Royaume-Uni », « État » signifierait probablement le Royaume-Uni, et l'article 5(2) n'interdirait pas à un tribunal en Angleterre de refuser d'exercer sa compétence au profit d'un tribunal en Écosse.

130 Dans le cas des États-Unis d'Amérique, la situation pourrait dépendre de la question de savoir si le tribunal élu est un tribunal d'état¹⁶² ou un tribunal fédéral. Si l'accord d'élection de for visait « les tribunaux de l'état de New York », le terme « État » dans l'article 5(2) désignerait probablement ici l'état de New York, et non les États-Unis d'Amérique. En ce cas, l'article 5(2) interdirait au tribunal de New York de refuser d'exercer sa compétence au profit, par exemple, d'un tribunal du New Jersey.

131 Si la référence visait « les tribunaux des États-Unis », l'article 5(2) n'interdirait pas le renvoi à un tribunal fédéral dans un autre état des États-Unis, car « État » désignerait probablement les États-Unis d'Amérique¹⁶³. Il en serait de même si la référence visait un tribunal fédéral particulier – par exemple, le « Tribunal fédéral de district pour le district sud de New York ». Là encore, « État » désignerait les États-Unis d'Amérique. L'article 5(2) n'interdirait donc pas un renvoi vers un tribunal fédéral de district d'un autre état des États-Unis d'Amérique¹⁶⁴.

132 **Forum non conveniens.** Il existe deux principes de droit sur le fondement desquels un tribunal pourrait considérer que le litige devrait être tranché par un tribunal d'un autre État. Le premier est celui de *forum non conveniens*¹⁶⁵. C'est un principe appliqué principalement par les pays de *common law*¹⁶⁶. Sa formulation précise varie d'un pays à l'autre, mais on peut dire en général qu'il permet à un tribunal compétent de surseoir à statuer (suspendre) ou se dessaisir de l'instance s'il

considère qu'un autre tribunal serait un for plus approprié¹⁶⁷. Le prononcé d'un sursis ou dessaisissement est discrétionnaire et implique une évaluation de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce. Il s'applique qu'une procédure ait été ou non engagée devant l'autre tribunal (bien qu'il s'agisse là d'un facteur pouvant être pris en compte).

133 **Litispendance.** Le second principe est celui de litispendance. Celui-ci est appliqué principalement par les pays de droit civil. Il impose à un tribunal de surseoir à statuer (suspendre) ou se dessaisir d'une procédure si un autre tribunal a été saisi en premier d'une procédure portant sur la même cause entre les mêmes parties¹⁶⁸. Il n'est pas discrétionnaire, n'implique pas d'évaluation de facteurs pertinents pour déterminer le for le plus approprié, et ne s'applique que lorsqu'une procédure a déjà été engagée devant l'autre tribunal.

134 L'article 5(2) exclut le recours à l'un ou l'autre de ces principes si le tribunal en faveur duquel serait prononcé un sursis à statuer ou dessaisissement est situé dans un autre État, car selon l'un ou l'autre principe, le tribunal refuserait d'exercer sa compétence « au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige ».

135 **Compétence d'attribution.** L'article 5(3) a) dispose que l'article 5 n'affecte pas les règles internes relatives à la compétence d'attribution ou les règles internes de compétence fondées sur le montant de la demande. L'expression « compétence d'attribution » peut avoir diverses significations. En l'occurrence, elle vise la répartition de la compétence entre différents tribunaux du même État sur le fondement de l'objet du litige. Elle ne se préoccupe pas de déterminer l'État dont les tribunaux connaîtront de l'affaire, mais de la question de savoir quel type de tribunal à l'intérieur d'un État en connaîtra. Par exemple, il peut exister des juridictions spécialisées pour les questions telles que le divorce, la fiscalité ou les brevets. Une juridiction fiscale spécialisée serait donc dépourvue de compétence d'attribution pour connaître d'une affaire de violation d'un contrat. De sorte que même si les parties concluaient un accord exclusif d'élection de for désignant une telle juridiction, elle ne serait pas tenue en vertu de la Convention de connaître de l'affaire.

136 Dans certains États fédéraux tels que l'Australie, le Canada et les États-Unis d'Amérique, la compétence d'attribution peut également désigner la répartition de compétence entre les tribunaux d'état et fédéraux¹⁶⁹. En règle générale, on peut dire que les tribunaux d'état disposent d'une compétence d'attribution pour toutes les affaires en l'absence d'une règle particulière qui les en prive. Les tribunaux fédéraux, par contre, ne sont compétents que si une règle particulière leur attribue une compétence. Les parties ne peuvent déroger à ces règles. S'il n'y a pas de compétence d'attribution, un tribunal fédéral ne peut pas connaître de l'affaire, même si les parties se soumettent à sa compétence.

137 Dans certains pays, certaines juridictions ne sont compétentes que si le montant de la demande est supérieur ou inférieur à une certaine somme. Puisqu'il s'agit de la répartition interne de compétence au sein d'un même État, c'est une

¹⁶¹ Pour la situation à l'égard des Organisations régionales d'intégration économique, telles que la Communauté européenne, voir l'art. 29(4).

¹⁶² Il est rappelé que, dans la Convention et dans le présent Rapport, le terme « état » avec un « e » minuscule vise une unité territoriale d'un État fédéral (par ex., un état des États-Unis d'Amérique); « État » avec un « E » majuscule vise un État au sens international.

¹⁶³ Le jugement qui en résulte aurait droit à être reconnu ou exécuté en vertu de la Convention, car ce serait un jugement rendu par un tribunal désigné dans l'accord d'élection de for : voir l'art. 8(1).

¹⁶⁴ Cependant, il conviendrait de « dûment prendre en considération » le choix des parties ; voir l'art. 5 (3) b). En ce qui concerne la question de savoir si le jugement résultant aurait droit à la reconnaissance en vertu de la Convention, voir l'art. 8(5).

¹⁶⁵ Voir J. Fawcett (éd.), *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Clarendon Press, Oxford 1995.

¹⁶⁶ Il est en fait apparu en Écosse, un pays de *common law* / droit civil mixte. Il reste applicable à ce jour en Écosse, et a été également adopté dans des ressorts de droit civil tels que le Québec. Pour l'application de ce principe et autres alternatives légales dans le contexte des clauses d'élection de for, voir A. Schulz, « Mécanismes de renvoi des affaires au sein de systèmes fédéraux », Doc. pré-l. No 23, octobre 2003 à l'intention de la Commission spéciale de décembre 2003, *supra* p. 118, également disponible à l'adresse <www.hchc.net>.

¹⁶⁷ Pour la formulation en droit anglais, voir A. Dicey, J. Morris & L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14^e éd., 2006 par L. Collins et rédacteurs spécialistes, Sweet and Maxwell, Londres, Règle 31(2) (p. 461) ; pour la formulation aux États-Unis d'Amérique, voir The American Law Institute, *Second Restatement on Conflict of Laws*, The American Law Institute Publishers, St Paul, Minn., 1971, § 84. Pour une discussion plus détaillée du *forum non conveniens*, avec une référence particulière à ses effets sur les accords d'élection de for, voir R. Brand, « *Forum Selection and Forum Rejection in US Courts : One Rationale for a Global Choice of Court Convention* » in J. Fawcett (éd.), *Reform and Development of Private International Law : Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press 2002, p. 51.

¹⁶⁸ Voir par ex. l'art. 27 du Règlement de Bruxelles, qui impose à tout tribunal autre que le premier saisi à surseoir à statuer d'office et à se déclarer incompétent si la compétence du premier tribunal saisi est établie.

¹⁶⁹ Pour un examen détaillé de la compétence fédérale et d'état en Australie, au Canada et aux États-Unis d'Amérique, voir A. Schulz, « Mécanismes de renvoi des affaires au sein de systèmes fédéraux », Doc. pré-l. No 23 d'octobre 2003, *supra*, note 166.

or courts in the relevant territorial unit.¹⁶¹ From this, it follows that the reference in Article 5(2) to “a court of another State” may be understood as referring to a court of another territorial unit where this is appropriate.

129 When is it appropriate to refer to a territorial unit within a State? This could depend on various factors, including the relationship between the larger entity (for example, the United Kingdom) and the sub-units (for example, England and Scotland) under the law of the State in question, but in the context of Article 5, the most important is probably the choice of court agreement. If it refers to “the courts of England”, England would probably be the relevant territorial unit, and Article 5(2) would preclude the English court from declining jurisdiction in favour of a court in Scotland: Scotland would be another “State” for this purpose. If, on the other hand, the choice of court agreement referred to “the courts of the United Kingdom”, “State” would probably mean the United Kingdom, and a court in England would not be precluded by Article 5(2) from declining jurisdiction in favour of a court in Scotland.

130 In the case of the United States of America, the position could depend on whether the chosen court was a state¹⁶² court or a federal court. If the choice of court agreement designated “the courts of the state of New York”, the word “State” in Article 5(2) would probably refer to the state of New York, not to the United States of America, in which case the New York court would be precluded under Article 5(2) from declining jurisdiction in favour of a court in, say, New Jersey.

131 If the reference was to “the courts of the United States”, Article 5(2) would not preclude a transfer to a federal court in a different state of the United States, since “State” would probably mean the United States of America.¹⁶³ The same would apply if the reference was to a specific federal court – for example, “the Federal District Court for the Southern District of New York”. Here too, “State” would mean the United States of America; consequently, Article 5(2) would not preclude a transfer to a federal court in a different state of the United States of America.¹⁶⁴

132 *Forum non conveniens*. There are two legal doctrines on the basis of which a court might consider that the dispute should be decided in a court of another State. The first is *forum non conveniens*.¹⁶⁵ This is a doctrine mainly applied by common law countries.¹⁶⁶ Its precise formulation varies from country to country, but in general one can say that it permits a court having jurisdiction to stay (suspend) or dismiss the proceedings if it considers that another court would be a

more appropriate forum.¹⁶⁷ The granting of a stay or dismissal is discretionary and involves weighing up all relevant factors in the particular case. It applies irrespective of whether or not proceedings have been commenced in the other court (though this is a factor that may be taken into account).

133 *Lis pendens*. The second doctrine is that of *lis pendens*. This is applied mainly by civil law countries. It requires a court to stay (suspend) or dismiss proceedings if another court has been seised first in proceedings involving the same cause of action between the same parties.¹⁶⁸ It is not discretionary, does not involve the weighing up of relevant factors to determine the more appropriate court and applies only when proceedings have already been commenced in the other court.

134 Article 5(2) precludes resort to either of these doctrines if the court in whose favour the proceedings would be stayed or dismissed is in another State, since under either doctrine the court would decline to exercise jurisdiction “on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.”

135 **Subject-matter jurisdiction.** Article 5(3) a) provides that Article 5 does not affect internal rules on subject-matter jurisdiction or jurisdictional rules based on the value of the claim. The phrase “subject-matter jurisdiction” can have a variety of meanings. Here it refers to the division of jurisdiction among different courts in the same State on the basis of the subject matter of the dispute. It is not concerned with determining which State’s courts will hear the case but with the question what kind of court *within* a State will hear it. For example, specialised courts may exist for matters such as divorce, tax or patents. Thus, a specialised tax court would lack subject-matter jurisdiction to hear an action for breach of contract. So even if the parties concluded an exclusive choice of court agreement designating such a court, it would not be obliged under the Convention to hear the case.

136 In some federated States such as Australia, Canada and the United States of America, subject-matter jurisdiction can also refer to the allocation of jurisdiction between state and federal courts.¹⁶⁹ As a general rule, one can say that state courts have subject-matter jurisdiction in all cases unless there is a specific rule depriving them of jurisdiction. Federal courts, on the other hand, have jurisdiction only if a specific rule grants them jurisdiction. The parties cannot waive these rules. If subject-matter jurisdiction does not exist, a federal court cannot hear the case, even if the parties submit to its jurisdiction.

137 In some countries, certain courts have jurisdiction only if the value of the claim is greater, or less, than a specified amount. Since this concerns the internal allocation of jurisdiction within a single State, it is a question of subject-matter jurisdiction

¹⁶¹ For the position with regard to Regional Economic Integration Organisations, such as the European Community, see Art. 29(4).

¹⁶² It should be remembered that in the Convention and in this Report, “state” with a lower-case “s” refers to a territorial unit of a federal State (for example, a state in the United States of America); “State” with an upper-case “S” refers to a State in the international sense.

¹⁶³ The resulting judgment would be entitled to recognition and enforcement under the Convention, since it would be a judgment given by a court designated in the choice of court agreement: see Art. 8(1).

¹⁶⁴ However, “due consideration” would have to be given to the choice of the parties: see Art. 5(3) b). As to whether the resulting judgment would be entitled to recognition under the Convention, see Art. 8(5).

¹⁶⁵ See J. Fawcett (ed.), *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Clarendon Press, Oxford 1995.

¹⁶⁶ It actually originated in Scotland, a mixed common / civil law country. It still applies in Scotland today and has also been adopted in civil law jurisdictions such as Quebec. For the application of this doctrine and other statutory substitutes in the context of choice of court clauses, see A. Schulz, “Mechanisms for the Transfer of Cases within Federal Systems”, Prel. Doc. No 23 of October 2003 for the attention of the Special Commission of December 2003, *supra* p. 119, also available at <www.hech.net>.

¹⁶⁷ For the formulation in English law, see A. Dicey, J. Morris & L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14th ed., by L. Collins & specialist editors, Sweet and Maxwell, London 2006, Rule 31(2) (p. 461); for the formulation in the United States of America, see The American Law Institute, *Second Restatement on Conflict of Laws*, The American Law Institute Publishers, St Paul, Minn. 1971, § 84. For further discussion of *forum non conveniens*, with special reference to its effect on choice of court agreements, see R. Brand, “Forum Selection and Forum Rejection in US Courts: One Rationale for a Global Choice of Court Convention”, in J. Fawcett (ed.), *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press 2002, p. 51.

¹⁶⁸ See, for example, Art. 27 of the Brussels Regulation, which requires any court other than the court first seised to stay its proceedings of its own motion and to decline jurisdiction if the jurisdiction of the court first seised is established.

¹⁶⁹ For a detailed discussion of federal and state jurisdiction in Australia, Canada and the United States of America, see A. Schulz, “Mechanisms for the Transfer of Cases within Federal Systems”, Prel. Doc. No 23 of October 2003, *supra* note 166.

question de compétence d'attribution telle que définie ci-dessus. Cependant, certains États n'utilisent pas cette terminologie, et l'article 5(3) a) vise donc expressément la compétence fondée sur le montant de la demande. Les observations du paragraphe précédent sur la compétence d'attribution s'appliquent ici aussi.

138 Règles internes de procédure. Comme indiqué ci-dessus¹⁷⁰, la Convention n'a pas vocation à affecter les règles de procédure interne (y compris les règles issues des juridictions) qui n'ont pas trait à la compétence internationale ou à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Certaines de ces règles pourront interdire à un tribunal de connaître d'affaires dans certaines circonstances. Les règles de compétence d'attribution n'en sont qu'un exemple. Les autres exemples comprennent : les règles interdisant à certaines personnes (telles que les étrangers ennemis en temps de guerre) d'engager des procédures ; les règles interdisant l'engagement de procédures à l'encontre de certaines personnes (par exemple, les règles relatives à l'immunité souveraine / immunité des États¹⁷¹) ; les règles interdisant aux tribunaux de connaître de certains litiges (par exemple, le principe de l'*act of state*, tel qu'il est appliqué aux États-Unis d'Amérique) ; les règles imposant l'engagement de procédures dans un certain délai (qu'elles soient procédurales ou matérielles) ; et les règles relatives à la capacité d'ester et de se défendre en justice (par exemple, une règle selon laquelle une entité dépourvue de personnalité morale ne peut ester en justice). Certaines de ces questions sont expressément visées par la Convention¹⁷² ; d'autres ne le sont pas. Toutefois, même en l'absence d'une mention expresse – il est impossible de tout prévoir – l'article 5 n'a pas vocation à affecter ces autres règles de procédure.

139 Répartition interne de compétence. L'article 5(3) b) dispose que les paragraphes 1 et 2 de l'article 5 « n'affectent pas les règles relatives à la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant »¹⁷³. Si les parties n'ont pas désigné de tribunal particulier – si par exemple, l'accord d'élection de for désigne simplement « les tribunaux des Pays-Bas » ou « les tribunaux de l'état du New Jersey » – il n'y a pas de raison que les règles normales relatives à la répartition interne de compétence ne s'appliquent pas¹⁷⁴.

140 Un tribunal particulier. Même si les parties désignent un tribunal particulier – par exemple, le Tribunal fédéral de district pour le district sud de New York¹⁷⁵ ou le Tribunal de district de Tokyo –, les règles nationales sur la répartition interne de compétence resteront applicables. Toutefois, cela est soumis à la réserve de la dernière phrase de l'alinéa b), qui s'applique lorsque le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'effectuer le renvoi¹⁷⁶ ou non. Cette disposition impose au tribunal élu de prendre dûment en considération le choix des parties : lorsque les parties ont choisi un tribunal particulier, le tribunal ne doit pas passer outre à leur choix sans motif sérieux¹⁷⁷.

¹⁷⁰ Para. 88 à 92.

¹⁷¹ Voir l'art. 2(6).

¹⁷² Voir par ex. l'art. 2(6).

¹⁷³ Il va sans dire que l'art. 5(3) b) s'applique également lorsqu'une affaire est renvoyée d'un tribunal siégeant en un lieu au même tribunal siégeant en un autre lieu. Cela peut se produire dans certains pays – par ex., le Canada et l'Australie.

¹⁷⁴ Sur l'effet d'un accord exclusif d'élection de for sur le renvoi d'un tribunal d'état vers un tribunal fédéral dans une affaire de diversité en vertu du droit des États-Unis d'Amérique avant la Convention, voir *Dixon c. TSE International Inc.*, 330 F. 3d 396 (5th Cir. 2003) ; *Roberts & Schaefer Co. c. Merit Contracting, Inc.*, 99 F. 3d 248 (7th Cir. 1996).

¹⁷⁵ Voir *supra*, para. 136.

¹⁷⁶ Dans le cadre des art. 5(3) et 8(5), le terme de « renvoi » a un sens général : il ne correspond à aucune terminologie utilisée dans quelque système juridique national. Il s'applique chaque fois qu'une instance engagée devant un tribunal est déplacée vers un autre. Cela peut résulter d'une ordonnance du tribunal saisi en premier (par ex. « *transfer* » dans la terminologie de la procédure fédérale des États-Unis d'Amérique) ou d'une ordonnance du tribunal auprès duquel l'affaire est déplacée (par ex. « *removal* » dans la terminologie de la procédure fédérale des États-Unis d'Amérique).

¹⁷⁷ Les effets d'un renvoi sur l'application des art. 6 et 8 sont examinés ci-dessous ; voir *infra*, para. 156 à 158 et 175 à 181.

Article 6 – Obligations du tribunal non élu

141 L'article 6 est la deuxième disposition clé de la Convention. Comme d'autres dispositions, il ne s'applique que si l'accord d'élection de for est exclusif et uniquement si le tribunal élu est situé dans un État contractant¹⁷⁸. Il est adressé aux tribunaux dans des États contractants autres que celui du tribunal élu, et leur impose (sauf dans certains cas expressément indiqués) de ne pas connaître de l'affaire, c'est-à-dire, de surseoir à statuer ou se dessaisir du litige, même s'ils sont compétents en vertu de leur droit national. Cette obligation est essentielle pour permettre le respect de la nature exclusive de l'accord d'élection de for.

142 L'article 6 ne s'applique que si les parties au litige sont liées par l'accord d'élection de for. Elles doivent normalement être parties à l'accord, bien que, comme indiqué ci-dessus¹⁷⁹, il existe des circonstances dans lesquelles une personne qui n'est pas partie à l'accord sera néanmoins liée par celui-ci.

143 L'exemple suivant¹⁸⁰ illustre le mode de fonctionnement de la Convention dans les affaires multipartites. Supposons que A, résidant en Allemagne, vende des marchandises à B, résidant au Québec (Canada). Le contrat comporte un accord d'élection de for en faveur des tribunaux allemands. Les marchandises sont livrées au Québec, et B les vend à C, qui est également résident du Québec. Le contrat entre B et C ne comporte pas d'accord d'élection de for. Si C prétend que les marchandises sont défectueuses, il peut poursuivre B au Québec. Il pourrait également poursuivre A (sur le fondement de la responsabilité délictuelle) au Québec (si les tribunaux du Québec sont compétents en vertu de leur propre loi), car l'accord d'élection de for ne lierait pas A et C. Toutefois, si C ne poursuit que B au Québec, et que B souhaite alors appeler A en qualité de tiers intervenant, B ne pourra le faire : l'accord d'élection de for lie A et B. En vertu de l'article 6 de la Convention, le tribunal au Québec devra surseoir à statuer ou se dessaisir de toute procédure engagée par B à l'encontre de A¹⁸¹. La Convention prévaudrait donc sur des dispositions de droit interne qui permettraient, en l'absence de la Convention, l'intervention de A au Québec ou permettraient au tribunal d'exercer sa compétence à l'égard de la demande à l'encontre de A.

144 L'article 6 impose au tribunal de surseoir à statuer ou se dessaisir « d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique ». Afin de déterminer quels sont les litiges soumis à un tel accord, le tribunal doit l'interpréter. En vertu de l'article 3 a) de la Convention, l'accord s'applique aux litiges « nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé ». Afin d'interpréter l'accord, le tribunal doit décider quel est ce rapport, et à quels litiges l'accord s'applique. Il doit décider, par exemple, si un accord d'élection de for dans un contrat de prêt s'applique à une demande fondée sur la responsabilité délictuelle de l'emprunteur à l'encontre du bailleur pour avoir obtenu l'exécution du contrat d'une manière prétendument abusive.

145 Si le litige relève d'un accord exclusif d'élection de for, le tribunal doit soit surseoir à statuer soit se dessaisir, à moins que l'une des exceptions ne s'applique.

146 Cinq exceptions. L'article 6 établit cinq exceptions à la règle selon laquelle le tribunal doit surseoir à statuer ou se dessaisir. Lorsque l'une des exceptions s'applique, l'interdiction de connaître de l'affaire est levée. La Convention

¹⁷⁸ Cela résulte de la définition d'un « accord exclusif d'élection de for » à l'art. 3 a).

¹⁷⁹ Para. 97.

¹⁸⁰ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties ; voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

¹⁸¹ Voir le Procès-verbal No 2 de la Vingtième session, Commission II, para. 11 et 12.

as defined above. However, some States do not use this terminology; so Article 5(3) *a*) refers specifically to jurisdiction based on the value of the claim. The comments in the previous paragraph on subject-matter jurisdiction apply here as well.

138 Internal procedural rules. As was said above,¹⁷⁰ it was not intended that the Convention should affect rules of internal procedure (including court-made rules) that are not related to international jurisdiction or the recognition or enforcement of foreign judgments. Some of these rules may preclude a court from hearing cases in certain circumstances. Rules on subject-matter jurisdiction are just one example. Other examples are: rules precluding certain parties (such as enemy aliens in time of war) from bringing proceedings; rules precluding proceedings being brought against certain parties (for example, rules on State / sovereign immunity¹⁷¹); rules precluding courts from hearing certain disputes (for example, the act of state doctrine, as applied in the United States of America); rules requiring cases to be brought within a given period of time (whether procedural or substantive); and rules on capacity to sue or be sued (for example, rules that an entity lacking legal personality cannot bring legal proceedings). Some of these matters are expressly mentioned in the Convention;¹⁷² others are not. However, even if they are not expressly mentioned – it is impossible to cover everything – it was not intended that these other rules of procedure should be affected by Article 5.

139 Internal allocation of jurisdiction. Article 5(3) *b*) provides that paragraphs 1 and 2 of Article 5 do not “affect the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State.”¹⁷³ If no specific court is designated by the parties – if, for example, the choice of court agreement refers merely to “the courts of the Netherlands” or “the courts of the state of New Jersey” – there is no reason why the normal rules on the internal allocation of jurisdiction should not apply.¹⁷⁴

140 A specific court. Even if the parties designate a specific court – for example, the Federal District Court for the Southern District of New York¹⁷⁵ or the Tokyo District Court –, national rules on the internal allocation of jurisdiction still apply. However, this is subject to the last sentence in subparagraph *b*), which applies where the court has discretion as to whether or not it should make the transfer.¹⁷⁶ That provision requires the chosen court to give due consideration to the choice of the parties: where the parties have chosen a specific court, the court should not lightly override their choice.¹⁷⁷

Article 6 – Obligations of a court not chosen

141 Article 6 is the second “key provision” of the Convention. Like other provisions, it applies only if the choice of court agreement is exclusive and only if the chosen court is in a Contracting State.¹⁷⁸ It is addressed to courts in Contracting States other than that of the chosen court, and requires them (except in certain specified circumstances) not to hear the case, *i.e.* to suspend or dismiss the proceedings, even if they have jurisdiction under their national law. This obligation is essential if the exclusive character of the choice of court agreement is to be respected.

142 Article 6 applies only if the parties to the proceedings are bound by the choice of court agreement. Normally they must be parties to the agreement, though, as we saw above,¹⁷⁹ there are circumstances in which someone who is not a party to the agreement will nevertheless be bound by it.

143 The following example¹⁸⁰ illustrates how the Convention can work in multi-party cases. Assume that A, who is resident in Germany, sells goods to B, who is resident in Quebec (Canada). The contract contains a choice of court clause in favour of the courts of Germany. The goods are delivered in Quebec, and B sells them to C, who is also resident in Quebec. The contract between B and C contains no choice of court clause. If C claims that the goods are defective, he can sue B in Quebec. He could also sue A (in tort) in Quebec (if the courts of Quebec have jurisdiction under their law), since the choice of court agreement would not be binding between A and C. However, if C sues only B in Quebec, and B then wishes to join A as a third party, B will be unable to do so: the choice of court agreement is binding between A and B. Under Article 6 of the Convention, the court in Quebec will be required to suspend or dismiss any proceedings that B brings against A.¹⁸¹ The Convention would thus override domestic-law provisions that might, in the absence of the Convention, allow joinder of A in Quebec or permit the court to exercise jurisdiction over the claim against A.

144 Article 6 requires the court to suspend or dismiss “proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies”. To determine whether the proceedings are subject to such an agreement, the court must interpret it. Under Article 3 *a*) of the Convention, the agreement applies to disputes “which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship”. In interpreting the agreement, the court must decide what that relationship is, and which disputes the agreement applies to. It must decide, for example, whether a choice of court clause in a loan agreement applies to a tort action by the borrower against the lender for enforcing the agreement in an allegedly abusive manner.

145 If the proceedings are covered by an exclusive choice of court agreement, the court must either suspend or dismiss them, unless one of the exceptions applies.

146 Five exceptions. Article 6 lays down five exceptions to the rule that the proceedings must be suspended or dismissed. Where one of the exceptions applies, the prohibition against hearing the case is lifted. The Convention does not

¹⁷⁰ Paras 88 to 92.

¹⁷¹ See Art. 2(6).

¹⁷² See, for example, Art. 2(6).

¹⁷³ It goes without saying that Art. 5(3) *b*) also applies where a case is transferred from a court sitting in one place to the same court sitting in another place. This can occur in certain countries – for example, Canada and Australia.

¹⁷⁴ For the effect of an exclusive choice of court agreement on removal from a state court to a federal court in diversity cases under United States law prior to the Convention, see *Dixon v. TSE International Inc.*, 330 F. 3d 396 (5th Cir. 2003); *Roberts & Schaefer Co. v. Merit Contracting, Inc.*, 99 F. 3d 248 (7th Cir. 1996).

¹⁷⁵ See *supra*, para. 136.

¹⁷⁶ As used in Art. 5(3) and 8(5), “transfer” has a general meaning: it does not reflect the terminology in use in any national system of law. It applies whenever a case that is begun in one court is moved to another. This can occur following an order by the court first seised (for example, “transfer” in the terminology of United States federal procedure) or following an order by the court to which the case is moved (for example, “removal” in the terminology of United States federal procedure).

¹⁷⁷ The effects of a transfer on the application of Art. 6 and 8 are considered below; see paras 156 to 158 and 175 to 181, *infra*.

¹⁷⁸ This follows from the definition of “exclusive choice of court agreement” in Art. 3 *a*).

¹⁷⁹ Para. 97.

¹⁸⁰ It will be remembered that in all examples given in this Report, unless explicitly stated otherwise, it is assumed that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

¹⁸¹ See Minutes No 2 of the Twentieth Session, Commission II, paras 11 and 12.

n'interdit pas alors au tribunal d'exercer la compétence dont il pourrait disposer selon son propre droit. L'article 6 ne crée toutefois pas de motif de compétence résultant de la Convention, ni *n'impose* au tribunal saisi d'exercer une quelconque compétence résultant de son propre droit: la loi du tribunal saisi détermine s'il est compétent ou non¹⁸², et s'il peut ou non exercer cette compétence¹⁸³.

147 Les alinéas *a)* et *b)* de l'article 6 correspondent à la disposition « nullité » de l'article II(3) de la *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* de 1958, alors que les alinéas *d)* et *e)* couvrent le même terrain que les termes « inopérante ou non susceptible d'être appliquée » dans la même disposition de la Convention de New York. L'alinéa *c)* de l'article 6 était nécessaire parce que, en vertu de la Convention, le tribunal saisi mais non élu ne sera normalement pas en mesure d'appliquer son propre droit pour déterminer la validité de l'accord d'élection de for. Il fallait donc faire une exception pour la situation où le fait de donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi. Ces exceptions peuvent sembler plus complexes que celles de la Convention de New York, mais en les examinant de plus près on constate qu'en pratique elles sont semblables à celles de la Convention de New York, et n'ont pas une plus large portée. C'était également l'intention clairement exprimée de la Session diplomatique. La complexité apparente des dispositions tient au fait que la Session diplomatique visait à une clarté et une précision plus grandes que celles constatées dans les dispositions assez schématiques de l'article II(3) de la Convention de New York. Cependant, la jurisprudence résultant de la Convention de New York pourrait apporter des indications utiles pour l'interprétation de la Convention.

148 Les deux premières exceptions – aux alinéas *a)* et *b)* – sont assez courantes, mais les troisième et quatrième – aux alinéas *c)* et *d)* – n'ont vocation à s'appliquer que dans les circonstances les plus exceptionnelles. Si ces deux dernières exceptions étaient appliquées trop largement, tout l'objet de la Convention en serait atteint.

149 **La première exception : nullité.** La première exception concerne la situation où l'accord est nul pour un motif quelconque, y compris l'incapacité, en vertu du droit de l'État du tribunal élu¹⁸⁴. C'est le pendant de la disposition de l'article 5(1)¹⁸⁵. Toutefois, si en vertu de l'article 5(1) le tribunal saisi est le tribunal élu selon l'accord des parties et applique son propre droit, dans le cadre de l'article 6 *a)*, le tribunal saisi (mais non élu) n'appliquera pas son propre droit¹⁸⁶. Cette disposition diverge de la Convention de New York de 1958, qui ne précise pas quel droit doit être appliqué pour déterminer la validité d'une convention d'arbitrage¹⁸⁷. En précisant le droit applicable, l'article 6 *a)* de la Convention contribue à assurer que le tribunal saisi et le tribunal élu rendent des jugements compatibles au sujet de la validité de l'accord d'élection de for.

150 **La deuxième exception : incapacité.** La deuxième exception concerne la situation où une partie était dépourvue de capacité pour conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi¹⁸⁸. Là encore, le « droit » comprend les règles de conflit de lois de cet État¹⁸⁹. Pour décider si l'accord d'élec-

tion de for est nul, le droit du tribunal élu doit être appliqué par les tribunaux de tous les États contractants. Dans le cas de la capacité, toutefois, il a été jugé trop ambitieux de prescrire une règle de conflit de lois uniforme pour tous les États contractants en vertu des articles 5, 6 et 9. En conséquence, en vertu de l'article 6 *b)*, le tribunal saisi appliquera en outre à la question de la capacité le droit désigné par ses propres règles de conflit de lois¹⁹⁰. Comme le défaut de capacité rendrait également l'accord nul au sens de l'article 6 *a)*, cela signifie que la capacité est déterminée *à la fois* selon le droit du tribunal élu *et* selon le droit du tribunal saisi¹⁹¹. Si, selon l'un ou l'autre droit, une partie est dépourvue de capacité à conclure l'accord, le tribunal saisi ne sera pas tenu de surseoir à statuer ou de se dessaisir du litige.

151 **La troisième exception (première branche) : injustice manifeste.** La troisième exception concerne la situation où donner effet à l'accord aboutirait à une « injustice manifeste » ou serait « manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ». Dans certains systèmes juridiques, la première exception serait considérée comme comprise dans la seconde. Les juristes de ces systèmes tiendraient pour acquis qu'un accord aboutissant à une injustice manifeste serait nécessairement contraire à l'ordre public. Dans le cas de ces systèmes juridiques, la première expression pourrait être redondante. Dans d'autres systèmes juridiques par contre, le concept d'ordre public vise l'intérêt général – l'intérêt de la société dans son ensemble – plutôt que les intérêts d'un individu quelconque, y compris une partie. C'est pourquoi les deux expressions sont nécessaires.

152 L'expression « injustice manifeste » recouvrirait la situation exceptionnelle dans laquelle l'une des parties ne pourrait obtenir un procès équitable dans l'État étranger, éventuellement pour cause de partialité ou corruption, ou lorsqu'il existe d'autres motifs particuliers tenant à cette partie lui interdisant d'engager une procédure ou de se défendre dans une procédure devant le tribunal élu. Elle pourrait également concerner les circonstances particulières entourant la conclusion de l'accord – par exemple, s'il a résulté d'une fraude. Le niveau exigé est censé être élevé: la disposition ne permet pas à un tribunal de ne pas tenir compte d'un accord d'élection de for au seul motif qu'il ne serait pas contraignant en droit interne.

153 **La troisième exception (seconde branche) : ordre public.** L'expression « manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi » est destinée à fixer un seuil élevé. Elle vise les normes ou principes fondamentaux de cet État; elle ne permet pas au tribunal saisi de connaître du litige au seul motif que le tribunal élu pourrait enfreindre, d'une manière technique, une règle obligatoire de l'État du tribunal saisi¹⁹². Comme dans le cas d'une injustice manifeste, le niveau exigé est censé être élevé: la disposition ne permet pas à un tribunal de ne pas tenir compte d'un accord d'élection de for au seul motif qu'il ne serait pas contraignant en droit interne.

154 **La quatrième exception : impossibilité de mise en œuvre.** La quatrième exception concerne la situation où, pour des motifs exceptionnels hors du contrôle des parties, l'accord ne peut raisonnablement être mis en œuvre. Elle a vocation à s'appliquer aux situations où il ne serait pas possible d'engager une procédure devant le tribunal élu. Une impossibilité absolue à cet égard n'est pas requise, mais la situation doit être exceptionnelle. Une situation de guerre dans l'État

¹⁸² Lorsque le tribunal serait de toute manière incompétent en vertu de son propre droit, il n'est pas tenu d'examiner si l'une des exceptions résultant de l'art. 6 est applicable.

¹⁸³ Par ex., selon le droit appliqué par le tribunal, il peut être empêché d'exercer sa compétence par une règle de litispendance.

¹⁸⁴ Il est rappelé que « le droit de l'État du tribunal élu » comprend les règles de droit international privé de cet État.

¹⁸⁵ Examinée ci-dessus aux para. 125 et s.

¹⁸⁶ Voir *supra*, note 159.

¹⁸⁷ Voir l'art. II(3).

¹⁸⁸ Aux art. 6 *b)* et 9 *b)*, le terme « partie » désigne l'une des parties initiales à l'accord d'élection de for, et non une autre personne partie à l'instance.

¹⁸⁹ Voir *supra*, para. 125.

¹⁹⁰ Dans les procédures de reconnaissance ou d'exécution, le tribunal requis appliquera également ses propres règles de conflit de lois pour trancher les questions de capacité en vertu de l'art. 9 *b)*: voir *infra*, para. 184.

¹⁹¹ Voir le Procès-verbal No 8 de la Vingtième session, Commission II, para. 50 à 59.

¹⁹² « L'ordre public » comprend ici l'ordre public international de l'État en cause; voir le Procès-verbal No 9 de la Commission spéciale sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (21 au 27 avril 2004), p. 1 à 3.

then prevent the court from exercising such jurisdiction as it may have under its own law. Article 6 does not, however, create a Convention-based ground of jurisdiction, nor does it *require* the court seized to exercise any jurisdiction that exists under its law: the law of the court seized determines whether or not it has jurisdiction¹⁸² and whether or not it can exercise that jurisdiction.¹⁸³

147 Paragraphs *a*) and *b*) of Article 6 correspond to the “null and void” provision in Article II(3) of the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, while paragraphs *d*) and *e*) cover the same ground as “inoperative or incapable of being performed” in the same provision of the New York Convention. Paragraph *c*) of Article 6 was necessary because, under the Convention, the court seized but not chosen will not normally be able to apply its own law to determine the validity of the choice of court agreement; an exception therefore had to be made for the case where giving effect to the agreement would lead to a manifest injustice or would be manifestly contrary to the public policy of the State of the court seized. These exceptions may seem more complex than those in the New York Convention, but on closer examination it will be seen that they are similar to, and no wider than, those in the New York Convention. This was also the clear intent of the Diplomatic Session. The apparent complexity of the provisions is due to the fact that the Diplomatic Session was aiming for greater clarity and precision than that found in the rather skeletal provisions of Article II(3) of the New York Convention. Nevertheless, case law under the New York Convention could furnish a valuable guide to the interpretation of the Convention.

148 The first two exceptions – in sub-paragraphs *a*) and *b*) – are fairly standard, but the third and fourth – in sub-paragraphs *c*) and *d*) – are intended to apply only in the most exceptional circumstances. If these latter two exceptions were applied too widely, the whole purpose of the Convention would be undermined.

149 **The first exception: null and void.** The first exception is where the agreement is null and void on any ground including incapacity under the law of the State of the chosen court.¹⁸⁴ This is the counterpart of the provision in Article 5(1).¹⁸⁵ However, while under Article 5(1) the court seized will be the chosen court under the parties’ agreement and will apply its own law, under Article 6 *a*) the court seized (but not chosen) will not be applying its own law.¹⁸⁶ This is different from the 1958 New York Convention, which does not specify what law must be applied to determine the validity of an arbitration agreement.¹⁸⁷ By specifying the applicable law, Article 6 *a*) of the Convention helps to ensure that the court seized and the chosen court give consistent judgments on the validity of the choice of court agreement.

150 **The second exception: incapacity.** The second exception is where a party lacked capacity to enter into the agreement under the law of the State of the court seized.¹⁸⁸ Here again “law” includes the choice-of-law rules of that State.¹⁸⁹ In deciding whether the choice of court agreement is null and

void, the law of the chosen court must be applied by courts in all the Contracting States under Articles 5, 6 and 9. In the case of capacity, however, it was considered too ambitious to lay down a uniform choice-of-law rule for all the Contracting States; accordingly, under Article 6 *b*) the court seized will in addition apply the law designated by its own choice-of-law rules to the issue of capacity.¹⁹⁰ Since lack of capacity would also render the agreement null and void in terms of Article 6 *a*), this means that capacity is determined *both* by the law of the chosen court *and* by the law of the court seized.¹⁹¹ If, under either law, a party lacked the capacity to conclude the agreement, the court seized will not be required to suspend or dismiss the proceedings.

151 **The third exception (first limb): manifest injustice.** The third exception is where giving effect to the agreement would lead to a “manifest injustice” or would be “manifestly contrary to the public policy of the State of the court seized”. In some legal systems, the first phrase would be regarded as covered by the second. Lawyers from those systems would consider it axiomatic that an agreement leading to a manifest injustice would necessarily be contrary to public policy. In the case of such legal systems, the first phrase might be redundant. In other legal systems, however, the concept of public policy refers to general interests – the interests of the public at large – rather than the interests of any particular individual, including a party. It is for this reason that both phrases are necessary.

152 The phrase “manifest injustice” could cover the exceptional case where one of the parties would not get a fair trial in the foreign State, perhaps because of bias or corruption, or where there were other reasons specific to that party that would preclude him or her from bringing or defending proceedings in the chosen court. It might also relate to the particular circumstances in which the agreement was concluded – for example, if it was the result of fraud. The standard is intended to be high: the provision does not permit a court to disregard a choice of court agreement simply because it would not be binding under domestic law.

153 **The third exception (second limb): public policy.** The phrase “manifestly contrary to the public policy of the State of the court seized” is intended to set a high threshold. It refers to basic norms or principles of that State; it does not permit the court seized to hear the case simply because the chosen court might violate, in some technical way, a mandatory rule of the State of the court seized.¹⁹² As in the case of manifest injustice, the standard is intended to be high: the provision does not permit a court to disregard a choice of court agreement simply because it would not be binding under domestic law.

154 **The fourth exception: incapable of performance.** The fourth exception is where for exceptional reasons beyond the control of the parties the agreement cannot reasonably be performed. This is intended to apply to cases where it would not be possible to bring proceedings before the chosen court. It need not be absolutely impossible, but the situation must be exceptional. One example would be where there is a war in

¹⁸² If the court would in any event have no jurisdiction under its own law, it does not have to consider whether any of the exceptions under Art. 6 applies.

¹⁸³ For example, according to the law applied by the court, it may be prevented from exercising jurisdiction due to a *lis pendens* rule.

¹⁸⁴ It must be remembered that “the law of the State of the chosen court” includes the choice-of-law rules of that State.

¹⁸⁵ Discussed above at paras 125 *et seq*.

¹⁸⁶ See note 159, *supra*.

¹⁸⁷ See Art. II(3).

¹⁸⁸ In Art. 6 *b*) and 9 *b*), “party” refers to one of the original parties to the choice of court agreement, not to some other person who is a party to proceedings.

¹⁸⁹ See para. 125, *supra*.

¹⁹⁰ In recognition or enforcement proceedings, the court addressed will also apply its own choice-of-law rules when deciding questions of capacity under Art. 9 *b*): see *infra*, para. 184.

¹⁹¹ See Minutes No 8 of the Twentieth Session, Commission II, paras 50 to 59.

¹⁹² Here “public policy” includes the international public policy of the State concerned: see Minutes No 9 of the Special Commission on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (21 to 27 April 2004), pp. 1 to 3.

concerné, pendant laquelle ses tribunaux ne fonctionnent pas, en constitue un exemple. Un autre exemple se présenterait si le tribunal élu cesse d'exister ou change si profondément qu'il ne pourrait plus être considéré comme étant le même tribunal. Cette exception pourrait être considérée comme une application du principe de l'impossibilité d'exécution (ou autres semblables), en vertu duquel un contrat est annulé si, du fait d'un changement de circonstances imprévu et fondamental après sa conclusion, il n'est plus possible de l'exécuter¹⁹³.

155 Cinquième exception : le tribunal ne connaît pas du litige. La cinquième exception concerne la situation dans laquelle le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige. Cela pourrait être considéré comme relevant de la quatrième exception, mais est suffisamment différent pour justifier un traitement distinct. Son but est d'éviter un déni de justice : il faut bien qu'un tribunal puisse connaître de l'affaire.

156 Renvoi de l'affaire. Il a été expliqué ci-dessus¹⁹⁴ que l'article 5 n'affecte pas les règles de répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant. En vertu de l'article 5(3) b), les tribunaux d'un État contractant peuvent donc renvoyer l'affaire du tribunal devant lequel elle a été engagée à un autre tribunal du même État contractant. Si l'accord d'élection de for visait d'une manière générale les tribunaux de l'État en question (par exemple « les tribunaux suédois »), un renvoi vers un autre tribunal de cet État serait sans conséquence à l'égard de l'article 6. Le jugement serait encore rendu par le tribunal élu, de sorte que l'article 6 e) ne serait pas applicable. Si, par contre, l'accord d'élection de for désignait un tribunal particulier de cet État (par exemple « le tribunal de district de Stockholm »), un renvoi à un autre tribunal de ce même État déclencherait l'application de l'article 6 e) car le tribunal élu (le tribunal de district de Stockholm) aurait décidé de ne pas connaître du litige.

157 Premier exemple. Cette distinction sera explicitée par deux exemples¹⁹⁵. Dans le premier, les parties choisissent « les tribunaux suédois ». Une partie engage une procédure devant le tribunal de district de Stockholm, et ce tribunal renvoie l'affaire au tribunal de district de Göteborg. Comme ce dernier est également un tribunal suédois, il compte comme tribunal élu. Par conséquent, on ne peut dire que le tribunal élu a décidé de ne pas connaître du litige. L'article 6 e) ne s'applique pas. Si l'une des parties engageait alors la même instance devant un tribunal russe, l'article 6 imposerait donc au tribunal russe de surseoir à statuer ou se dessaisir.

158 Second exemple. Si, par contre, les parties ont choisi « le tribunal de district de Stockholm » qui, lorsque la procédure est engagée devant lui, la renvoie devant le tribunal de district de Göteborg, le tribunal élu aura décidé de ne pas connaître du litige. L'article 6 e) serait applicable : le tribunal de district de Göteborg ne serait pas le tribunal élu. Si l'une des parties engageait alors la même instance devant un tribunal russe, l'article 6 n'interdirait donc pas au tribunal russe de connaître du litige¹⁹⁶.

159 Lorsque le tribunal auquel le litige a été renvoyé a rendu son jugement, les articles 8 et 9 déterminent si ce jugement doit être reconnu et exécuté dans les autres États contractants. Lorsqu'un tribunal, en vertu de la seconde phrase de l'article 8(5), est autorisé à refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement d'un tribunal auquel le litige a été renvoyé

par le tribunal élu, l'article 6 ne lui interdira pas de connaître lui-même du litige si l'article 6 e) est applicable.

Article 7 – Mesures provisoires et conservatoires

160 L'article 7 dispose que les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas régies par la Convention. Il n'interdit ni n'exclut l'octroi, le rejet ou la levée de telles mesures par un tribunal d'un État contractant, ni n'affecte le droit d'une partie de demander de telles mesures. Cela concerne principalement les mesures provisoires destinées à protéger la situation de l'une des parties, dans l'attente du jugement du tribunal élu¹⁹⁷, mais pourrait également recouvrir des mesures accordées après le jugement et destinées à faciliter son exécution. Une décision immobilisant les biens du défendeur en est un exemple évident. Un autre exemple serait une ordonnance temporaire interdisant au défendeur un acte qui est prétendu porter atteinte aux droits du demandeur. Un troisième exemple serait une ordonnance de production d'éléments de preuve en vue de leur utilisation dans la procédure devant le tribunal élu. Toutes ces mesures ont pour but de soutenir l'accord d'élection de for en le rendant plus efficace. Elles contribuent donc à atteindre l'objectif de la Convention. Elles restent néanmoins exclues de son champ d'application.

161 Un tribunal accordant une mesure provisoire et conservatoire le fait selon son propre droit. La Convention n'impose pas que la mesure soit accordée mais n'interdit pas au tribunal de le faire. Les tribunaux d'autres États contractants ne sont pas tenus de la reconnaître ou de l'exécuter ; toutefois, cela ne leur est pas interdit. Tout dépend du droit national.

162 Il va sans dire que le tribunal désigné par l'accord d'élection de for peut accorder toute mesure provisoire qu'il juge appropriée. Si une mesure provisoire – par exemple, une injonction – accordée par ce tribunal est ensuite pérennisée, elle devra recevoir exécution en vertu de la Convention dans les autres États contractants¹⁹⁸. Si elle n'est que temporaire, elle ne constituera pas un « jugement » au sens de l'article 4(1)¹⁹⁹. En pareil cas, les tribunaux des autres États contractants pourraient lui donner exécution en vertu de leur droit national, mais ne seraient pas tenus de le faire en vertu de la Convention.

163 Si, après que le tribunal élu a rendu son jugement²⁰⁰, une procédure est engagée pour la reconnaissance et l'exécution de ce jugement dans un État contractant dans lequel des mesures provisoires ont été accordées, l'État requis sera tenu par l'article 8 de rapporter les mesures provisoires (si elles sont encore en vigueur) dans la mesure où elles sont incompatibles avec les obligations de l'État requis en vertu de la Convention. Par exemple, si un tribunal autre que le tribunal élu accorde une ordonnance d'immobilisation de biens pour protéger un droit auquel prétend le demandeur, mais le tribunal élu rejette cette prétention du demandeur, le tribunal ayant accordé l'ordonnance d'immobilisation de biens doit en ordonner la mainlevée si le jugement du tribunal élu doit être reconnu en vertu de la Convention et qu'il est demandé au tribunal ayant accordé la mesure d'immobilisation de le reconnaître.

¹⁹³ En droit allemand, par ex., cela pourrait relever du principe de *Wegfall der Geschäftsgrundlage*.

¹⁹⁴ Voir *supra*, para. 139 et s.

¹⁹⁵ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

¹⁹⁶ Il pourra décider que son propre droit lui impose de refuser d'exercer sa compétence (litispendance).

¹⁹⁷ La mesure pourrait être accordée avant ou après l'engagement de la procédure devant le tribunal élu.

¹⁹⁸ Art. 8.

¹⁹⁹ Voir *supra*, para. 116.

²⁰⁰ Il est rappelé qu'en vertu de l'art. 4(1) de la Convention, « jugement » signifie une décision sur le fond.

the State concerned and its courts are not functioning. Another example would be where the chosen court no longer exists, or has changed to such a fundamental degree that it could no longer be regarded as the same court. This exception could be regarded as an application of the doctrine of frustration (or similar doctrines), under which a contract is discharged if, due to an unanticipated and fundamental change of circumstances after its conclusion, it is no longer possible to carry it out.¹⁹³

155 The fifth exception: case not heard. The fifth exception is where the chosen court has decided not to hear the case. This could be regarded as covered by the fourth exception, but it is sufficiently different to deserve separate treatment. Its purpose is to avoid a denial of justice: it must be possible for *some* court to hear the case.

156 Transfer of the case. It was explained above¹⁹⁴ that Article 5 does not affect rules on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State. Thus, under Article 5(3) *b*) the courts of a Contracting State can transfer the case from the court in which it was brought to another court in the same Contracting State. If the choice of court agreement referred in general to the courts of the State in question (for example, “the courts of Sweden”), a transfer to another court in that State would have no consequences with regard to Article 6. The judgment would still be given by the chosen court; so Article 6 *e*) would not apply. If, on the other hand, the choice of court agreement referred to a specific court in that State (for example, “the Stockholm district court”), a transfer to another court in the same State would trigger the application of Article 6 *e*), since the chosen court (the Stockholm district court) would have decided not to hear the case.

157 First example. This distinction is made clearer if we give two examples.¹⁹⁵ In the first, the parties choose “the courts of Sweden”. One party brings proceedings before the Stockholm district court, and that court transfers the case to the Göteborg district court. Since the latter is also a court of Sweden, it counts as the chosen court. Consequently, one cannot say that the chosen court has decided not to hear the case. Article 6 *e*) does not apply. Therefore, if one party then brings the same case before a court in Russia, the Russian court would be required by Article 6 to suspend or dismiss the proceedings.

158 Second example. If, on the other hand, the parties had chosen “the Stockholm district court” and, when proceedings were brought before that court, it had transferred the case to the Göteborg district court, the chosen court would have decided not to hear the case. Article 6 *e*) would apply: the Göteborg district court would not be the chosen court. Therefore, if one of the parties were to commence proceedings in Russia, the Russian court would not be precluded by Article 6 from hearing the case.¹⁹⁶

159 Where the court to which the case has been transferred has given judgment, Articles 8 and 9 determine whether that judgment must be recognised and enforced in other Contracting States. Where a court is entitled by virtue of the second sentence of Article 8(5) to refuse recognition or enforcement to the judgment of a court to which the case was transferred

by the chosen court, it will not be precluded by Article 6 from itself hearing the proceedings if Article 6 *e*) applies.

Article 7 – Interim measures of protection

160 Article 7 states that interim measures of protection are not governed by the Convention. It neither requires nor precludes the grant, refusal or termination of such measures by a court of a Contracting State, nor does it affect the right of a party to request such measures. This refers primarily to interim (temporary) measures to protect the position of one of the parties, pending judgment by the chosen court,¹⁹⁷ though it could also cover measures granted after judgment that are intended to facilitate its enforcement. An order freezing the defendant’s assets is an obvious example. Another example is an interim injunction preventing the defendant from doing something that is alleged to be an infringement of the plaintiff’s rights. A third example would be an order for the production of evidence for use in proceedings before the chosen court. All these measures are intended to support the choice of court agreement by making it more effective. They thus help to achieve the objective of the Convention. Nevertheless, they remain outside its scope.

161 A court that grants an interim measure of protection does so under its own law. The Convention does not require the measure to be granted but it does not preclude the court from granting it. Courts in other Contracting States are not required to recognise or enforce it; however, they are not precluded from doing so. It all depends on national law.

162 It goes without saying that the court designated in the choice of court agreement can grant any interim measure it thinks appropriate. If an interim measure – for example, an injunction – granted by that court is subsequently made permanent, it will be enforceable under the Convention in other Contracting States.¹⁹⁸ If it is merely temporary, it will not constitute a “judgment” as defined by Article 4(1).¹⁹⁹ In such a case, courts in other Contracting States could enforce it under their national law, but would not be obliged to do so under the Convention.

163 If, after the chosen court has given judgment,²⁰⁰ proceedings are brought to recognise and enforce that judgment in a Contracting State in which interim measures were granted, the requested State would be required under Article 8 to rescind the interim measures (if they were still in force) to the extent that they were inconsistent with the obligations of the requested State under the Convention. For example, if a court other than that chosen grants an asset-freezing order to protect a right claimed by the plaintiff but the chosen court rules that the plaintiff has no such right, the court that granted the asset-freezing order must lift it where the judgment of the chosen court is subject to recognition under the Convention and the court that granted the asset-freezing order is requested to recognise it.

¹⁹³ Under German law, for example, it could be covered by the doctrine of *Wegfall der Geschäftsgrundlage*.

¹⁹⁴ See *supra*, paras 139 *et seq.*

¹⁹⁵ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

¹⁹⁶ It may decide that its own law requires it to decline jurisdiction (*lis pendens* doctrine).

¹⁹⁷ The measure might be granted either before, or after, proceedings are commenced in the chosen court.

¹⁹⁸ Art. 8.

¹⁹⁹ See para. 116, *supra*.

²⁰⁰ It must be remembered that, under Art. 4(1) of the Convention, “judgment” means a decision on the merits.

164 L'article 8 est la troisième disposition clé de la Convention. Il dispose qu'un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for est reconnu et exécuté dans les autres États contractants²⁰¹. La première condition et la plus importante pour la reconnaissance et l'exécution est donc l'existence d'un accord exclusif d'élection de for désignant le tribunal d'origine, qui doit être situé dans un État contractant²⁰². Il n'est pas nécessaire que le tribunal ait effectivement fondé sa compétence sur l'accord. L'article 8 couvre également les situations où le tribunal d'origine, bien que désigné par un accord exclusif d'élection de for, a fondé sa compétence sur un autre motif, tel que le domicile du défendeur.

165 **Révision au fond.** L'article 8(2) interdit la révision au fond du jugement (bien qu'il autorise une révision limitée pour permettre d'appliquer les dispositions du chapitre III de la Convention). Il s'agit d'une disposition courante dans les conventions de ce type. En son absence, les jugements étrangers pourraient, dans certains pays, être révisés par le tribunal requis comme s'il s'agissait d'une juridiction d'appel connaissant d'un appel depuis le tribunal d'origine.

166 **Constatations de fait.** La seconde phrase de l'article 8(2) dispose que le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut. Dans cette disposition, «compétence» signifie compétence en vertu de la Convention; l'article 8(2) ne s'applique donc pas lorsque le tribunal d'origine a fondé sa compétence sur un motif autre que l'accord d'élection de for. Lorsque, par contre, le tribunal d'origine a fondé sa compétence sur l'accord d'élection de for, la disposition s'applique aux constatations de fait portant sur la validité formelle ou matérielle de l'accord, y compris la capacité des parties pour le conclure. Ainsi, lorsque le tribunal requis applique par exemple l'article 8(1) et doit décider si le tribunal d'origine a été «désigné dans un accord exclusif d'élection de for», il devra accepter les constatations de fait réalisées par le tribunal d'origine. Toutefois, il ne sera pas lié par sa qualification juridique de ces faits. Par exemple, si le tribunal d'origine a constaté que l'accord d'élection de for a été conclu par un moyen électronique remplissant les conditions de l'article 3 c) ii), le tribunal requis sera lié par la constatation selon laquelle l'accord a été conclu par un moyen électronique. Toutefois, il pourra néanmoins décider que les conditions de l'article 3 c) ii) n'ont pas été remplies parce que le degré d'accessibilité n'était pas suffisant pour remplir les conditions de l'article 3 c) ii). Il en serait de même de la question de la capacité en vertu de l'article 9 b) : le tribunal requis serait lié par les constatations de fait du tribunal d'origine à cet égard, mais les qualifierait selon son propre droit²⁰³.

167 Il en va différemment des motifs de refus de reconnaissance prévus par les alinéas c), d) et e) de l'article 9. Ceux-ci ne traitent pas de compétence en vertu de la Convention, mais d'ordre public et d'équité procédurale. Le tribunal requis devra ainsi pouvoir décider par lui-même, conformément à ces alinéas, si le défendeur a reçu notification; s'il y a eu une fraude; ou s'il y a eu un procès équitable : une constatation du

juge d'origine selon laquelle il n'a pas accepté un pot-de-vin, par exemple, ne saurait lier le tribunal requis²⁰⁴.

168 Il en est de même à l'égard de l'équité procédurale en vertu de l'alinéa e). Supposons que le défendeur s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution au motif que la procédure est incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de l'État requis. Il prétend ne pas avoir pu se rendre dans l'État d'origine pour défendre sa cause parce qu'il aurait risqué un emprisonnement pour motifs politiques. Une constatation du tribunal selon laquelle c'est faux ne saurait lier le tribunal requis. En ce qui concerne les questions d'équité procédurale, le tribunal requis doit pouvoir décider par lui-même.

169 Le résultat est le suivant : les décisions du tribunal d'origine sur le fond de l'affaire ne peuvent être révisées par le tribunal requis, qu'elles concernent des questions de fait ou de droit. Les décisions du tribunal d'origine concernant la validité et la portée de l'accord d'élection de for ne peuvent pas être révisées dans la mesure où elles concernent des questions de fait²⁰⁵; les décisions du tribunal d'origine concernant les motifs de refus en vertu des alinéas c), d) et e) ne lient pas le tribunal requis, qu'elles concernent le fait ou le droit.

170 **«Reconnaissance» et «exécution».** L'article 8(3) dispose qu'un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine. Cela soulève la distinction entre la reconnaissance et l'exécution. La reconnaissance signifie que le tribunal requis donne effet à la détermination des droits et obligations juridiques réalisée par le tribunal d'origine. Par exemple, si le tribunal d'origine juge que le demandeur avait, ou n'avait pas, un certain droit, le tribunal requis accepte qu'il en soit ainsi²⁰⁶. L'exécution signifie l'application des procédures juridiques du tribunal requis afin d'assurer que le défendeur se conforme au jugement rendu par le tribunal d'origine. Ainsi, si le tribunal d'origine juge que le défendeur doit verser 1000 euros au demandeur, le tribunal requis assurera que les fonds sont remis au demandeur. Comme cela serait juridiquement indéfendable si le défendeur n'était pas redevable de 1000 euros envers le demandeur, une décision d'exécution du jugement doit logiquement être précédée ou accompagnée de la reconnaissance du jugement. Par contre, la reconnaissance n'est pas nécessairement accompagnée ou suivie d'une exécution. Par exemple, si le tribunal d'origine a jugé que le défendeur ne devait aucune somme au demandeur, le tribunal requis pourra simplement reconnaître cette constatation. Si le demandeur poursuit le défendeur à nouveau avec cette même prétention devant le tribunal requis, la reconnaissance du jugement étranger suffira à régler l'affaire.

171 À la lumière de cette distinction, il est facile de comprendre pourquoi l'article 8(3) indique qu'un jugement ne sera reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine. Produire ses effets signifie qu'il est juridiquement valable et opérant. S'il ne produit pas ses effets, il ne constituera pas une détermination valable des droits et obligations des parties. Ainsi, s'il ne produit pas ses effets dans l'État d'origine, il ne devrait être reconnu en vertu de la Convention dans aucun autre État contractant. En outre, s'il cesse de produire ses effets dans l'État d'origine, le jugement ne devrait pas par

²⁰¹ Toutefois, il était entendu par la Session diplomatique qu'un État contractant n'est pas tenu d'exécuter un jugement accordant une mesure non pécuniaire qui n'est pas autorisée par son système juridique. Néanmoins, il devra donner au jugement étranger tout l'effet possible en vertu de son droit interne. Voir *supra*, para. 89.

²⁰² La situation où le tribunal élu renvoie l'affaire à un autre tribunal du même État contractant est traitée par l'art. 8(5).

²⁰³ Toutefois, dans l'application de l'art. 9 a), le tribunal requis serait lié non seulement par les constatations de fait en vertu de l'art. 8(2) mais également par la qualification (positive) du tribunal d'origine quant à la validité de l'accord d'élection de for, voir *infra*, para. 183.

²⁰⁴ Il en est de même d'une constatation d'une juridiction d'appel selon laquelle le juge en première instance ne s'est pas rendu coupable de corruption.

²⁰⁵ Toutefois, dans l'application de l'art. 9 a), le tribunal requis serait lié non seulement par les constatations de fait en vertu de l'art. 8(2) mais également par la qualification (positive) du tribunal d'origine quant à la validité de l'accord d'élection de for, voir *infra*, para. 183.

²⁰⁶ Si le tribunal d'origine a rendu un jugement déclaratif concernant l'existence ou l'inexistence d'un rapport de droit particulier entre les parties, le tribunal requis accepte ce jugement comme tranchant les questions qui lui sont soumises.

164 Article 8 is the third “key provision” in the Convention. It states that a judgment given by a court in a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement must be recognised and enforced in other Contracting States.²⁰¹ The first and most important condition for recognition and enforcement is, therefore, the existence of an exclusive choice of court agreement designating the court of origin, which must be in a Contracting State.²⁰² It is not necessary that the court actually based its jurisdiction on the agreement. Article 8 also covers situations where the court of origin, though designated in an exclusive choice of court agreement, based its jurisdiction on some other ground, such as the domicile of the defendant.

165 **Révision au fond.** Article 8(2) prohibits review as to the merits of the judgment (though it permits such limited review as is necessary to apply the provisions of Chapter III of the Convention). This is a standard provision in conventions of this kind. Without it, foreign judgments might in some countries be reviewed by the court addressed as if it were an appellate court hearing an appeal from the court of origin.

166 **Findings of fact.** The second sentence of Article 8(2) provides that the court addressed is bound by the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, unless the judgment was given by default. In this provision, “jurisdiction” means jurisdiction under the Convention; therefore, Article 8(2) does not apply where the court of origin based its jurisdiction on some ground other than the choice of court agreement. Where, on the other hand, the court of origin based its jurisdiction on the choice of court agreement, the provision applies to findings of fact that relate to the formal or substantive validity of the agreement, including the capacity of the parties to conclude it. Thus, when the court addressed is applying, e.g., Article 8(1) and has to determine whether the court of origin was “designated in an exclusive choice of court agreement”, it will have to accept findings of fact made by the court of origin. It will not, however, have to accept its legal evaluation of those facts. For example, if the court of origin found that the choice of court agreement was concluded by electronic means that satisfy the requirements of Article 3 c) ii), the court addressed is bound by the finding that the agreement was concluded by electronic means. However, it may, nevertheless, decide that Article 3 c) ii) was not satisfied because the degree of accessibility was not sufficient to meet the requirements of Article 3 c) ii). The same rule would apply to the question of capacity under Article 9 b): the court addressed would be bound by the findings of fact which the court of origin made on this issue, but it would evaluate these facts under its own law.²⁰³

167 The position is different with regard to the grounds of non-recognition laid down in sub-paragraphs c), d) and e) of Article 9. These are not concerned with jurisdiction under the Convention, but with public policy and procedural fairness. Thus, the court addressed must be able to decide for itself, in accordance with these sub-paragraphs, whether the defendant was notified; whether there was fraud; or whether there was a fair trial: a finding by the judge of origin that he did not

take a bribe, for example, cannot be binding on the court addressed.²⁰⁴

168 The same is true with regard to procedural fairness under sub-paragraph e). Assume that the defendant resists recognition and enforcement on the ground that the proceedings were incompatible with the fundamental principles of procedural fairness of the requested State. He claims that he was not able to go to the State of origin to defend the case because he would have been in danger of imprisonment on political grounds. A finding by the court of origin that this was not true cannot be binding on the court addressed. Where matters of procedural fairness are concerned, the court addressed must be able to decide for itself.

169 The result is as follows: rulings by the court of origin on the merits of the case cannot be reviewed by the court addressed, irrespective of whether they relate to questions of fact or law; rulings by the court of origin on the validity and scope of the choice of court agreement cannot be reviewed in so far as they relate to questions of fact;²⁰⁵ rulings by the court of origin on the grounds for refusal under sub-paragraphs c), d) and e) are not binding on the court addressed, irrespective of whether they relate to fact or law.

170 **“Recognition” and “enforcement”.** Article 8(3) provides that a judgment will be recognised only if it has effect in the State of origin, and will be enforced only if it is enforceable in the State of origin. This raises the distinction between recognition and enforcement. Recognition means that the court addressed gives effect to the determination of the legal rights and obligations made by the court of origin. For example, if the court of origin held that the plaintiff had, or did not have, a given right, the court addressed accepts that this is the case.²⁰⁶ Enforcement means the application of the legal procedures of the court addressed to ensure that the defendant obeys the judgment given by the court of origin. Thus, if the court of origin rules that the defendant must pay the plaintiff 1000 euros, the court addressed will ensure that the money is handed over to the plaintiff. Since this would be legally indefensible if the defendant did not owe 1000 euros to the plaintiff, a decision to enforce the judgment must logically be preceded or accompanied by the recognition of the judgment. In contrast, recognition need not be accompanied or followed by enforcement. For example, if the court of origin held that the defendant did not owe any money to the plaintiff, the court addressed may simply recognise this finding. Therefore, if the plaintiff sues the defendant again on the same claim before the court addressed, the recognition of the foreign judgment will be enough to dispose of the case.

171 In the light of this distinction, it is easy to see why Article 8(3) says that a judgment will be recognised only if it has effect in the State of origin. Having effect means that it is legally valid and operative. If it does not have effect, it will not constitute a valid determination of the parties’ rights and obligations. Thus, if it does not have effect in the State of origin, it should not be recognised under the Convention in any other Contracting State. Moreover, if it ceases to have effect in the State of origin, the judgment should not there-

²⁰¹ However, it was understood by the Diplomatic Session that a Contracting State is not obliged to enforce a judgment for a non-monetary remedy if this is not possible under its legal system. Nevertheless, it should give the foreign judgment the maximum effect that is possible under its internal law. See para. 89, *supra*.

²⁰² The position where the chosen court transfers the case to another court in the same Contracting State is dealt with by Art. 8(5).

²⁰³ When applying Art. 9 a), however, the court addressed would not only be bound by the findings of fact under Art. 8(2) but also by the (positive) legal evaluation of the court of origin as to the validity of the choice of court agreement, see *infra*, para. 182.

²⁰⁴ The same applies to a finding by an appeal court that the first instance judge was not guilty of corruption.

²⁰⁵ When applying Art. 9 a), however, the court addressed would not only be bound by the findings of fact under Art. 8(2) but also by the (positive) legal evaluation of the court of origin as to the validity of the choice of court agreement, see *infra*, para. 182.

²⁰⁶ If the court of origin rendered a declaratory judgment on the existence or non-existence of a particular legal relationship between the parties, the court addressed accepts that judgment as determining the issues before it.

la suite être reconnu en vertu de la Convention dans les autres États contractants²⁰⁷.

172 De même, si le jugement n'est pas exécutoire dans l'État d'origine, il ne devrait pas être exécuté ailleurs en vertu de la Convention. Bien entendu, il est possible que le jugement produise ses effets dans l'État d'origine sans y être exécutoire. Le caractère exécutoire peut être suspendu pendant une procédure d'appel (de plein droit ou sur décision du tribunal). En pareil cas, l'exécution ne sera pas possible dans les autres États contractants jusqu'à ce que la question soit réglée dans l'État d'origine. En outre, si le jugement cesse d'être exécutoire dans l'État d'origine, il ne devrait pas par la suite être exécuté dans un autre État contractant en vertu de la Convention²⁰⁸.

173 **Jugements faisant l'objet d'un recours.** L'article 8(4) dispose que la reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer un recours ordinaire²⁰⁹ n'est pas forcloso²¹⁰. Cela signifie que le tribunal requis peut différer ou refuser la reconnaissance ou l'exécution si et tant que le jugement est susceptible d'être annulé ou réformé par une autre juridiction de l'État d'origine. Il n'est cependant pas tenu de le faire²¹¹. Certains tribunaux pourront préférer exécuter le jugement²¹². S'il est par la suite infirmé dans l'État d'origine, le tribunal requis rapportera l'exécution. Il peut être demandé au créancier du jugement de fournir une garantie afin d'assurer que le débiteur du jugement ne subira pas de préjudice.

174 L'article 8(4) offre la possibilité au tribunal requis de suspendre le processus d'exécution ou de refuser l'exécution du jugement. Il poursuit en indiquant toutefois que si le tribunal requis choisit cette dernière option, cela n'empêchera pas une nouvelle demande d'exécution, une fois clarifiée la situation dans l'État d'origine. Dans cette situation, le refus signifie donc un rejet sans préjudice pour l'avenir.

175 **Instances renvoyées.** L'article 8(1) dispose que le jugement doit avoir été rendu par un tribunal désigné dans un accord d'élection de for. On se rappelle que l'article 5(3) b) autorise le renvoi d'une affaire du tribunal devant lequel elle est engagée vers un autre tribunal du même État contractant. Comme expliqué ci-dessus²¹³, cela ne soulève aucune difficulté si l'accord d'élection de for a désigné les tribunaux d'un État contractant en général (par exemple « les tribunaux suédois »). Si, toutefois, il a désigné un tribunal particulier (par exemple, « le tribunal de district de Stockholm ») et que ce tribunal renvoie l'affaire vers un autre tribunal (par exemple,

le tribunal de district de Göteborg), un jugement de ce dernier ne sera pas un jugement rendu par le tribunal élu : il ne relèvera pas des termes de l'article 8(1).

176 L'article 8(5) dispose cependant que l'article s'applique également à un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant à la suite d'un renvoi²¹⁴ de l'affaire comme l'autorise l'article 5(3). L'application de l'article 8 est ainsi étendue à ces situations. Toutefois, l'article 8(5) poursuit en indiquant que lorsque le tribunal élu avait le pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire, la reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée à l'égard d'une partie qui s'était opposée au renvoi en temps opportun dans l'État d'origine. Dans les cas où cette réserve s'applique, l'extension de l'article 8 n'est plus opérante.

177 La réserve ne s'applique que lorsque le tribunal élu avait le pouvoir discrétionnaire d'effectuer le renvoi. Dans certains pays, le renvoi doit être effectué dans certains cas, et le tribunal concerné n'a pas de pouvoir discrétionnaire. La réserve ne s'applique pas dans ces cas. Dans d'autres pays, toutefois, le tribunal devant lequel la procédure a été engagée a le pouvoir discrétionnaire de décider si le renvoi doit être effectué ou non. Cette décision est souvent prise pour la commodité des parties et des témoins, dans l'intérêt de la justice²¹⁵. En pareil cas, les parties ont normalement le droit de s'opposer au renvoi, et les tribunaux des autres États contractants ne sont pas tenus de reconnaître ou d'exécuter le jugement à l'encontre d'une partie qui s'y est opposée en temps opportun²¹⁶. Par contre, bien entendu, la Convention n'impose pas aux autres États contractants de refuser la reconnaissance ou l'exécution.

178 **Premier exemple.** Le demandeur engage une procédure devant le tribunal élu et le défendeur demande le renvoi vers un tribunal autre que le tribunal élu. Le demandeur s'oppose à cette requête, mais le renvoi est accordé. Le tribunal auquel l'affaire est renvoyée rend son jugement en faveur du défendeur et condamne le demandeur aux dépens. Il ne sera pas nécessaire de reconnaître ou d'exécuter cette décision à l'encontre du demandeur en vertu de la Convention.

179 **Deuxième exemple.** Le demandeur engage une procédure devant le tribunal élu et le défendeur demande le renvoi vers un tribunal autre que le tribunal élu. Le demandeur s'y oppose, mais le renvoi est accordé. Le tribunal auquel l'affaire est renvoyée rend son jugement en faveur du demandeur et lui accorde des dommages et intérêts. Le jugement est soumis à la reconnaissance et à l'exécution en vertu de la Convention.

180 **Troisième exemple.** Le demandeur engage une procédure devant le tribunal élu et le tribunal renvoie l'affaire d'office vers un tribunal autre que le tribunal élu. Le défendeur s'y oppose, mais pas le demandeur. Le tribunal auquel l'affaire est renvoyée rend son jugement en faveur du demandeur et lui accorde des dommages et intérêts. Il ne sera pas néces-

²⁰⁷ Lors de la Dix-neuvième session diplomatique de juin 2001, le texte suivant a été inséré, entre crochets, à l'art. 25 de l'avant-projet de Convention 1999 : « Le jugement visé au paragraphe premier est reconnu dès que et aussi longtemps qu'il produit ses effets dans l'État d'origine. » La Vingtième session diplomatique qui s'est tenue en juin 2005 a entendu donner la même signification au texte actuel.

²⁰⁸ Lors de la Dix-neuvième session diplomatique de juin 2001, le texte suivant a été inséré, entre crochets, à l'art. 25 de l'avant-projet de Convention 2000 : « Le jugement visé aux paragraphes précédents est exécutoire dès que et aussi longtemps qu'il est exécutoire dans l'État d'origine. » La Vingtième session diplomatique qui s'est tenue en juin 2005 a entendu donner la même signification au texte actuel.

²⁰⁹ Le « recours ordinaire » n'est pas un concept connu de la plupart des systèmes de *common law*. Il recouvre toutes les formes d'appel courantes. Pour une étude, voir le rapport de Peter Schlosser sur la *Convention d'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni du 9 octobre 1978 à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JO 1979 C 59, p. 71, para. 195 à 204.

²¹⁰ En matière d'exécution, cette règle ne sera appliquée que si l'exécution du jugement n'a pas été suspendue dans l'État d'origine en raison de l'appel. Si elle a été suspendue, c'est la règle de l'art. 8(3) qui sera applicable. Voir *supra*, para. 172. Pour la reconnaissance, voir *supra*, para. 171.

²¹¹ Cela résulte de l'utilisation du terme « peut » au lieu de « doit » dans l'art. 8(4). Dans certains systèmes de droit, cela suffira pour permettre aux tribunaux d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de différer ou de refuser la reconnaissance ou non. Dans les systèmes de droit où ce n'est pas le cas, une législation pourrait être adoptée pour permettre aux tribunaux d'exercer une discrétion à cet égard. La discrétion permise par l'art. 8(4) pourrait également être exercée par le législateur ; en ce cas, la législation elle-même indiquerait si, et dans quelles circonstances, les tribunaux différeraient ou refuseraient la reconnaissance.

²¹² Cela suppose que le jugement reste exécutoire dans l'État d'origine.

²¹³ Para. 156 à 158.

²¹⁴ Dans le cadre des art. 5 et 8, le terme de « renvoi » a un sens général : il ne correspond à la terminologie utilisée dans aucun système juridique national. Il s'applique chaque fois qu'une instance engagée devant un tribunal est déplacée vers un autre. Cela peut résulter d'une ordonnance du tribunal saisi en premier (par ex. « *transfer* » dans la terminologie de la procédure fédérale des États-Unis d'Amérique) ou d'une ordonnance du tribunal auprès duquel l'affaire est déplacée (par ex. « *removal* » dans la terminologie de la procédure fédérale des États-Unis d'Amérique).

²¹⁵ Voir par ex. la disposition permettant le renvoi d'une affaire d'un tribunal fédéral de district vers un autre aux États-Unis d'Amérique : 28 *United States Code* § 1404(a).

²¹⁶ Si l'une des parties s'est opposée et pas l'autre, il ne sera pas nécessaire de reconnaître et d'exécuter le jugement à l'encontre de la première des parties, mais ce sera le cas à l'encontre de cette dernière. De sorte que tout pourrait dépendre de la question de savoir si l'opposition est le fait de la partie ayant gain de cause ou de la partie ayant succombé. Il a été convenu par la Session diplomatique que, si l'effet du jugement devant être reconnu ou exécuté ne peut être divisé en un jugement à l'encontre de la partie A (qui s'oppose au renvoi et demande la reconnaissance et l'exécution) et un autre à l'encontre de la partie B (qui ne s'oppose pas au renvoi et à l'encontre de laquelle la reconnaissance et l'exécution sont recherchées) conformément au droit de certains pays, le jugement dans son ensemble peut recevoir reconnaissance ou exécution en vertu de l'art. 8(5).

after be recognised under the Convention in other Contracting States.²⁰⁷

172 Likewise, if the judgment is not enforceable in the State of origin, it should not be enforced elsewhere under the Convention. It is of course possible that the judgment will be effective in the State of origin without being enforceable there. Enforceability may be suspended pending an appeal (either automatically or because the court so ordered). In such a case, enforcement will not be possible in other Contracting States until the matter is resolved in the State of origin. Moreover, if the judgment ceases to be enforceable in the State of origin, it should not thereafter be enforced in another Contracting State under the Convention.²⁰⁸

173 **Judgments subject to review.** Article 8(4) provides that recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review²⁰⁹ has not expired.²¹⁰ This means that the court addressed may postpone or refuse recognition or enforcement if, and as long as, the judgment might be set aside or amended by another court in the State of origin. It is not, however, obliged to do this.²¹¹ Some courts might prefer to enforce the judgment.²¹² If it is subsequently set aside in the State of origin, the court addressed will rescind the enforcement. The judgment-creditor may be required to provide security to ensure that the judgment-debtor is not prejudiced.

174 Article 8(4) gives the court addressed the option of either suspending the enforcement process or refusing to enforce the judgment. It goes on to provide, however, that if the court addressed chooses the latter option, that will not prevent a new application for enforcement once the situation in the State of origin is clarified. Here, therefore, refusal means dismissal without prejudice.

175 **Proceedings transferred.** Article 8(1) provides that the judgment must have been given by a court designated in an exclusive choice of court agreement. It will be remembered that Article 5(3) *b*) permits a case to be transferred from the court in which the proceedings were brought to another court in the same Contracting State. As was explained above,²¹³ this causes no problem if the choice of court agreement designated the courts of a Contracting State in general (for example, “the courts of Sweden”). However, if it designated a particular court (for example, “the Stockholm district court”), and that court transfers the case to another court (for example,

the Göteborg district court), a judgment by the latter will not be a judgment given by the designated court: it will not come within the terms of Article 8(1).

176 Article 8(5), however, provides that Article 8 also applies to a judgment given by a court of a Contracting State pursuant to a transfer²¹⁴ of the case as permitted by Article 5(3). The application of Article 8 is thus extended to cover such cases. However, Article 8(5) goes on to say that, where the chosen court had discretion to transfer the case, recognition or enforcement of the judgment may be refused against a party who objected to the transfer in a timely manner in the State of origin. Where this proviso applies, the extension of Article 8 no longer operates.

177 The proviso applies only where the chosen court had discretion to make the transfer. In some countries, a transfer must be made in certain circumstances, and the court concerned has no discretion. The proviso will not apply in such cases. In other countries, however, the court before which the proceedings are brought has discretion as to whether or not the transfer should be made. Often it is done for the convenience of parties and witnesses, in the interests of justice.²¹⁵ In such cases, the parties normally have the right to object to the transfer, and courts in other Contracting States are not required to recognise or enforce the judgment against a party who made an objection at the appropriate time.²¹⁶ On the other hand, of course, the Convention does not require other Contracting States to refuse recognition or enforcement.

178 **First example.** The plaintiff sues in the chosen court and the defendant requests transfer to a court that has not been chosen. The plaintiff objects, but the transfer is made. The court to which the case is transferred finds for the defendant and awards costs against the plaintiff. Such an order does not have to be recognised or enforced against the plaintiff under the Convention.

179 **Second example.** The plaintiff sues in the chosen court and the defendant requests transfer to a court that has not been chosen. The plaintiff objects, but the transfer is made. The court to which the case is transferred finds for the plaintiff and awards him damages. The judgment is subject to recognition and enforcement under the Convention.

180 **Third example.** The plaintiff sues in the chosen court and the court transfers the case of its own motion to a court that has not been chosen. The defendant objects, but the plaintiff does not. The court to which the case is transferred finds for the plaintiff and awards him damages. The judgment does

²⁰⁷ At the Nineteenth Diplomatic Session held in June 2001, the following text was inserted, in square brackets, into Art. 25 of the preliminary draft Convention 1999: “A judgment referred to in paragraph 1 shall be recognised from the time, and for as long as, it produces its effects in the State of origin.” The current text was intended by the Twentieth Diplomatic Session held in June 2005 to have the same meaning.

²⁰⁸ At the Nineteenth Diplomatic Session held in June 2001, the following text was inserted, in square brackets, into Art. 25 of the preliminary draft Convention 1999: “A judgment referred to in the preceding paragraphs shall be enforceable from the time, and for as long as, it is enforceable in the State of origin.” The current text was intended by the Twentieth Diplomatic Session held in June 2005 to have the same meaning.

²⁰⁹ “Ordinary review” is not a concept known to most common law systems. It covers all ordinary forms of appeal. For a discussion, see the Report by Peter Schlosser on the *Convention of Accession of 9 October 1978 of the Kingdom of Denmark, of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ 1979 C 59, p. 71, at paras 195 to 204.

²¹⁰ In enforcement cases, this rule will be applied only if enforcement of the judgment has not been suspended in the State of origin by reason of the appeal. If it has been suspended, the rule in Art. 8(3) will be applicable: see para. 171, *supra*. On recognition see para. 171, *supra*.

²¹¹ This is indicated by the use of “may” instead of “shall” in Art. 8(4). In some legal systems, this will be sufficient to enable courts to exercise their discretion whether or not to postpone or refuse recognition. In legal systems where this is not the case, legislation could be adopted to permit courts to exercise discretion in this regard. The discretion permitted under Art. 8(4) could also be exercised by the legislator, in which case the legislation itself would specify whether and, if so, in what circumstances, courts would postpone or refuse recognition.

²¹² This assumes that the judgment is still enforceable in the State of origin.

²¹³ Paras 156 to 158.

²¹⁴ As used in Art. 5 and Art. 8, “transfer” is a general term and does not refer to the terminology of any national system of law. It applies whenever a case that is begun in one court is moved to another. This can occur following an order by the court first seized (for example, “transfer” in the terminology of United States federal procedure) or following an order by the court to which the case is moved (for example, “removal” in the terminology of United States federal procedure).

²¹⁵ See, for example, the provision allowing transfer of a case from one federal district court to another in the United States: 28 United States Code § 1404(a).

²¹⁶ If one party objected and the other did not, the judgment would not have to be recognised and enforced against the former but would have to be against the latter. So everything might depend on whether it was the successful or the unsuccessful party that objected. It was agreed by the Diplomatic Session that, if the effect of the judgment to be recognised or enforced cannot be divided into one against party A (being the party objecting to the transfer and requesting recognition and enforcement) and one against party B (being the party not objecting to the transfer and against whom recognition and enforcement is sought) in accordance with the laws of some countries, the judgment as a whole can be recognised or enforced under Art. 8(5).

saire de reconnaître ou d'exécuter le jugement à l'encontre du défendeur en vertu de la Convention.

181 Il faut souligner enfin que la réserve à l'article 8(5) ne s'applique que lorsque le jugement n'a pas été rendu par le tribunal élu. Si le tribunal auquel l'affaire est renvoyée compte également comme tribunal élu – par exemple, lorsque l'accord d'élection de for désigne les tribunaux de l'État d'origine en général (« les tribunaux suédois ») sans préciser un tribunal particulier –, l'article 8(5) n'entrera pas en jeu : le jugement aura été rendu par le tribunal désigné et l'affaire relèvera de l'article 8(1). En pareil cas, il ne saurait être question de refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement au motif que l'affaire a été renvoyée.

Article 9 – Refus de reconnaissance ou d'exécution

182 **Sept exceptions.** Si l'article 8 établit le principe de la reconnaissance et de l'exécution, l'article 9 indique les exceptions à celui-ci. Il y en a sept, figurant aux alinéas a) à g)²¹⁷. Lorsqu'elles s'appliquent, la Convention n'exige pas du tribunal requis la reconnaissance et l'exécution, bien qu'elle ne les lui interdise pas²¹⁸.

183 **Première exception : nullité.** Les deux premières exceptions sont le pendant de celles de l'article 6 a) et b). L'alinéa a) indique que la reconnaissance ou l'exécution peut être refusée si l'accord était nul pour un motif quelconque, y compris l'incapacité, en vertu du droit de l'État du tribunal élu²¹⁹. Il ajoute toutefois « à moins que celui-ci n'ait constaté que l'accord est valable », indiquant ainsi que le tribunal requis ne peut substituer son jugement à celui du tribunal élu²²⁰. L'objet de cette disposition est d'éviter les décisions contradictoires relatives à la validité de l'accord entre États contractants différents : ils sont tous tenus d'appliquer le droit de l'État du tribunal élu, et doivent respecter toute décision à cet égard prise par ce tribunal.

184 **Deuxième exception : incapacité.** La deuxième exception, exposée à l'alinéa b), suit la formulation de l'article 6 b). Dans l'article 9 b) comme dans l'article 6 b), la capacité est déterminée selon la loi du for (y compris ses règles de conflit de lois). Toutefois, le for est différent entre ces deux cas : dans l'article 6 b) c'est un tribunal devant lequel une procédure incompatible avec l'accord est engagée ; dans l'article 9 b) il s'agit du tribunal auquel la reconnaissance ou l'exécution du jugement du tribunal élu est demandée. Comme indiqué précédemment, il a été jugé trop ambitieux de chercher à unifier les règles de conflit de lois en matière de capacité. L'argument présenté au paragraphe 150 ci-dessus est applicable ici aussi : comme le défaut de capacité rendrait également l'accord nul aux termes de l'article 9 a), la capacité est déterminée à la fois par le droit du tribunal élu et par le droit du tribunal saisi : l'accord d'élection de for est nul si une partie²²¹ est dépourvue de capacité en vertu de l'un ou l'autre droit²²².

²¹⁷ Pour d'autres exceptions, voir les art. 8(5), 10 et 11. Voir également l'art. 20.

²¹⁸ Cela résulte de l'utilisation du terme « peut » au lieu de « doit » dans le chapeau de l'art. 9. Dans certains systèmes de droit, cela suffirait pour permettre aux tribunaux d'exercer un pouvoir discrétionnaire de refuser la reconnaissance ou non. Lorsque ce n'est pas le cas, l'État concerné pourrait adopter une législation prévoyant des règles déterminant si, et dans quelles circonstances, de tels jugements doivent recevoir reconnaissance et exécution – dans les limites autorisées par l'art. 9, bien entendu.

²¹⁹ Le droit de l'État du tribunal élu comprend les règles de conflit de lois de cet État ; voir *supra*, para. 125.

²²⁰ Le fait que le tribunal d'origine a rendu un jugement n'implique pas nécessairement qu'il a jugé valable l'accord d'élection de for : il a pu se déclarer compétent pour un autre motif autorisé par son droit interne.

²²¹ Aux art. 6 b) et 9 b), le terme « partie » désigne l'une des parties initiales à l'accord d'élection de for, et non une autre personne partie à l'instance.

²²² Voir le Procès-verbal No 8 de la Vingtième session, Commission II, para. 50 à 59.

185 **Troisième exception : notification.** La troisième exception, exposée à l'alinéa c), permet de refuser la reconnaissance si le défendeur n'a pas reçu une notification appropriée²²³. Deux règles sont en cause : la première, exposée à l'alinéa c) i), traite des intérêts du défendeur ; la seconde, exposée à l'alinéa c) ii), traite des intérêts de l'État de notification²²⁴.

186 **Protection du défendeur.** L'alinéa c) i) établit un critère purement factuel²²⁵ pour assurer que le défendeur a reçu une notification appropriée. Il indique que le tribunal requis peut refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse organiser sa défense. Toutefois, du fait de la proposition commençant par « à moins que... » à l'article 9 c) i), cette règle ne s'applique pas si le défendeur a comparu et présenté sa défense sans contester la notification, même s'il a disposé d'un délai insuffisant pour lui permettre d'organiser sa défense. Cette disposition a pour but d'interdire au défendeur de soulever des questions au stade de l'exécution qu'il aurait pu soulever lors de la procédure initiale. En pareil cas, le recours évident pour lui serait de demander un report d'audience. S'il ne le fait pas, il ne devrait pas avoir le droit de soulever l'absence d'une notification appropriée comme motif de non-reconnaissance du jugement²²⁶.

187 **Protection de l'État de notification.** De nombreux États, dont les principaux pays de *common law*, n'ont pas d'objection à la signification d'une assignation étrangère sur leur territoire sans aucune intervention de leurs autorités. Ils la considèrent simplement comme un moyen de transmission d'informations. Ainsi, si un avocat étranger souhaite délivrer une assignation étrangère en Angleterre, il peut prendre l'avion pour Londres, prendre un taxi jusqu'au foyer du défendeur, frapper à la porte et lui remettre l'acte. Il n'aura rien fait de mal. Certains pays sont d'un avis différent. Ils considèrent la signification d'une assignation comme un acte souverain (acte officiel) et que la signification d'une assignation étrangère sur leur territoire sans leur autorisation constitue une atteinte à leur souveraineté. L'autorisation sera généralement accordée par voie d'accord international établissant la procédure devant être suivie²²⁷. De tels États ne seraient pas disposés à reconnaître un jugement étranger si l'assignation a été signifiée d'une manière qu'ils considèrent comme portant atteinte à leur souveraineté. L'alinéa c) ii) tient compte de ce point de vue en disposant que le tribunal requis peut refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement si l'assignation a été notifiée au défendeur dans l'État requis d'une manière incompatible avec les principes fondamentaux de l'État requis relatifs à la signification de documents. Contrairement aux autres motifs de refus de reconnaissance, l'alinéa c) ii) ne s'applique qu'à la reconnaissance ou l'exécution du jugement dans l'État où la signification a eu lieu.

²²³ La notion de « notification » au sens de l'art. 9 c) est de nature générale et factuelle. Il ne s'agit pas d'un concept de technique juridique.

²²⁴ L'art. 9 c) traite uniquement de la question de savoir si le tribunal requis peut ou non refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement. Le tribunal d'origine appliquera son propre droit procédural, y compris les conventions internationales sur la signification des actes en vigueur pour l'État en question et applicables au cas d'espèce. Ces règles, qui pourraient imposer la réalisation de la signification en conformité avec le droit de l'État où elle a lieu, ne sont pas affectées par l'art. 9 c). Toutefois, sauf dans la mesure limitée autorisée par l'art. 9 c) ii), le tribunal requis ne peut pas refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement au motif que la signification n'était pas conforme au droit de l'État où elle a eu lieu, au droit de l'État d'origine ou aux conventions internationales sur la signification des actes.

²²⁵ Voir les Procès-verbaux de la Vingtième session, Commission II : le Procès-verbal No 9, para. 98, le Procès-verbal No 11, para. 27, et le Procès-verbal No 24, para. 28.

²²⁶ Cette règle ne s'applique pas s'il n'était pas possible de contester la notification devant le tribunal d'origine.

²²⁷ La Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale en est l'exemple le plus important. Voir également le Règlement (CE) No 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, JO 2000 L 160, p. 37.

not have to be recognised or enforced against the defendant under the Convention.

181 It should finally be emphasised that the proviso in Article 8(5) applies only where the judgment was not given by the designated court. If the court to which the case was transferred also counts as the designated court – for example, where the choice of court agreement designated the courts of the State of origin in general (“the courts of Sweden”), without specifying a particular court – Article 8(5) will not come into operation: the judgment will have been given by the designated court and the case will fall under Article 8(1). In such a case, there can be no question of not recognising or enforcing the judgment on the ground that the case was transferred.

Article 9 – Refusal of recognition or enforcement

182 **Seven exceptions.** While Article 8 lays down the principle of recognition and enforcement, Article 9 sets out exceptions to it. There are seven of these, in sub-paragraphs *a*) to *f*).²¹⁷ Where they apply, the Convention does not require the court addressed to recognise or enforce the judgment, though it does not preclude it from doing so.²¹⁸

183 **The first exception: null and void.** The first two exceptions mirror those in Article 6 *a*) and *b*). Sub-paragraph *a*) states that recognition or enforcement may be refused if the agreement was null and void on any ground including incapacity under the law of the State of the chosen court.²¹⁹ However, it adds, “unless the chosen court has determined that the agreement is valid”, thus indicating that the court addressed may not substitute its judgment for that of the chosen court.²²⁰ The purpose of this is to avoid conflicting rulings on the validity of the agreement among different Contracting States: they are all required to apply the law of the State of the chosen court, and they must respect any ruling on the point by that court.

184 **The second exception: incapacity.** The second exception, set out in sub-paragraph *b*), follows the wording of Article 6 *b*). In both Article 9 *b*) and Article 6 *b*), capacity is determined by the law of the forum (including its choice-of-law rules). However, the forum is different in the two cases: in Article 6 *b*) it is a court before which proceedings inconsistent with the agreement are brought; in Article 9 *b*) it is the court asked to recognise or enforce the judgment of the chosen court. As mentioned previously, it was thought too ambitious to attempt to unify choice-of-law rules on capacity. The point made in paragraph 150, above, applies here too: since lack of capacity would also make the agreement null and void in terms of Article 9 *a*), capacity is determined both by the law of the chosen court and by the law of the court seised: the choice of court agreement is null and void if a party²²¹ lacked capacity under either law.²²²

185 **The third exception: notification.** The third exception, set out in sub-paragraph *c*), permits non-recognition if the defendant was not properly notified.²²³ Two rules are involved: the first, laid down in sub-paragraph *c*) *i*), is concerned with the interests of the defendant; the second, laid down in sub-paragraph *c*) *ii*), is concerned with the interests of the State of notification.²²⁴

186 **Protection of the defendant.** Sub-paragraph *c*) *i*) lays down a purely factual test²²⁵ to ensure that the defendant was properly notified. It states that the court addressed may refuse to recognise or enforce the judgment if the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence. However, because of the clause beginning “unless” in Article 9 *c*) *i*), this rule does not apply if the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification, even if he had insufficient time to prepare his case properly. This is to stop the defendant raising issues at the enforcement stage that he could have raised in the original proceedings. In such a situation, the obvious remedy would be for him to seek an adjournment. If he fails to do this, he should not be entitled to put forward the lack of proper notification as a ground for non-recognition of the judgment.²²⁶

187 **Protection of the State of notification.** Many States, including the major common-law countries, have no objection to the service of a foreign writ on their territory without any participation of their authorities. They see it simply as a matter of conveying information. Thus if a foreign lawyer wants to serve a foreign writ in England, he can fly to London, take a taxi to the defendant’s home, knock on the door and give it to him. He will have done nothing wrong. Some countries take a different view. They consider the service of a writ to be a sovereign act (official act) and they consider that it infringes their sovereignty for a foreign writ to be served on their territory without their permission. Permission would normally be given through an international agreement laying down the procedure to be followed.²²⁷ Such States would be unwilling to recognise a foreign judgment if the writ was served in a way that they regarded as an infringement of their sovereignty. Sub-paragraph *c*) *ii*) takes account of this point of view by providing that the court addressed may refuse to recognise or enforce the judgment if the writ was notified to the defendant in the requested State in a manner that was incompatible with fundamental principles of that State concerning service of documents. Unlike the other grounds of non-recognition, sub-paragraph *c*) *ii*) applies only to recognition or enforcement in the State in which service took place.

²¹⁷ For other exceptions, see Art. 8(5), 10 and 11; see also Art. 20.

²¹⁸ This is indicated by the use of “may”, rather than “shall”, in the *chapeau* to Art. 9. In some legal systems, this would be sufficient to enable courts to exercise their discretion whether or not to refuse recognition. Where this is not the case, the State concerned might adopt legislation laying down rules as to whether and, if so, in what circumstances, such judgments should be recognised and enforced – of course, within the limits permitted by Art. 9. In the discussion on Art. 9, it should be remembered that this Report is concerned only with recognition and enforcement under the Convention, not with recognition or enforcement under internal law.

²¹⁹ The law of the State of the chosen court includes the choice-of-law rules of that State: see para. 125, *supra*.

²²⁰ The fact that the court of origin gave judgment does not necessarily mean that it considered the choice of court agreement to be valid: it may have taken jurisdiction on some other ground permitted by its internal law.

²²¹ In Art. 6 *b*) and 9 *b*), “party” refers to one of the original parties to the choice of court agreement, not to some other person who is a party to the proceedings.

²²² See Minutes No 8 of the Twentieth Session, Commission II, paras 50 to 59.

²²³ The concept of “notification” as used in Art. 9 *c*) is of a general, factual nature. It is not a technical, legal concept.

²²⁴ Art. 9 *c*) is concerned solely with whether or not the court addressed may refuse to recognise or enforce the judgment. The court of origin will apply its own procedural law, including international conventions on the service of documents which are in force for the State in question and are applicable on the facts of the case. These rules, which might require service to be effected in conformity with the law of the State in which it takes place, are not affected by Art. 9 *c*). However, except to the limited extent provided in Art. 9 *c*) *ii*), the court addressed may not refuse to recognise or enforce the judgment on the ground that service did not comply with the law of the State in which it took place, with the law of the State of origin or with international conventions on the service of documents.

²²⁵ See Minutes of the Twentieth Session, Commission II: Minutes No 9, para. 98, Minutes No 11, para. 27 and Minutes No 24, para. 28.

²²⁶ This rule does not apply if it was not possible to contest notification in the court of origin.

²²⁷ The *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* is the most important example. See also Council Regulation (EC) No 1348/2000 of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, OJ 2000 L 160, p. 37.

188 **La quatrième exception : fraude.** La quatrième exception, exposée à l'alinéa *d*), est que le jugement a été obtenu par une fraude relative à la procédure²²⁸. La fraude est une malhonnêteté intentionnelle ou une faute intentionnelle. Les exemples comprendraient une situation où le demandeur signifie l'assignation, ou la fait signifier, délibérément à une mauvaise adresse; où le demandeur fournit sciemment des renseignements erronés au défendeur quant au lieu et à la date de l'audience; ou lorsque l'une ou l'autre des parties cherche à suborner un juge, juré ou témoin, ou dissimule délibérément des éléments de preuve essentiels.

189 **La cinquième exception : ordre public.** La cinquième exception, exposée à l'alinéa *e*), est que la reconnaissance ou l'exécution serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis, y compris les situations où la procédure aboutissant au jugement en l'espèce était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale de cet État. La première partie de cette disposition vise à fixer un niveau élevé conformément aux dispositions de l'article 6. La seconde a pour objet de concentrer l'attention sur les manquements procéduraux graves dans une espèce particulière²²⁹.

190 On peut constater qu'il y a un chevauchement considérable entre les trois dernières exceptions, car elles concernent toutes, en tout ou partie, l'équité procédurale. Ainsi, par exemple, si du fait de la fraude du demandeur l'assignation n'a pas été signifiée au défendeur et que ce dernier n'avait pas connaissance de la procédure, les exceptions exposées aux alinéas *c*), *d*) et *e*) sont toutes potentiellement applicables. La raison de cet accent mis sur l'équité procédurale est que dans certains pays les principes fondamentaux d'équité procédurale (désignés également sous les appellations de respect des droits de la défense, de justice naturelle ou de droit à un procès équitable) sont des normes constitutionnelles²³⁰. Dans de tels pays, il pourrait être inconstitutionnel de reconnaître un jugement étranger obtenu dans une instance dans le cadre de laquelle une violation fondamentale de ces principes est survenue.

191 **Sixième exception : jugements incompatibles.** Les alinéas *f*) et *g*) traitent de la situation où il existe un conflit entre le jugement dont la reconnaissance et l'exécution sont recherchées en vertu de la Convention et un autre jugement rendu entre les mêmes parties. Ils s'appliquent lorsque les deux jugements sont incompatibles. Toutefois, les alinéas *g*) et *f*) diffèrent dans leur mode de fonctionnement.

192 L'alinéa *f*) traite de la situation où le jugement incompatible a été rendu par un tribunal de l'État requis. En pareil cas, ce jugement prévaut, qu'il ait été rendu en premier ou non : le tribunal requis est autorisé à accorder la primauté à un jugement provenant d'un tribunal de son propre État, même si ce jugement a été rendu après le jugement en vertu de l'accord d'élection de for. Pour que cette disposition s'applique, les parties doivent être les mêmes, mais il n'est pas nécessaire que la cause soit la même.

193 L'alinéa *g*) traite de la situation dans laquelle les deux jugements ont été rendus par des tribunaux étrangers. Ici, la reconnaissance et l'exécution ne pourront être refusées au jugement rendu en vertu de l'accord d'élection de for que si les conditions suivantes sont remplies : premièrement, le

jugement en vertu de l'accord d'élection de for doit avoir été rendu après le jugement incompatible; deuxièmement, les parties doivent être les mêmes²³¹; troisièmement, la cause doit être la même; et quatrièmement, le jugement incompatible doit remplir les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis.

Article 10 – Questions préalables

194 **Estoppel et jugements étrangers.** Un tribunal doit fréquemment trancher diverses questions de droit ou de fait à titre préalable avant de pouvoir rendre une décision sur la demande du demandeur. Par exemple, dans une instance en vertu d'un contrat de licence de brevet, il pourra devoir décider de la validité d'un brevet. Il s'agit d'une décision sur une question préalable. Elle ouvre la voie au jugement définitif, qui disposera que le défendeur est ou n'est pas condamné à verser des dommages et intérêts au demandeur. Il est clair que le tribunal requis doit reconnaître ce jugement définitif et, en cas de condamnation pécuniaire (par exemple, une redevance de licence ou des dommages et intérêts), faire exécuter le jugement (dans la mesure où il a été rendu en vertu d'un accord d'élection de for relevant de la Convention). Mais est-il tenu par la Convention de reconnaître les décisions concernant la question préalable?

195 Dans les pays de droit civil, un jugement ne produit normalement ses effets qu'en ce qui concerne le dispositif en France ou ses équivalents dans d'autres systèmes juridiques – par exemple, le *Tenor* ou *Spruch* en Allemagne et en Autriche. Dans le monde de la *common law*, par contre, le principe désigné diversement sous les noms de « *issue estoppel* »²³², « *collateral estoppel* » ou « *issue preclusion* »²³³ impose à un tribunal dans une affaire ultérieure de reconnaître des décisions rendues sur des questions préalables dans un jugement antérieur. Ceci peut s'appliquer à la fois lorsque le jugement initial a été rendu par un tribunal dans le même État ou par un tribunal d'un autre État²³⁴. Toutefois, la Convention n'impose jamais la reconnaissance ou l'exécution de telles décisions, mais n'interdit pas aux États contractants de les reconnaître en vertu de leur propre droit.

196 **Décisions sur des questions préalables.** L'article 10 traite des questions tranchées à titre préalable²³⁵. Le premier paragraphe indique que lorsqu'une matière exclue en vertu de l'article 2(2) ou de l'article 21 a été soulevée à titre préalable, la décision sur cette question n'est pas reconnue ou exécutée en vertu de la Convention. Eu égard aux indications du paragraphe précédent, cette disposition pourrait être inutile; toutefois, dans le cas de décisions sur des matières échappant au champ d'application de la Convention – notamment la validité de certains droits de propriété intellectuelle – la question est d'une telle importance qu'il a été jugé souhaitable d'avoir une disposition expresse. L'article 10(1) complète ainsi l'article 2(3) qui dispose qu'un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif que le tribunal rend une décision sur une matière exclue soulevée à titre préalable.

197 **Jugements fondés sur une question préalable.** L'article 10(2) ne traite pas du défaut de reconnaissance des décisions relatives aux questions préalables, mais du refus de

²²⁸ La fraude relative au fond relèverait de l'exception d'ordre public de l'art. 9 *e*). La Convention traite de la fraude relative à la procédure à titre de motif distinct de refus de reconnaissance parce qu'il peut exister des systèmes de droit dans lesquels l'ordre public ne peut être soulevé pour les fraudes relatives à la procédure.

²²⁹ La seconde partie n'a pas vocation à limiter les effets de la première : l'ordre public au sens de la Convention n'est pas limité aux questions de procédure. Toutefois, l'enjeu doit être d'une importance fondamentale pour l'État requis.

²³⁰ Pour l'Europe, voir l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme; pour les États-Unis d'Amérique, voir les cinquième et quatorzième amendements de la Constitution des États-Unis d'Amérique. De nombreux autres pays sont dotés de dispositions semblables.

²³¹ Ceci s'applique également en vertu de l'alinéa *f*). L'exigence d'identité des parties sera remplie si les parties liées par les jugements sont identiques, même si les parties à la procédure sont différentes, par ex., lorsque l'un des jugements est rendu à l'encontre d'une personne et l'autre à l'encontre de son successeur.

²³² Terminologie britannique et du Commonwealth de *common law*.

²³³ Ces dernières expressions relèvent toutes deux de la terminologie des États-Unis d'Amérique.

²³⁴ Sur ce dernier point, voir P. Barnett, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments*, Oxford University Press 2001.

²³⁵ Sur la signification du terme de décision préalable, voir *supra*, para. 194 et 195. Voir également *supra*, note 77.

188 **The fourth exception: fraud.** The fourth exception, set out in sub-paragraph *d*), is that the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure.²²⁸ Fraud is deliberate dishonesty or deliberate wrongdoing. Examples would be where the plaintiff deliberately serves the writ, or causes it to be served, on the wrong address; where the plaintiff deliberately gives the defendant wrong information as to the time and place of the hearing; or where either party seeks to corrupt a judge, juror or witness, or deliberately conceals key evidence.

189 **The fifth exception: public policy.** The fifth exception, set out in sub-paragraph *e*), is that recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State. The first part of this provision is intended to set a high standard in accordance with the provisions of Article 6. The second part is intended to focus attention on serious procedural failings in the particular case at hand.²²⁹

190 It will be seen that there is considerable overlap among the last three exceptions, since they all relate, partly or wholly, to procedural fairness. Thus, for example, if, owing to the plaintiff's fraud, the writ was not served on the defendant and (s)he was unaware of the proceedings, the exceptions set out in sub-paragraphs *c*), *d*) and *e*) would all be potentially applicable. The reason for this emphasis on procedural fairness is that in some countries fundamental principles of procedural fairness (also known as due process of law, natural justice or the right to a fair trial) are constitutionally mandated.²³⁰ In such countries, it might be unconstitutional to recognise a foreign judgment obtained in proceedings in which a fundamental breach of these principles occurred.

191 **The sixth exception: inconsistent judgments.** Sub-paragraphs *f*) and *g*) deal with the situation in which there is a conflict between the judgment for which recognition and enforcement are sought under the Convention and another judgment given between the same parties. They apply where the two judgments are inconsistent. However, there is a difference in the way that sub-paragraphs *f*) and *g*) operate.

192 Sub-paragraph *f*) is concerned with the case where the inconsistent judgment was granted by a court in the requested State. In such a situation, that judgment prevails, irrespective of whether it was given first: the court addressed is permitted to give preference to a judgment from a court in its own State, even if that judgment was given after the judgment under the choice of court agreement. For this provision to apply, the parties must be the same, but it is not necessary for the cause of action to be the same.

193 Sub-paragraph *g*) is concerned with the situation in which both judgments were given by foreign courts. Here, the judgment given under the choice of court agreement may be refused recognition and enforcement only if the following requirements are satisfied: first, the judgment under the choice

of court agreement must have been given after the conflicting judgment; secondly, the parties must be the same;²³¹ thirdly, the cause of action must be the same; and fourthly, the conflicting judgment must fulfil the conditions necessary for its recognition in the requested State.

Article 10 – Preliminary questions

194 **Estoppel and foreign judgments.** Often a court has to rule on various questions of fact or law as preliminary matters before it can rule on the plaintiff's claim. For example, in actions under a patent-licensing agreement, it might have to rule on whether the patent is valid. This is a ruling on a preliminary question. It paves the way for the final judgment, which will be that the defendant is, or is not, liable to pay damages to the plaintiff. Clearly, the court addressed has to recognise this final judgment and, if the payment of money is ordered (*e.g.* a licensing fee or damages), to enforce it (in so far as it was rendered under a choice of court agreement covered by the Convention); but is it required by the Convention to recognise the ruling on the preliminary question?

195 In civil-law States, a judgment normally has effect only as regards the final order – the *dispositif* in France and its equivalents in other legal systems, for example, the *Tenor* or *Spruch* in Germany and Austria. In the common-law world, on the other hand, the doctrine known variously as issue estoppel,²³² collateral estoppel or issue preclusion²³³ requires a court in certain circumstances to recognise rulings on preliminary questions given in an earlier judgment. This can apply both where the original judgment was given by a court in the same State and where it was given by a court in another State.²³⁴ However, the Convention never requires the recognition or enforcement of such rulings, though it does not preclude Contracting States from recognising them under their own law.

196 **Rulings on preliminary questions.** Article 10 is concerned with matters decided as preliminary questions.²³⁵ The first paragraph states that where a matter referred to in Article 2(2) or Article 21 arose as a preliminary question, the ruling on that question will not be recognised or enforced under the Convention. In view of what was said in the previous paragraph, this provision may be unnecessary; however, in the case of rulings on matters outside the scope of the Convention – in particular, the validity of certain intellectual property rights – the question is so important that it was thought desirable to have an express provision. Article 10(1) thus complements Article 2(3), which provides that proceedings are not excluded from the Convention just because the court gives a ruling on an excluded matter which arose as a preliminary question.

197 **Judgments based on a preliminary question.** Article 10(2) is not concerned with the non-recognition of rulings on preliminary questions, but with the non-recognition of certain judgments or parts thereof which are based on such

²²⁸ Fraud as to the substance could fall under the public policy exception in Art. 9 *e*). The Convention deals with procedural fraud as a separate ground of non-recognition because there may be some legal systems in which public policy cannot be used with regard to procedural fraud.

²²⁹ The second part is not intended to limit the first part: public policy as understood in the Convention is not limited to procedural matters. However, the issues at stake must be of fundamental importance to the requested State.

²³⁰ For Europe, see Art. 6 of the European Convention on Human Rights; for the United States of America, see the Fifth and Fourteenth Amendments to the United States Constitution. Many other countries have similar provisions.

²³¹ This also applies under sub-para. *f*). The requirement that the parties must be the same will be satisfied if the parties bound by the judgments are the same even if the parties to the proceedings are different, for example where one judgment is against a particular person and the other judgment is against the successor to that person.

²³² British and common-law Commonwealth terminology.

²³³ These latter two expressions are both United States terminology.

²³⁴ On the latter, see P. Barnett, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments*, Oxford University Press 2001.

²³⁵ On what is meant by a preliminary question, see paras 194 to 195, *supra*; see also note 77, *supra*.

reconnaissance de certains jugements ou parties de jugements fondés sur ces décisions. Il établit un nouveau motif de refus de reconnaissance, outre ceux exposés à l'article 9. Il prévoit que la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, *et dans la mesure où*, ce jugement est fondé sur une décision sur une matière exclue en vertu de l'article 2(2)²³⁶. Cette exception ne devra bien entendu être utilisée que lorsque le tribunal requis serait susceptible de trancher la question préalable d'une manière différente. Même assortie de cette limite, cette exception paraît très large. Elle est cependant soumise à une importante condition supplémentaire, exposée au paragraphe 3, dans le domaine le plus probable de son application, à savoir la propriété intellectuelle.

198 Décisions préalables sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle. En l'absence des règles particulières de l'article 10(3), l'article 10(2) s'appliquerait seul lorsque le jugement du tribunal d'origine est fondé sur une décision préalable relative à la validité. Toutefois, à la suite d'une demande pour la plus grande clarté possible de la part des parties prenantes dans le domaine de la propriété intellectuelle, et parce que la question de l'incohérence peut être clairement définie en matière de propriété intellectuelle, la Session diplomatique a décidé de traiter de cette question particulière dans un paragraphe distinct. Par conséquent, lorsqu'un jugement est fondé sur une décision préalable relative à la validité d'un droit de propriété intellectuelle autre qu'un droit d'auteur ou droit voisin, l'article 10(2) est en outre soumis à la condition supplémentaire de l'article 10(3). Mis à part les motifs énumérés aux articles 9 et 11, la reconnaissance ou l'exécution d'un tel jugement ne peut être refusée ou différée en vertu de l'article 10(2) que lorsque les conditions de l'article 10(3) sont remplies.

199 Alinéa a). En vertu de l'article 10(3) a), la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, la décision sur la validité du droit de propriété intellectuelle est incompatible avec un jugement (ou une décision d'une autorité compétente, telle qu'un office des brevets) rendu dans l'État du droit duquel découle le droit de propriété intellectuelle²³⁷. Cela permet de reconnaître la primauté des tribunaux (ou autres autorités) de cet État, qui pourrait être l'État requis ou un État tiers. Ce n'est que si la décision préalable (ou implicite) du tribunal d'origine est incompatible avec un jugement ou une décision de cet État que les autres États sont autorisés à refuser de reconnaître ou d'exécuter le jugement en vertu de l'article 10(2).

200 Le fonctionnement de l'article 10(3) a) est plus facile à comprendre en prenant un exemple²³⁸. Supposons que A poursuive B dans l'État X, réclamant sa condamnation au paiement de redevances en application d'un contrat de licence de brevet comportant un accord exclusif d'élection de for attribuant la compétence aux tribunaux de l'État X. B répond en affirmant que le brevet est invalide ou nul. Si nous supposons que A n'ait droit aux redevances que si le brevet est valable, l'affirmation de B constituerait une bonne défense s'il peut l'étayer. Le tribunal doit donc décider de la validité du brevet à titre de question préalable. Supposons qu'il le fasse, et constate la validité du brevet. Il rend son jugement en faveur de A pour 1 million de dollars. A engage alors une procédure en vertu de la Convention pour obtenir l'exécution de ce jugement dans l'État Y. S'il y avait un jugement de l'État d'enregistrement du brevet (qui peut être soit l'État Y soit un État tiers, Z), le jugeant invalide ou nul, ce jugement serait

incompatible non avec le jugement effectif dans l'affaire en vertu de la Convention – qui dispose simplement que B doit verser 1 million de dollars à A – mais avec la décision préalable constatant la validité du brevet. Toutefois, comme cette décision préalable constitue le postulat logique du jugement, il y aurait une incompatibilité entre les deux jugements, bien que de nature secondaire. L'article 10(3) a) pour objet d'autoriser (mais non contraindre) les tribunaux de l'État Y à refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement en vertu de la Convention en pareille circonstance.

201 Alinéa b). En vertu de l'article 10(3) b), la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être différée²³⁹ si une procédure sur la validité de ce droit de propriété intellectuelle est pendante dans l'État du droit duquel découle le droit de propriété intellectuelle²⁴⁰. Cela accorde au tribunal requis le pouvoir de surseoir à statuer dans la procédure de reconnaissance ou d'exécution dans l'attente de l'issue de la procédure sur la validité. Si le jugement sur la validité est compatible avec celui du tribunal d'origine, la reconnaissance ou l'exécution ne pourra être refusée en vertu de l'article 10. S'il est incompatible, l'article 10(3) a) s'appliquera.

202 Décisions préalables relatives à une matière exclue en vertu de l'article 21. Le paragraphe 4 est exactement identique au paragraphe 2, sous la réserve qu'il concerne un jugement fondé sur une décision relative à une matière exclue par une déclaration de la part de l'État requis en vertu de l'article 21. Toutefois, il n'est pas soumis à la réserve du paragraphe 3 : il n'existe pas de règle particulière à l'égard des décisions préalables sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle.

Article 11 – Dommages et intérêts

203 L'article 11 traite des dommages et intérêts. Il permet au tribunal requis de refuser de reconnaître ou exécuter un jugement si, et dans la mesure où, il accorde des dommages et intérêts qui ne compensent pas le demandeur pour la perte ou le préjudice réels subis. La disposition équivalente du projet de Convention 2004 était contenue à l'article 15, avec une formulation plus détaillée et plus complexe²⁴¹. Lors de la Session diplomatique de 2005, il a été convenu de supprimer cette disposition et de la remplacer par les dispositions plus simples de l'article 11. Les raisons sont exposées ci-dessous dans la déclaration du Groupe de travail qui l'a rédigé.

204 L'article 11 vise les dommages et intérêts exemplaires et punitifs. Ces deux termes désignent la même chose : ils visent les dommages et intérêts destinés à punir le défendeur et le

²³⁶ Pour la situation où le jugement est fondé sur une matière exclue en vertu de l'art. 21, voir l'art. 10(4) et *infra*, para. 202.

²³⁷ Dans le cas d'un droit enregistré, il s'agirait de l'État d'enregistrement ou l'État dans lequel l'enregistrement est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale.

²³⁸ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

²³⁹ Le chapeau de l'art. 10(3) mentionne à la fois le refus et le différé. Le premier s'appliquera normalement en vertu de l'alinéa a) et le second en vertu de l'alinéa b). Toutefois, même en vertu de l'alinéa b), le tribunal requis pourrait se dessaisir s'il n'avait pas le pouvoir de surseoir à statuer, à condition que le créancier du jugement ait la possibilité d'engager une nouvelle procédure une fois tranchée la question de la validité.

²⁴⁰ Elle peut être pendante devant le tribunal compétent ou un office des brevets ou autre autorité semblable.

²⁴¹ Les dispositions de l'art. 15 du projet de Convention 2004, auquel il est fait référence au para. 205 ci-dessous, sont les suivantes :

Article 15 – Dommages et intérêts

1. Un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, est reconnu et exécuté dans la mesure où des dommages et intérêts similaires ou comparables auraient pu être accordés par un tribunal de l'État requis. Ce paragraphe n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution du jugement, selon le droit du tribunal requis, jusqu'au montant total des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine.

2. a) Lorsque le débiteur convainc le tribunal requis, après que le créancier a eu la possibilité d'être entendu, que dans les circonstances en ce compris celles existant dans l'État d'origine, des dommages et intérêts manifestement excessifs ont été accordés, la reconnaissance et l'exécution peuvent être accordées pour un montant inférieur.

b) En aucun cas, le tribunal requis ne peut reconnaître ou exécuter le jugement pour un montant inférieur à celui qui aurait pu être accordé par les tribunaux de l'État requis, dans les mêmes circonstances, en prenant en considération également celles existant dans l'État d'origine.

3. Pour l'application des paragraphes précédents, le tribunal requis prend en considération le montant éventuellement accordé par le tribunal d'origine pour couvrir les frais et dépens du procès. »

rulings. What it does is to lay down another ground of non-recognition, in addition to those set out in Article 9. It provides that recognition or enforcement of a judgment may be refused if, *and to the extent that*, the judgment was based on a matter excluded under Article 2(2).²³⁶ This exception should of course be used only where the court addressed would decide the preliminary question in a different way. Even with this restriction, it seems like a sweeping exception; however, in the area in which it is most likely to apply – intellectual property – it is subject to an important qualification, set out in paragraph 3.

198 Preliminary rulings on the validity of intellectual property rights. Without the special rules in Article 10(3), Article 10(2) alone would apply where the judgment of the court of origin was based on a preliminary ruling on validity. However, following a request by the intellectual property stakeholders for the utmost clarity and because the question of inconsistency can be clearly defined with regard to intellectual property, the Diplomatic Session decided to deal with this particular issue in a separate paragraph. Consequently, where a judgment is based on a preliminary ruling on the validity of an intellectual property right other than copyright or a related right, Article 10(2) is further qualified by Article 10(3). Apart from the grounds listed in Articles 9 and 11, recognition or enforcement of such a judgment may be refused or postponed under Article 10(2) only where the conditions of Article 10(3) are met.

199 Sub-paragraph a). Under Article 10(3) *a*), recognition or enforcement of the judgment may be refused if, and to the extent that, the ruling on the validity of the intellectual property right is inconsistent with a judgment (or a decision of a competent authority, such as a patent office) given in the State under the law of which the intellectual property right arose.²³⁷ This recognises the pre-eminence of the courts (or other authorities) of that State, which might be the requested State or a third State. It is only if the preliminary ruling by the court of origin conflicts with a judgment or decision of that State that other States are entitled to refuse to recognise or enforce the judgment under Article 10(2).

200 The operation of Article 10(3) *a*) is easier to understand if we take an example.²³⁸ Assume that A sues B in State X, seeking to have B ordered to pay royalties under a patent-licensing agreement that contains an exclusive choice of court clause granting jurisdiction to the courts of State X. B responds by arguing that the patent is invalid. If we assume that A is entitled to claim the royalties only if the patent is valid, B's assertion would be a good defence if he could substantiate it; so the court must decide the validity of the patent as a preliminary question. Let us assume it does so, and holds the patent valid. It gives judgment in favour of A for 1 million dollars. A then brings proceedings under the Convention to enforce this judgment in State Y. Now, if there was a judgment from the State of registration of the patent (which may be either State Y or a third State, State Z), holding it invalid,

this judgment would conflict not with the actual judgment in the case under the Convention – this merely says that B must pay A 1 million dollars – but with the preliminary ruling that the patent was valid. However, since this preliminary ruling provides the logical premise on which the judgment was based, there would be an inconsistency between the two judgments, though an inconsistency of a secondary nature. The purpose of Article 10(3) is to permit (but not oblige) the courts of State Y to refuse to recognise or enforce the judgment under the Convention in these circumstances.

201 Sub-paragraph b). Under Article 10(3) *b*), recognition or enforcement of the judgment may be postponed²³⁹ if proceedings concerning the validity of the intellectual property right are pending in the State under the law of which the intellectual property right arose.²⁴⁰ This gives the court addressed the power to stay (suspend) the proceedings for recognition or enforcement to await the outcome of the proceedings on validity. If the judgment on validity is consistent with that of the court of origin, recognition or enforcement may not be refused under Article 10; if it is inconsistent, Article 10(3) *a*) will apply.

202 Preliminary rulings on a matter excluded under Article 21. Paragraph 4 is exactly the same as paragraph 2, except that it relates to a judgment based on a ruling on a matter excluded by a declaration made by the requested State under Article 21. However, it is not subject to the qualification laid down in paragraph 3: there is no special rule with regard to preliminary rulings on the validity of an intellectual property right.

Article 11 – Damages

203 Article 11 is concerned with damages. It permits the court addressed to refuse recognition or enforcement of a judgment if, and to the extent that, the award of damages does not compensate the plaintiff for actual loss or harm suffered. The equivalent provision in the 2004 draft Convention was Article 15, a more detailed and complex formulation.²⁴¹ At the 2005 Diplomatic Session it was agreed to delete this provision and replace it with the simpler provisions of Article 11. The reasons are explained below in the statement agreed by the Working Group which drafted it.

204 Article 11 refers to exemplary and punitive damages. These two terms mean the same thing: they refer to damages that are intended to punish the defendant and to deter him

²³⁶ For the position where the judgment was based on a matter excluded under Art. 21, see Art. 10(4) and *infra*, para. 202.

²³⁷ In the case of a registered right, this would be the State of registration or the State in which registration is deemed to have taken place under the terms of an international convention.

²³⁸ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

²³⁹ The *chapeau* to Art. 10(3) refers to both refusal and postponement. The former would normally apply under sub-para. *a*) and the latter under sub-para. *b*). Even under sub-para. *b*), however, the court addressed could dismiss the proceedings if it had no power to suspend them, provided the judgment-creditor could bring new proceedings once the issue of validity had been decided.

²⁴⁰ They may be pending either in the appropriate court or in a patent office or similar authority.

²⁴¹ Art. 15 of the 2004 draft Convention, which is referred to in para. 205, *infra*, reads as follows:

“Article 15 – Damages

1. A judgment which awards non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, shall be recognised and enforced to the extent that a court in the requested State could have awarded similar or comparable damages. Nothing in this paragraph shall preclude the court addressed from recognising and enforcing the judgment under its law for an amount up to the full amount of the damages awarded by the court of origin.

2. a) Where the debtor, after proceedings in which the creditor has the opportunity to be heard, satisfies the court addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages have been awarded, recognition and enforcement may be limited to a lesser amount.

b) In no event shall the court addressed recognise or enforce the judgment for an amount less than that which could have been awarded in the requested State in the same circumstances, including those existing in the State of origin.

3. In applying the preceding paragraphs, the court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.”

dissuader ainsi que d'autres de commettre de tels actes pour l'avenir. Ils sont à contraster avec les dommages et intérêts compensatoires, destinés à compenser la perte subie par le demandeur, c'est-à-dire le rétablir dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de l'acte fautif.

205 Lors de la Session diplomatique de 2005, les membres du Groupe de travail ayant rédigé l'article 11 sont convenus de la déclaration suivante, adoptée par la Session²⁴²:

« (a) Partons d'un principe élémentaire et constant : les jugements accordant des dommages et intérêts relèvent du champ d'application de la Convention. Un jugement rendu par un tribunal désigné dans un accord exclusif d'élection de for et qui, en tout ou partie, accorde des dommages et intérêts au demandeur, sera reconnu et exécuté dans tous les États contractants en vertu de la Convention. De tels jugements n'étant pas différents d'autres décisions relevant du champ d'application de la Convention, l'article 8 s'applique sans réserve. Cela vise à la fois l'obligation de reconnaissance et d'exécution et tous les motifs de refus.

(b) Au cours des négociations, il est apparu que les jugements accordant des dommages et intérêts allant bien au-delà du préjudice réel subi par le demandeur posaient un problème à certaines délégations. Les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs en sont un exemple important. Certaines délégations étaient d'avis que l'exception d'ordre public de l'article 9 e) permettait de régler ces problèmes, mais d'autres ont clairement indiqué que cela n'était pas possible selon leur concept limité de l'ordre public. Il a donc été convenu qu'il devrait y avoir un motif supplémentaire de refus pour les jugements sur les dommages et intérêts. C'est le nouvel article 11. Comme pour tous les autres motifs de refus, cette disposition devrait être interprétée et appliquée de manière aussi restrictive que possible.

(c) L'article 11 est fondé sur la fonction principale incontestée des dommages et intérêts : ils doivent compenser le préjudice réel. Le nouvel article 11(1) indique donc que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement peuvent être refusées si, et dans la mesure où, les dommages et intérêts ne compensent pas une partie pour la perte ou le préjudice réels subis. Il convient de mentionner que le mot anglais « actual » a un sens différent du français « actuel » (qui ne figure pas dans le texte français) ; de sorte que les pertes futures sont également couvertes.

(d) Cela ne signifie pas que le tribunal requis est autorisé à examiner s'il aurait pu accorder ou non la même somme de dommages et intérêts. Le seuil est bien plus élevé. L'article 11 ne fonctionne que lorsqu'il résulte manifestement du jugement que la condamnation semble aller au-delà de la perte ou du préjudice réels subis. Cela concerne notamment les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs. Ces types de dommages et intérêts sont donc expressément mentionnés. Mais dans des cas exceptionnels, des dommages et intérêts qualifiés de compensatoires par le tribunal d'origine pourraient également relever de cette disposition.

(e) Cette disposition considère également comme compensant la perte ou le préjudice réels subis les dommages et intérêts accordés dans le cadre d'un accord entre les parties (dommages et intérêts conventionnels) ou d'une loi (dommages et intérêts légaux). À l'égard de tels dommages et inté-

rêts, le tribunal requis ne pourrait refuser la reconnaissance et l'exécution que si et dans la mesure où ces dommages et intérêts sont destinés à punir le défendeur plutôt qu'évaluer équitablement le niveau d'indemnisation approprié.

(f) Il serait faux de demander si le tribunal requis doit appliquer la loi de l'État d'origine ou la loi de l'État requis. L'article 11 comporte un concept autonome. C'est bien entendu le tribunal requis qui applique cette disposition, mais cette application n'entraîne pas une simple application de la loi de l'État requis en matière de dommages et intérêts.

(g) La reconnaissance et l'exécution ne peuvent être refusées que dans la mesure où le jugement va au-delà de la perte ou du préjudice réels subis. Selon la plupart des délégations, cela pourrait déjà découler logiquement de l'objet limité de cette disposition. Toutefois, il est utile de l'indiquer expressément. Cela évite une éventuelle démarche de « tout ou rien » appliquée par certains systèmes de droit pour l'exception d'ordre public.

(h) Le paragraphe premier ainsi que le paragraphe 2 de l'ancien article 15 comportaient des règles très élaborées quant à la mesure dans laquelle les dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine devaient être reconnus et exécutés dans tous les cas. Le Groupe de travail a été d'avis que cela pourrait être compris comme donnant une impression erronée. L'article 11 ne permet qu'un examen aux fins de savoir si le jugement accorde des dommages et intérêts ne compensant pas la perte réelle ; il ne permet aucun autre examen de l'affaire au fond. Comme tous les autres motifs de refus, il ne s'appliquera que dans des circonstances exceptionnelles. Un excès de rédaction pour ces affaires leur aurait attribué un poids politique excessif.

(i) L'article 11 n'oblige pas le tribunal à refuser la reconnaissance et l'exécution. C'est une conséquence manifeste de sa formulation – le tribunal peut refuser – et conforme à la démarche globale de l'article 9. La disposition ne limite donc en aucune manière la reconnaissance et l'exécution des dommages et intérêts en vertu du droit national ou d'autres instruments internationaux, et permet (mais n'impose pas) la reconnaissance et l'exécution en vertu de la Convention. Là encore, le Groupe de travail a été d'avis qu'une disposition expresse aurait constitué un excès de rédaction accordant trop de poids à la question des dommages et intérêts.

(j) L'article 11(2) est l'ancien article 15(3). En vertu de l'article 11(1), on pourrait prétendre que les dommages et intérêts destinés à couvrir les frais de l'instance ne sont pas destinés à compenser une perte réelle. Cela serait naturellement erroné dans une perspective comparative. Mais il est néanmoins raisonnable d'inclure une mention expresse de cette difficulté dans la disposition. Cette mention ne comporte pas une règle stricte ; le fait que les dommages et intérêts sont destinés à couvrir les frais et dépens doit seulement être pris en considération.

(k) En résumé : le nouvel article 11 est plus court que l'ancien article 15, il est mieux aligné sur la rédaction d'ensemble de la Convention, et il traite des questions réelles sans ajouter de règles complexes et élaborées susceptibles d'être mal comprises. Le Groupe de travail propose donc l'adoption de cette disposition. »

Article 12 – Transactions judiciaires

206 L'article 12 dispose que les transactions qui, au cours d'une instance, sont homologuées par un tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for

²⁴² Voir le Procès-verbal No 19 de la Vingtième session, Commission II, para. 13 et 14. Les membres du Groupe de travail étaient des délégués et représentants de l'Allemagne, de l'Australie, de l'Autriche, du Canada, de la Chine, de la Communauté européenne, des États-Unis d'Amérique, du Japon, de la Nouvelle-Zélande, du Royaume-Uni, de la Fédération de Russie et de la Suisse. Le Président était M. Gottfried Musger (Autriche). Dans le texte qui suit, les mentions d'articles particuliers (initialement fondées sur le projet de Convention 2004) ont été modifiées pour les adapter à la numérotation adoptée dans le texte définitif.

and others from doing something similar in the future. They may be contrasted with compensatory damages, which are intended to compensate the plaintiff for the loss he has suffered, that is to say, to put him in the position in which he would have been if the wrongful act had not occurred.

205 At the 2005 Diplomatic Session, the following statement was agreed by the members of the Working Group which drew up Article 11 and was adopted by the Session:²⁴²

“(a) Let us start with a basic and never disputed principle: judgments awarding damages are within the scope of the Convention. So a judgment given by a court designated in an exclusive choice of court agreement which, in whole or in part, awards damages to the plaintiff, will be recognised and enforced in all Contracting States under the Convention. As such judgments are not different from other decisions falling within the scope of the Convention, Article 8 applies without restriction. This means both the obligation to recognise and enforce and all the grounds for refusal.

(b) During the negotiations, it has become obvious that some delegations have problems with judgments awarding damages that go far beyond the actual loss of the plaintiff. Punitive or exemplary damages are an important example. Some delegations thought that the public policy exception in Article 9 e) could solve those problems, but others made it clear that this was not possible under their limited concept of public policy. Therefore it was agreed that there should be an additional ground for refusal for judgments on damages. This is the new Article 11. As in the case of all other grounds for refusal, this provision should be interpreted and applied in as restrictive a way as possible.

(c) Article 11 is based on the undisputed primary function of damages: they should compensate for the actual loss. Therefore the new Article 11(1) says that recognition and enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the damages do not compensate a party for actual loss or harm suffered. It should be mentioned that the English word ‘actual’ has a different meaning from the French ‘actuel’ (which is not used in the French text); so future losses are covered as well.

(d) This does not mean that the court addressed is allowed to examine whether it could have awarded the same amount of damages or not. The threshold is much higher. Article 11 only operates when it is obvious from the judgment that the award appears to go beyond the actual loss or harm suffered. In particular, this applies to punitive or exemplary damages. These types of damages are therefore explicitly mentioned. But in exceptional cases, damages which are characterised as compensatory by the court of origin could also fall under this provision.

(e) This provision also treats as compensation for actual loss or harm damages that are awarded on the basis of a party agreement (liquidated damages) or of a statute (statutory damages). With regard to such damages, the court ad-

dressed could refuse recognition and enforcement only if and to the extent that those damages are intended to punish the defendant rather than to provide for a fair estimate of an appropriate level of compensation.

(f) It would be wrong to ask whether the court addressed has to apply the law of the State of origin or the law of the requested State. Article 11 contains an autonomous concept. It is of course the court addressed which applies this provision, but this application does not lead to a simple application of the law of the requested State concerning damages.

(g) Recognition and enforcement may only be refused to the extent that the judgment goes beyond the actual loss or harm suffered. For most delegations, this might already be a logical consequence of the limited purpose of this provision. However, it is useful to state this expressly. This avoids a possible ‘all or nothing approach’ some legal systems apply to the public policy exception.

(h) Both paragraph 1 and paragraph 2 of the old Article 15 contained very sophisticated rules on how much of the damages awarded by the court of origin had to be recognised and enforced in any case. The Working Group felt that this might be understood as giving the wrong message. Article 11 only provides for a review whether the judgment awards damages not compensating for actual loss; it does not allow any other review as to the merits of the case. Like all other grounds of refusal, it will only apply in exceptional cases. Any over-drafting with respect to those cases would have given them too much political weight.

(i) Article 11 does not oblige the court to refuse recognition and enforcement. This is obvious from its wording – the court may refuse – and it is consistent with the general approach in Article 9. So the provision in no way limits recognition and enforcement of damages under national law or other international instruments, and it allows (but does not require) recognition and enforcement under the Convention. Once again, the Working Group felt that an express provision would have been an over-drafting giving too much weight to the issue of damages.

(j) Article 11(2) is the old Article 15(3). Under Article 11(1), it could be argued that damages intended to cover the costs of proceedings were not compensating for an actual loss. This would of course be wrong from a comparative perspective. But it is nevertheless reasonable to have an express reference to this problem within the provision. This reference does not contain a hard rule; the fact that damages are intended to cover costs and expenses is only to be taken into account.

(k) To sum up: the new Article 11 is shorter than the old Article 15, it is more in line with the general drafting of the Convention, and it addresses the real issues without adding complex and sophisticated rules which might be understood in the wrong way. Therefore the Working Group proposes that this provision be adopted.”

Article 12 – Judicial settlements (transactions judiciaires)

206 Article 12 provides that settlements which, in the course of proceedings, are approved by, or concluded before, a court of a Contracting State designated in an exclusive choice of

²⁴² See Minutes No 19 of the Twentieth Session, Commission II, paras 13 and 14. The members of the Working Group were delegates and representatives of: Australia, Austria, Canada, China, the European Community, Germany, Japan, New Zealand, the Russian Federation, Switzerland, the United Kingdom and the United States of America. The Chairman was Mr Gottfried Musger (Austria). In the text that follows references to individual Articles (which were originally based on the 2004 draft of the Convention) have been changed to conform to the numbering adopted in the final text.

ou passées devant celui-ci et qui sont exécutoires au même titre qu'un jugement dans cet État, doivent être exécutées dans les autres États contractants aux mêmes conditions qu'un jugement²⁴³. Lorsqu'une procédure d'exécution est engagée, la personne qui l'initie doit produire les documents nécessaires pour établir que la transaction judiciaire est exécutoire dans l'État d'origine au même titre qu'un jugement²⁴⁴.

207 Une telle transaction judiciaire est parfois désignée «*judicial settlement*» en anglais, traduction du terme français de transaction judiciaire. Dans le sens utilisé ici, les transactions judiciaires sont inconnues des pays de *common law*²⁴⁵. En France et dans les autres pays de droit civil, ce sont des contrats passés devant un juge par lesquels les parties mettent fin à un contentieux, généralement au moyen de concessions réciproques. Les parties soumettent leur accord au juge, qui l'enregistre dans un acte officiel. De tels accords ont généralement une partie, voire l'intégralité des effets d'un jugement définitif. Une transaction judiciaire diffère d'un *consent order* au sens de la *common law* (une ordonnance rendue avec le consentement des deux parties), parce qu'un *consent order* est un jugement et peut bénéficier de la reconnaissance et de l'exécution en tant que tel en vertu de l'article 8 de la Convention. Par contre, la transaction judiciaire diffère d'une transaction simple parce qu'elle est conclue devant un juge, qu'elle met fin à l'instance et est généralement exécutoire au même titre qu'un jugement. Pour ces motifs, une disposition spéciale lui est consacrée dans la Convention.

208 L'article 12 ne prévoit pas la reconnaissance des transactions judiciaires, mais uniquement leur exécution²⁴⁶. Un exemple est le meilleur moyen d'illustrer l'importance de ce point²⁴⁷. Supposons que A et B concluent un contrat comportant une clause exclusive d'élection de for en faveur des tribunaux de l'État X. Par la suite, A poursuit B devant un tribunal de cet État en réclamant 1000 euros, une somme qu'il prétend être due en vertu du contrat. Les parties concluent alors une transaction judiciaire dans le cadre de laquelle B accepte de verser 800 euros à A, l'État X étant un pays qui le permet.

209 Si B manque au paiement, A pourra engager une procédure pour faire exécuter la transaction dans l'État Y, un autre État contractant. Cette procédure relèvera de l'article 12 de la Convention. Supposons, cependant, que B verse la somme conformément à la transaction sans qu'il soit nécessaire d'engager une procédure d'exécution. Si A engage néanmoins une nouvelle procédure portant sur les 200 euros restants devant les tribunaux de l'État Y, B ne peut demander au tribunal de reconnaître la transaction en vertu de la Convention comme moyen de défense procédural contre la réclamation (ce qui rendrait la demande irrecevable dans certains systèmes juridiques). La Convention ne le prévoit pas, principalement parce que les effets des transactions sont si différents entre différents systèmes de droit. Cependant, la Convention n'interdit pas à un tribunal de traiter la transaction comme un moyen contractuel de défense au fond contre la réclamation.

Article 13 – Pièces à produire

210 L'article 13(1) énumère les pièces à produire par la partie recherchant la reconnaissance ou l'exécution d'un

²⁴³ La disposition équivalente de l'avant-projet de Convention 1999 est l'art. 36. Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure aux para. 379 et s. Voir également la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, art. 19.

²⁴⁴ Art. 13(1) e).

²⁴⁵ Le terme de transaction à l'art. 12 ne vise pas un «*settlement*» au sens de la *common law*.

²⁴⁶ Sur la distinction entre la reconnaissance et l'exécution, voir *supra*, para. 170.

²⁴⁷ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

jugement en vertu de la Convention²⁴⁸. Le fait que la reconnaissance est mentionnée dans le chapeau de l'article 13 ne signifie pas qu'il doit y avoir une procédure particulière²⁴⁹. Toutefois, même dans les systèmes de droit ne disposant pas d'une procédure particulière, la partie réclamant la reconnaissance doit produire les pièces exigées par l'article 13 si l'autre partie conteste la reconnaissance du jugement.

211 L'article 13(1) a) exige la production d'une copie complète et certifiée conforme du jugement. Cela fait référence au jugement entier (y compris, le cas échéant, la motivation du tribunal), et non pas au seul dispositif. L'article 13(1) b) exige la production de l'accord exclusif d'élection de for, d'une copie certifiée de celui-ci ou d'une autre preuve de son existence. Les termes «ou autre preuve de son existence» ont été insérés principalement pour recouvrir les accords conclus par voie électronique. Dans le cas de tels accords, il est généralement impossible de produire «l'accord» lui-même. L'article 13(1) c) exige la production de documents prouvant la notification au défendeur, mais cela ne s'applique que si le jugement a été rendu par défaut. Dans les autres cas, on suppose que le défendeur a reçu la notification, à moins qu'il ne produise des éléments de preuve contraires. Le droit de l'État requis fixe les conséquences du défaut de production des documents exigés. Il convient toutefois d'éviter un formalisme excessif : si le débiteur du jugement ne subit pas de préjudice, le créancier du jugement devrait être autorisé à réparer les omissions.

212 L'article 13(2) dispose que le tribunal requis peut exiger la production de documents supplémentaires nécessaires pour vérifier que les exigences du chapitre III de la Convention ont été remplies. La liste du paragraphe premier n'est donc pas exhaustive. Il convient toutefois d'éviter les charges excessives pour les parties.

213 L'article 13(3) permet à une personne recherchant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement d'utiliser un formulaire recommandé et publié par la Conférence de La Haye de droit international privé. Le formulaire figure en annexe à la Convention. Il pourra être modifié par une Commission spéciale de la Conférence de La Haye²⁵⁰. L'utilisation du formulaire n'est pas obligatoire. Le tribunal requis pourra se fier aux renseignements qui y figurent en l'absence de contestation. Ces informations ne sont pas irréfutables : même en l'absence d'une contestation, le tribunal requis peut toutefois décider de la question à la lumière de tous les éléments de preuve dont il dispose.

214 L'article 13(4) dispose que si les documents mentionnés à l'article 13 ne sont pas rédigés dans une langue officielle de l'État requis, ils doivent être accompagnés d'une traduction certifiée dans une langue officielle, sauf si la loi de l'État requis en dispose autrement. Les États peuvent donc prévoir, dans leur réglementation d'application ou leur droit procédural, qu'aucune traduction n'est nécessaire, ou qu'une traduction libre est suffisante, même si elle n'est pas certifiée.

Article 14 – Procédure²⁵¹

215 L'article 14 dispose que la procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, et l'exécution du jugement, sont régies par le droit de l'État requis sauf si la Convention en dispose

²⁴⁸ Cette disposition est semblable aux alinéas a) à c) de l'art. 29(1) de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant dans le Rapport Nygh / Pocar figure aux p. 109 et 110.

²⁴⁹ Voir *infra*, para. 215.

²⁵⁰ Voir également *infra*, l'art. 24 et les observations figurant au para. 257.

²⁵¹ Pour d'autres questions de procédure, voir les para. 88 à 92 et 138.

court agreement, and which are enforceable in the same manner as a judgment in that State, must be enforced in other Contracting States in the same manner as a judgment.²⁴³ When enforcement proceedings are brought, the person bringing the proceedings must produce the documents necessary to establish that the judicial settlement is enforceable in the State of origin in the same manner as a judgment.²⁴⁴

207 Such a settlement is sometimes called a “judicial settlement”, a translation of the French “*transaction judiciaire*”. In the sense in which the term is used here, judicial settlements are unknown in the common-law world.²⁴⁵ In France and other civil law countries, they are contracts concluded before a judge by which the parties put an end to litigation, usually by making mutual concessions. Parties submit their agreement to the judge, who records it in an official document. Such agreements usually have some, or even all, of the effects of a final judgment. A judicial settlement is different from a consent order in the common-law sense (an order made by the court with the consent of both parties), since a consent order is a judgment and may be recognised and enforced as such under Article 8 of the Convention. On the other hand, a judicial settlement is different from an out-of-court settlement, since it is made before a judge, puts an end to the proceedings and is usually enforceable in the same manner as a judgment. For these reasons, a special provision is devoted to it in the Convention.

208 Article 12 does not provide for the recognition of judicial settlements, but only for their enforcement.²⁴⁶ The significance of this is best explained by an example.²⁴⁷ Assume that A and B conclude a contract with an exclusive choice of court clause in favour of the courts of State X. Subsequently, A sues B before a court in that State for 1000 euros, a sum which he claims is due under the contract. The parties then enter into a judicial settlement under which B agrees to pay A 800 euros, State X being a State where this may be done.

209 If B fails to pay, A may bring proceedings to enforce the settlement in State Y, another Contracting State. Such proceedings will be covered by Article 12 of the Convention. Assume, however, that B pays the money in compliance with the settlement without any need for enforcement proceedings. If A nevertheless brings a new action for the remaining 200 euros before the courts of State Y, B cannot ask the court to recognise the settlement under the Convention as a procedural defence to the claim (which would make the claim inadmissible in some legal systems). The Convention does not provide for this, mainly because the effects of settlements are so different in different legal systems. However, the Convention does not preclude a court from treating the settlement as a contractual defence to the claim on the merits.

Article 13 – Documents to be produced

210 Article 13(1) lists the documents to be produced by the party seeking recognition or enforcement of a judgment un-

²⁴³ The equivalent provision in the preliminary draft Convention 1999 is Art. 36. The commentary in the Nygh / Pocar Report is at para. 379. See also the Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, Art. 19.

²⁴⁴ Art. 13(1) e).

²⁴⁵ As used in Art. 12, “settlement” does not refer to a settlement in the common-law sense.

²⁴⁶ On the distinction between recognition and enforcement, see para. 170, *supra*.

²⁴⁷ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

der the Convention.²⁴⁸ The fact that recognition is mentioned in the *chapeau* to Article 13 does not mean that there has to be any special procedure.²⁴⁹ However, even in legal systems in which there is no special procedure, the party requesting recognition must produce the documents required by Article 13 if the other party disputes the recognition of the judgment.

211 Article 13(1) a) requires the production of a complete and certified copy of the judgment. This refers to the whole judgment (including, where applicable, the court’s reasoning) and not just to the final order (*dispositif*). Article 13(1) b) requires the production of the exclusive choice of court agreement, a certified copy thereof, or other evidence of its existence. The words “or evidence of its existence” were inserted mainly to provide for agreements concluded electronically. In the case of such agreements, it is not usually possible to produce “the agreement” itself. Article 13(1) c) requires documentary evidence that the defendant was notified, but this applies only in the case of a default judgment. In other cases, it is assumed that the defendant was notified unless he or she produces evidence to the contrary. The law of the requested State determines the consequences of failure to produce the required documents. Excessive formalism should, however, be avoided: if the judgment-debtor was not prejudiced, the judgment-creditor should be allowed to rectify omissions.

212 Article 13(2) provides that the court addressed may require the production of further documents to the extent that it is necessary to verify that the requirements of Chapter III of the Convention have been satisfied. This makes clear that the list in paragraph 1 is not exhaustive. Unnecessary burdens on the parties should, however, be avoided.

213 Article 13(3) allows a person seeking recognition or enforcement of a judgment under the Convention to use a form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law. The form is set out in an annex to the Convention. It may be changed by a Special Commission of the Hague Conference.²⁵⁰ The use of the form is not obligatory. Information contained in it may be relied on by the court addressed in the absence of challenge. Even if there is no challenge, however, the information is not conclusive: the court addressed can decide the matter in the light of all the evidence before it.

214 Article 13(4) provides that if the documents referred to in Article 13 are not in an official language of the requested State, they must be accompanied by a certified translation into an official language, unless the law of the requested State provides otherwise. States may, therefore, provide in their implementing legislation or in their law of procedure that a translation is not necessary at all, or that an informal translation is sufficient, even if it is not certified.

Article 14 – Procedure²⁵¹

215 Article 14 provides that the procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment are governed by the law of the requested State unless the Convention provides

²⁴⁸ This provision is similar to sub-para. a) to c) of Art. 29(1) in the preliminary draft Convention 1999. The commentary on the latter in the Nygh / Pocar Report is at pp. 109 and 110.

²⁴⁹ See para. 215, *infra*.

²⁵⁰ See also Art. 24 and the comments in para. 257, *infra*.

²⁵¹ With regard to other procedural matters, see paras 88 to 92 and 138.

autrement²⁵². Lorsque le droit de l'État requis ne prévoit aucune procédure particulière pour la reconnaissance (par opposition à l'exécution) d'un jugement étranger, un jugement sera reconnu de plein droit, sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Le droit procédural national ne couvre naturellement pas les motifs permettant de refuser la reconnaissance ou l'exécution. Ceux-ci sont régis exclusivement par la Convention : voir la deuxième phrase de l'article 8(1).

216 Dans toutes les procédures relevant de l'article 14, le tribunal requis doit agir avec célérité. Cela signifie que le tribunal doit utiliser la procédure la plus rapide dont il dispose. Les États contractants devraient envisager les moyens d'assurer que les retards inutiles sont évités.

Article 15 – Divisibilité

217 L'article 15 prévoit la reconnaissance et l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement lorsqu'elle est demandée, ou lorsque seule une partie du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu de la Convention²⁵³. Par exemple, si une condamnation à des dommages et intérêts punitifs n'est pas exécutée en application de l'article 11, le reste de la condamnation doit être exécuté s'il remplit les conditions de l'article 8. Afin d'être dissociable, la partie en question doit pouvoir exister de manière autonome : cela dépendra normalement de la question de savoir si l'exécution de cette partie du jugement seule affecterait de manière significative les obligations des parties²⁵⁴. Dans la mesure où ceci dépend d'une règle de droit, le droit du tribunal requis doit être appliqué²⁵⁵.

Article 16 – Dispositions transitoires

218 **Règle de base.** L'article 16 comporte des dispositions transitoires²⁵⁶. La règle de base, établie par l'article 16(1), est que la Convention s'applique aux accords d'élection de for conclus après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État du tribunal élu. En application de cette règle, la date d'engagement de la procédure est sans importance.

219 **Règle supplémentaire.** Lorsque la procédure se déroule dans l'État du tribunal élu, la règle de base de l'article 16(1) est la seule applicable. Cependant, lorsque la procédure a lieu dans un autre État (en vertu de l'art. 6 ou des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution figurant au chapitre III), une règle supplémentaire établie par l'article 16(2) doit être observée. En vertu de cette règle, la Convention ne sera toujours pas applicable si l'instance a été engagée avant l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État du tribunal saisi. Cela signifie que lorsqu'une procédure est engagée devant un tribunal autre que le tribunal élu, la Convention ne sera applicable que si, *à la fois*, (a) l'accord d'élection de for a été conclu après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État du tribunal élu, *et* (b) la procédure a été engagée après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État dans lequel la procédure a été engagée.

220 L'effet de ces deux règles peut être illustré par les exemples suivants. Supposons à cet effet que la Convention entre en vigueur pour l'État P le premier janvier 2008 et pour l'État R le premier juillet 2008. X et Y concluent un accord exclusif d'élection de for désignant les tribunaux de l'État P.

– **Exemple 1.** L'accord d'élection de for est conclu le premier décembre 2007 et X engage une procédure devant les tribunaux de P le premier juillet 2008. La Convention ne s'appliquera pas, car l'accord d'élection de for a été conclu avant l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État P, l'État du tribunal élu, bien que la procédure ait été engagée après cette date. Les tribunaux de l'État P ne seront pas tenus par l'article 5 de connaître du litige.

– **Exemple 2.** L'accord d'élection de for est conclu le 15 janvier 2008. Le premier mars 2008, Y engage une procédure relevant de l'accord devant les tribunaux de l'État P. Le premier avril 2008, les tribunaux rendent un jugement par défaut qui devient exécutoire dans l'État P. Le premier août 2008, Y engage une procédure d'exécution dans l'État R. Comme l'accord d'élection de for a été conclu après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État P (État du tribunal élu) et que la Convention est en vigueur pour l'État R (État requis) lorsque la procédure d'exécution est engagée, l'exécution relèvera de la Convention.

– **Exemple 3.** L'accord d'élection de for est conclu le 15 janvier 2008. Le premier juin 2008, Y engage une procédure relevant de l'accord devant les tribunaux de l'État R. Même si la Convention entre en vigueur pour l'État R le premier juillet 2008, l'article 6 de la Convention n'interdit pas aux tribunaux de l'État R de connaître du litige, car la procédure a été engagée avant son entrée en vigueur pour l'État R, bien que l'accord ait été conclu après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État P, l'État du tribunal élu.

Article 17 – Contrats d'assurance et de réassurance²⁵⁷

221 L'assurance ne fait pas partie des matières exclues du champ d'application de la Convention par l'article 2 : elle relève pleinement de la Convention²⁵⁸. Il en est ainsi même si le risque assuré concerne une matière qui est elle-même hors du champ d'application de la Convention, soit parce qu'elle est exclue en vertu de l'article 2 soit à cause d'une déclaration en vertu de l'article 21. Ceci résulte clairement de l'article 17(1), qui dispose qu'une procédure en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance n'est pas exclue du champ d'application de la Convention au seul motif que le contrat d'assurance ou de réassurance porte sur une matière exclue du champ d'application de la Convention²⁵⁹. Ainsi, par exemple, bien que le transport maritime de marchandises échappe au champ d'application de la Convention²⁶⁰, un contrat d'assurance de marchandises devant être transportées par mer relève de son champ d'application.

222 **Exemple**²⁶¹. Supposons qu'une société d'assurances résidant en France conclue un contrat d'assurance avec Y, une société résidant au Canada, en vertu duquel la société d'assurances indemniserait Y de toute détérioration de ses marchandises qui surviendrait pendant leur transport de Rotterdam à New York. Le contrat d'assurance comporte un accord d'élection de for accordant une compétence exclusive aux tribunaux français. Les marchandises sont endommagées en cours de transport. Cependant, la société d'assurances refuse l'indemnisation. Toute procédure engagée par Y (l'assuré) à l'encontre de la société d'assurances en vertu du contrat d'assurance sera soumise à la compétence exclusive des tribunaux français. Bien que le transport de marchandises

²⁵² À l'exception de modifications de pure forme, cette disposition est identique à l'art. 30 de l'avant-projet de Convention 1999. Le commentaire correspondant figure au para. 355 du Rapport Nygh / Pocar.

²⁵³ La disposition correspondante dans l'avant-projet de Convention 1999 est l'art. 34. Le commentaire correspondant figure au para. 372 à 374 du Rapport Nygh / Pocar.

²⁵⁴ Rapport Nygh / Pocar, para. 373.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Les règles de l'art. 16 ne s'appliquent pas aux déclarations portant sur des accords non exclusifs d'élection de for en vertu de l'art. 22 : voir *infra*, para. 253 et 254.

²⁵⁷ Aux para. 221 à 227, les références à l'assurance visent également la réassurance.

²⁵⁸ Pour une exception secondaire, voir note 75, *supra* (demande directe en réparation d'un préjudice corporel d'un salarié à l'encontre de l'assureur de l'employeur).

²⁵⁹ Par contre, la Convention ne s'appliquerait pas à une procédure en vertu d'un contrat d'assurance si une déclaration de l'art. 21 effectuée par l'État en cause excluait les « questions d'assurance » de la Convention.

²⁶⁰ Art. 2(2)*f*.

²⁶¹ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

otherwise.²⁵² Where the law of the requested State makes no provision for any special procedure for the recognition (as distinct from enforcement) of a foreign judgment, a judgment will be recognised automatically by operation of law, based on Article 8 of the Convention. National procedural law does not of course cover the grounds on which recognition or enforcement may be refused. These are governed exclusively by the Convention: see Article 8(1) (second sentence).

216 In all proceedings covered by Article 14, the court addressed must act expeditiously. This means that the court must use the most expeditious procedure available to it. Contracting States should consider ways in which provision can be made to ensure that unnecessary delays are avoided.

Article 15 – Severability

217 Article 15 provides for the recognition and enforcement of a severable part of a judgment where this is applied for, or where only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under the Convention.²⁵³ For example, if an award of punitive damages is not enforced by reason of Article 11, the remainder of the award must be enforced if it satisfies the requirements of Article 8. In order to be severable, the part in question must be capable of standing alone: this would normally depend on whether enforcing only that part of the judgment would significantly change the obligations of the parties.²⁵⁴ In so far as this depends on a rule of law, the law of the court addressed must be applied.²⁵⁵

Article 16 – Transitional provisions

218 **Basic rule.** Article 16 contains transitional provisions.²⁵⁶ The basic rule, laid down in Article 16(1), is that the Convention will apply to exclusive choice of court agreements concluded after the Convention came into force for the State of the chosen court. Under this rule, the date when the proceedings are commenced is irrelevant.

219 **Additional rule.** Where the proceedings are in the State of the chosen court, the basic rule of Article 16(1) is the only rule applicable. However, where the proceedings are in another State (pursuant to Art. 6 or to the provisions on recognition and enforcement found in Chapter III), an additional rule, laid down in Article 16(2), must also be satisfied. Under this rule, the Convention will still not apply if the proceedings were instituted before the entry into force of the Convention for the State of the court seised. This means that, where proceedings are brought in a court other than the chosen court, the Convention will not apply unless *both* (a) the choice of court agreement was concluded after the Convention entered into force for the State of the chosen court *and* (b) the proceedings were instituted after the Convention entered into force for the State in which proceedings were brought.

220 The effect of these two rules may be illustrated by the following examples. In them, we assume that the Convention enters into force for State P on 1 January 2008 and for State R on 1 July 2008. X and Y enter into an exclusive choice of court agreement designating the courts of State P.

– **Example 1.** The choice of court agreement is concluded on 1 December 2007 and X brings proceedings in the courts of State P on 1 July 2008. The Convention will not apply, since the choice of court agreement was concluded before the Convention entered into force for State P, the State of the chosen court, even though the proceedings were commenced after that date. The courts of State P will not be obliged under Article 5 to hear the case.

– **Example 2.** The choice of court agreement is concluded on 15 January 2008. On 1 March 2008, Y brings proceedings to which the agreement applies in the courts of State P. On 1 April 2008, the court gives a default judgment which becomes enforceable in State P. On 1 August 2008, Y brings enforcement proceedings in State R. Since the choice of court agreement was concluded after the Convention came into force for State P (State of the chosen court) and the Convention is in force for State R (requested State) when the enforcement proceedings are initiated, enforcement will be covered by the Convention.

– **Example 3.** The choice of court agreement is concluded on 15 January 2008. On 1 June 2008, Y brings proceedings to which the agreement applies in the courts of State R. Even if the Convention enters into force for State R on 1 July 2008, Article 6 of the Convention does not preclude the courts of State R from hearing the case, since the proceedings were brought before the Convention came into force for State R, even though the agreement was concluded after the Convention came into force for State P, the State of the chosen court.

Article 17 – Contracts of insurance and reinsurance²⁵⁷

221 Insurance is not one of the matters excluded from the scope of the Convention under Article 2: it is fully covered by the Convention.²⁵⁸ This is so even if the risk insured against relates to a matter that is itself outside the scope of the Convention, either because it is excluded by virtue of Article 2 or because of a declaration made under Article 21. Article 17(1) makes this clear. It provides that proceedings under a contract of insurance or reinsurance are not excluded from the scope of the Convention just because the contract of insurance or reinsurance relates to a matter to which the Convention does not apply.²⁵⁹ Thus, for example, even though carriage of goods by sea is outside the scope of the Convention,²⁶⁰ a contract for the insurance of goods to be carried by sea is within its scope.

222 **Example.**²⁶¹ Assume that an insurance company resident in France concludes a contract of insurance with Y, a company resident in Canada, under which the insurance company will indemnify Y for any damage to its goods which might arise during their carriage from Rotterdam to New York. The insurance contract contains a choice of court agreement giving exclusive jurisdiction to the courts of France. The goods are damaged while in transit; however, the insurance company refuses to pay. Any proceedings brought by Y (the insured) against the insurance company under the contract of insurance will be subject to the exclusive jurisdiction of the courts of France. Although carriage of goods is excluded from the scope of the Convention under Article 2(2) *f*), proceedings

²⁵² Except for purely verbal alterations, this is the same as Art. 30 of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on this Article is at para. 355 of the Nygh / Pocar Report.

²⁵³ The equivalent provision in the preliminary draft Convention 1999 is Art. 34. The commentary on this provision is at paras. 372 of the Nygh / Pocar Report.

²⁵⁴ Nygh / Pocar Report, para. 373.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ The rules in Art. 16 do not apply to declarations concerning non-exclusive choice of court agreements under Art. 22: see paras 253 and 254, *infra*.

²⁵⁷ In paras 221 to 227, references to insurance include reinsurance.

²⁵⁸ For a minor exception, see note 75, *supra* (direct action by injured employee against employer's insurer).

²⁵⁹ On the other hand, the Convention would not apply to proceedings under a contract of insurance if an Art. 21 declaration made by the State concerned were to exclude "insurance matters" from the Convention.

²⁶⁰ Art. 2(2) *f*).

²⁶¹ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

soit exclu du champ d'application de la Convention par l'article 2(2) *f*), les procédures en vertu d'un contrat d'assurance de ces marchandises ne sont pas exclues : article 17(1).

223 Le deuxième paragraphe de l'article 17 traite de la reconnaissance et de l'exécution des jugements établissant la responsabilité, ou son absence, en vertu de contrats d'assurance ou de réassurance. Il dispose que la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement relatif à la responsabilité en vertu d'un contrat d'assurance ou de réassurance ne peuvent être limitées ou refusées au motif que la responsabilité comprend celle d'indemniser l'assuré ou le réassuré à l'égard (a) d'une matière à laquelle la Convention ne s'applique pas ; ou (b) d'une décision accordant des dommages et intérêts auxquels l'article 11 pourrait s'appliquer.

224 L'article 17(2) *a*) recouvrirait les situations où le contrat d'assurance concerne un risque qui échappe lui-même au champ d'application de la Convention, soit parce qu'il est exclu en vertu de l'article 2, soit à cause d'une déclaration en vertu de l'article 21. Il réitère donc plus ou moins la règle du paragraphe premier.

225 L'article 17(2) *b*) traite des jugements concernant l'obligation de la société d'assurances d'indemniser l'assuré ou le réassuré contre une condamnation en dommages et intérêts susceptible de relever de l'article 11. Comme expliqué ci-dessus²⁶², l'article 11 traite de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement accordant des dommages et intérêts non compensatoires ; il autorise le tribunal requis à refuser la reconnaissance ou l'exécution de tout ou partie de la partie non compensatoire d'un tel jugement dans certains cas. Un tel jugement doit être distingué d'un jugement relatif à un contrat d'assurance en vertu duquel la société d'assurances s'engage à indemniser l'assuré contre les condamnations à des dommages et intérêts non compensatoires. Le fait qu'une condamnation dans une procédure entre un tiers et l'assuré pourrait ne pas être reconnue (en tout ou partie) en vertu de l'article 11 (parce que les dommages et intérêts sont de nature non compensatoire) ne signifie pas que la reconnaissance d'un jugement rendu dans une procédure entre l'assuré et sa société d'assurances, en vertu duquel la société d'assurances est tenue d'indemniser l'assuré d'une telle condamnation, peut être refusée.

226 **Exemple**²⁶³. Supposons qu'une société d'assurance résidant au Canada conclue un contrat d'assurance avec une personne résidant en Angleterre (« l'assuré »), en vertu duquel la société d'assurances indemniserait l'assuré au titre de sa responsabilité civile résultant de dommages corporels, y compris une responsabilité pour le versement de dommages et intérêts punitifs²⁶⁴. Le contrat comporte un accord d'élection de for en faveur des tribunaux de l'Angleterre. Un tiers poursuit alors l'assuré en Angleterre au titre d'un dommage corporel et le tribunal accorde au tiers 1 million de livres de dommages et intérêts compensatoires et 1 million de livres de dommages et intérêts punitifs. La société d'assurances refuse d'indemniser l'assuré. L'assuré poursuit la société d'assurances en Angleterre, sur la base de l'accord d'élection de for. Le tribunal condamne la société d'assurances à verser 2 millions de livres. L'assuré a droit à l'exécution de ce jugement à l'encontre de la société d'assurances pour la totalité de son montant au Canada. Il n'est pas pertinent qu'en vertu de l'article 2(2) *j*), les demandes au titre de dommages corporels et moraux y afférents engagées par ou pour le compte de personnes physiques sont exclues du champ d'application

de la Convention (art. 17(2) *a*)), ni qu'en vertu de l'article 11, un tribunal du Canada aurait pu ne pas être tenu de faire exécuter l'élément punitif du jugement entre le tiers et l'assuré (si le tribunal s'était déclaré compétent en vertu d'un accord d'élection de for) (art. 17(2) *b*)).

227 Condamnation de l'assureur à des dommages et intérêts punitifs. Si toutefois, dans la procédure en Angleterre entre l'assuré et la société d'assurances dans l'exemple ci-dessus, le tribunal avait non seulement condamné la société d'assurances à verser à l'assuré 2 millions de livres mais avait ajouté 1 million de livres de dommages et intérêts punitifs (car la société d'assurances avait refusé de verser le montant à l'assuré sans justification), ce million de livres supplémentaire ne relèverait pas de l'article 17(2) *b*). Si les conditions de l'article 11 sont remplies, les tribunaux du Canada ne seront pas tenus d'exécuter la condamnation supplémentaire en vertu de la Convention.

Article 18 – Dispense de légalisation

228 L'article 18 dispose que tous les documents transmis ou délivrés en vertu de la Convention sont dispensés de toute légalisation ou de toute formalité analogue, y compris une Apostille²⁶⁵.

Article 19 – Déclarations limitant la compétence

229 La Convention a pour politique d'exclure les situations purement internes de son champ d'application. L'article premier donne effet à cette politique. Mais la politique qui sous-tend l'article 19 est inverse : cet article permet à un État de déclarer que ses tribunaux n'appliqueront pas l'article 5 de la Convention aux affaires qui sont purement *étrangères*. Il dispose qu'un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de connaître des litiges auxquels un accord d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige²⁶⁶.

230 En pratique, les parties choisissent parfois les tribunaux d'un État avec lequel ni elles ni les faits de l'espèce ne sont liés d'une manière quelconque, car aucune des parties ne veut aller devant les tribunaux de l'État de l'autre partie : elles conviennent donc du choix des tribunaux d'un État neutre. Certains pays y sont favorables²⁶⁷. D'autres considèrent que cela impose une charge injustifiée à leur système judiciaire. L'article 19 a pour objet de satisfaire les États de cette dernière catégorie.

Article 20 – Déclarations limitant la reconnaissance et l'exécution

231 L'article 20 dispose qu'un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque

²⁶² Voir *supra*, para. 203 à 205.

²⁶³ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

²⁶⁴ Que la police couvre de tels dommages et intérêts ou non dépendra de ses termes, interprétés selon la loi qui la régit.

²⁶⁵ La disposition équivalente de l'avant-projet de Convention 1999 est l'art. 29(2). Le commentaire de cette disposition dans le Rapport Nygh / Pocar figure au para. 353, où il est indiqué que cette pratique est bien établie dans le contexte des Conventions de La Haye.

²⁶⁶ La Convention utilisant les termes « peuvent refuser », les tribunaux d'un État ayant fait une telle déclaration auraient un pouvoir discrétionnaire d'exercer leur compétence ou non. Il n'en résulterait aucune difficulté dans les systèmes de droit dans lesquels les tribunaux jouissent généralement d'une certaine liberté pour décider d'exercer leur compétence ou non. Dans les systèmes de droit où il n'en est pas ainsi, une législation pourrait être adoptée pour permettre aux tribunaux d'exercer un pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 19. La discrétion permise par l'art. 19 pourrait également être exercée par le législateur, et dans ce cas la législation elle-même indiquerait dans quelles circonstances les tribunaux refuseraient de connaître de l'affaire.

²⁶⁷ Par ex., les tribunaux anglais acceptent depuis de nombreuses années de connaître de telles affaires, et en 1984, New York a adopté des dispositions spéciales en vue de les faciliter, lorsque l'opération concerne 1 million de dollars américains au moins : voir *New York Civil Practice Law and Rules*, Règle 327(b) et *New York General Obligations Law* § 5-1402.

under a contract of insurance for such goods are not excluded: Article 17(1).

223 The second paragraph of Article 17 is concerned with the recognition and enforcement of judgments establishing liability, or the absence of liability, under insurance or re-insurance contracts. It provides that recognition or enforcement of a judgment in respect of liability under a contract of insurance or reinsurance may not be limited or refused on the ground that the liability includes liability to indemnify the insured or reinsured in respect of (a) a matter to which the Convention does not apply; or (b) an award of damages to which Article 11 might apply.

224 Article 17(2) *a*) would cover situations where the insurance contract relates to a risk that is itself outside the scope of the Convention, either because it is excluded by virtue of Article 2 or because of a declaration made under Article 21. It therefore more or less reiterates the rule of paragraph 1.

225 Article 17(2) *b*) relates to judgments concerning the obligation of the insurance company to indemnify the insured or reinsured in respect of an award for damages to which Article 11 might apply. As explained above,²⁶² Article 11 is concerned with the recognition or enforcement of a judgment for non-compensatory damages; it permits the court addressed to refuse recognition or enforcement of part or all of any non-compensatory portion of such a judgment in certain circumstances. Such a judgment must be distinguished from a judgment concerning a contract of insurance under which the insurance company undertakes to indemnify the insured against liability to pay non-compensatory damages. The fact that a judgment for damages given in proceedings between a third party and the insured might not be recognised (in whole or in part) under Article 11 (because the damages are non-compensatory) does not mean that recognition may be refused to a judgment given in proceedings between the insured and his insurance company under which the insurance company is required to indemnify the insured against payment of such damages.

226 **Example.**²⁶³ Assume that an insurance company resident in Canada concludes a contract of insurance with a person resident in England (“the insured”), under which the insurance company will indemnify the insured for third-party liability for personal injury, including liability to pay punitive damages.²⁶⁴ The contract contains a choice of court clause in favour of the courts of England. Then a third party sues the insured for personal injury in England and the court awards the third party 1 million pounds compensatory damages plus 1 million pounds punitive damages. The insurance company refuses to indemnify the insured. The insured sues the insurance company in England, relying on the choice of court clause. The court gives judgment against the insurance company for 2 million pounds. The insured is entitled to enforce this judgment against the insurance company for the full amount in Canada. It is not relevant that, under Article 2(2) *j*), claims for personal injury brought by or on behalf of natural persons are excluded from the scope of the Con-

vention (Art. 17(2) *a*)), or that, under Article 11, a court in Canada might not have been obliged to enforce the punitive element in the judgment between the third party and the insured (if the court had taken jurisdiction under a choice of court agreement) (Art. 17(2) *b*)).

227 **Punitive damages awarded against insurer.** If, however, in the proceedings in England between the insured and the insurance company in the above example, the court had not only ordered the insurance company to pay the insured 2 million pounds, but had awarded the insured an additional 1 million pounds punitive damages (because the insurance company had failed without justification to pay the insured on demand), this additional 1 million pounds would not fall under Article 17(2) *b*). If the requirements of Article 11 were satisfied, the courts of Canada would not be obliged to enforce the additional award under the Convention.

Article 18 – No legalisation

228 Article 18 provides that all documents forwarded or delivered under the Convention must be exempt from legalisation or any analogous formality, including an *Apostille*.²⁶⁵

Article 19 – Declarations limiting jurisdiction

229 It is the policy of the Convention to exclude wholly domestic situations from its scope. Effect is given to this policy by Article 1. Article 19 pursues the opposite policy: it permits a State to make a declaration that its courts will not apply Article 5 of the Convention to cases that are wholly *foreign*. It provides that a State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.²⁶⁶

230 In practice, parties sometimes choose the courts of a State with which neither they nor the facts of the case have any connection. The reason is that neither party wants to go before the courts of the other party’s State; so they agree to choose the courts of a neutral State. Some countries welcome this.²⁶⁷ Others feel that it imposes an undue burden on their judicial systems. The purpose of Article 19 is to accommodate States in the latter category.

Article 20 – Declarations limiting recognition and enforcement

231 Article 20 provides that a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by a court of another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than

²⁶² See *supra*, paras 203 to 205.

²⁶³ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 20, *supra*.

²⁶⁴ Whether the policy covers such damages would depend on its terms, as interpreted by the law governing it.

²⁶⁵ This is equivalent to Art. 29(2) of the preliminary draft Convention 1999. The commentary on that provision in the Nygh / Pocar Report is at para. 353, where it is stated that this is a practice that is well established in the context of the Hague conventions.

²⁶⁶ Since the Convention uses the words “may refuse”, the courts of a State that made such a declaration would have discretion whether or not to exercise jurisdiction. This will cause no difficulty in legal systems where courts generally enjoy a certain degree of discretion in deciding whether or not to exercise jurisdiction. In legal systems where this is not the case, legislation could be adopted to permit courts to exercise discretion under Art. 19. The discretion permitted under Art. 19 could also be exercised by the legislator, in which case the legislation itself would specify under what circumstances courts would refuse to hear the case.

²⁶⁷ For example, English courts have for many years been willing to hear such cases, and in 1984 New York adopted special provisions to facilitate them, where the transaction covers at least 1 million US dollars: see New York Civil Practice Law and Rules, Rule 327(b) and New York General Obligations Law § 5-1402.

les parties avaient leur résidence dans l'État requis et que les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, autres que le lieu du tribunal élu, étaient liés uniquement à l'État requis²⁶⁸. Cette disposition poursuit la politique, examinée ci-dessus, consistant à exclure les situations purement internes du champ d'application de la Convention.

232 Afin de comprendre l'objet de l'article 20, il faut se rappeler que la Convention ne s'applique que dans les situations internationales²⁶⁹. Toutefois, la définition du terme « internationale » à cet égard varie, selon que l'on considère la compétence²⁷⁰ ou la reconnaissance et l'exécution d'un jugement²⁷¹. Pour la compétence, une situation n'est pas internationale si les parties sont résidentes du même État contractant, et si tous les autres éléments pertinents du litige (quel que soit le lieu du tribunal élu) ne sont liés qu'à cet État. Toutefois, pour la reconnaissance et l'exécution, une situation est toujours internationale si le jugement a été rendu par un tribunal d'un État autre que celui où sont recherchées la reconnaissance et l'exécution. Cela signifie qu'un litige qui est interne lors de son procès devient international si une procédure est engagée pour faire exécuter le jugement dans un autre État. L'article 20 a pour objet de permettre à un État contractant de déclarer qu'il ne reconnaîtra ou n'exécutera pas un tel jugement lorsque l'affaire aurait été considérée comme purement interne si l'instance initiale avait été engagée devant ses propres tribunaux.

233 **Exemple**²⁷². Supposons que les parties résident dans l'État A et tous les autres éléments pertinents sont liés à ce seul État. Elles conviennent de ce qu'un tribunal de l'État B aura compétence exclusive. Si l'une d'entre elles engage une procédure devant un tribunal de l'État A, ce tribunal ne sera pas tenu de refuser d'exercer sa compétence en vertu de l'article 6 : la Convention ne sera pas applicable parce que la situation ne sera pas internationale en vertu de l'article 1(2). Toutefois, si la procédure était engagée dans l'État B, l'État A serait tenu par l'article 8 de reconnaître le jugement qui en résulterait : la situation deviendrait internationale aux termes de l'article 1(3). L'article 20 permet aux États de modifier ce résultat en faisant une déclaration appropriée : dans cette hypothèse, l'État A ne serait pas tenu de reconnaître le jugement.

Article 21 – Déclarations relatives à des matières particulières

234 On se rappelle que l'article 2(2) exclut certaines matières du champ d'application de la Convention. L'article 21 permet à chaque État contractant d'étendre cette liste, en ce qui le concerne, au moyen d'une déclaration. Il dispose que lorsqu'un État a un intérêt important à ne pas appliquer la Convention à une matière particulière, cet État peut déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention à cette matière²⁷³. Lorsqu'il fait une déclaration, il doit s'assurer que sa portée n'est pas plus étendue que nécessaire et que la matière particulière exclue est définie de façon claire et précise²⁷⁴. Lorsqu'une telle déclaration est faite, la Convention ne s'appliquera pas à l'égard de cette matière dans l'État qui l'a faite.

²⁶⁸ La Convention utilisant les termes « peuvent refuser », les tribunaux d'un État ayant fait une telle déclaration auraient un pouvoir discrétionnaire de reconnaître et d'exécuter ou non de tels jugements en vertu de la Convention. Une réglementation d'application pourrait prévoir une obligation de ne pas reconnaître ou exécuter les jugements étrangers en pareil cas.

²⁶⁹ Art. 1(1).

²⁷⁰ Art. 1(2).

²⁷¹ Art. 1(3).

²⁷² Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport on suppose (sauf indication contraire) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

²⁷³ Une telle déclaration pourrait même être faite à l'égard de matières exclues des dispositions d'exclusion de l'art. 2(2) – par ex., les « droits d'auteur et droits voisins » de l'art. 2(2) *n*.

²⁷⁴ Si l'État contractant auteur de la déclaration le souhaite, il peut tout d'abord adresser le projet de déclaration au Secrétaire général de la Conférence de La Haye aux fins de distribution auprès des autres États contractants pour observations.

235 L'intention de la Session diplomatique était que cette disposition ne s'appliquerait qu'à des domaines délimités du droit, du type de ceux exclus par l'article 2(2). La déclaration ne peut pas utiliser un critère autre que la matière. Par exemple, elle pourrait exclure les « contrats d'assurance maritime », mais pas « les contrats d'assurance maritime lorsque le tribunal élu est situé dans un autre État ».

236 **Garanties**. Si de telles dérogations n'étaient pas possibles, certains États pourraient ne pas être en mesure de devenir Parties à la Convention. Toutefois, un État ne devrait pas faire de déclaration sans un motif important. Les intérêts des parties doivent aussi être protégés. Afin de parvenir à ces objectifs, la Convention applique trois principes : transparence, non-rétroactivité, et réciprocité.

237 **Transparence et non-rétroactivité**. En vertu de l'article 32, toute déclaration en vertu de l'article 21 doit être notifiée au depositaire (le Ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas), qui en avisera les autres États. La transparence est ainsi assurée. Il est également envisagé que les déclarations soient affichées sur le site Internet de la Conférence de La Haye de droit international privé²⁷⁵. Si la déclaration est faite après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État qui en est l'auteur, elle ne produira pas d'effets pendant au moins trois mois²⁷⁶. Comme elle ne s'appliquera pas rétroactivement aux contrats conclus avant qu'elle ne produise ses effets²⁷⁷, il sera possible aux parties de savoir, lorsqu'elles concluent un contrat, s'il sera affecté. La sécurité juridique est ainsi protégée.

238 **Réciprocité**. L'article 21(2) dispose que lorsqu'un État fait une telle déclaration, les autres États ne sont pas tenus d'appliquer la Convention à l'égard de la matière en question lorsque le tribunal élu est situé dans l'État faisant la déclaration. Cela signifie que si un État contractant n'est pas disposé à accorder le bénéfice de la Convention aux autres États contractants, il ne peut espérer en bénéficier lui-même.

239 **Examen des déclarations**. Il est envisagé que le fonctionnement des déclarations en vertu de l'article 21 puisse être examiné périodiquement, soit lors de réunions d'examen du fonctionnement de la Convention, convoquées par le Secrétaire général de la Conférence de La Haye en vertu de l'article 24, soit à titre de mesure préparatoire, lors des réunions sur les affaires générales et la politique de la Conférence²⁷⁸.

Article 22 – Déclarations réciproques sur les accords non exclusifs d'élection de for

240 En vertu de l'article 1(1), la Convention ne s'applique qu'aux accords exclusifs d'élection de for. Toutefois, les accords non exclusifs sont assez courants, notamment dans le secteur bancaire international. L'article 22 ouvre donc la possibilité aux États contractants d'étendre le champ d'application de la Convention pour couvrir de tels accords. Cela ne s'applique toutefois qu'aux dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements contenues au chapitre III de la Convention (art. 8-15)²⁷⁹. D'autres dispositions, notamment les articles 5 et 6, ne s'appliquent pas à de tels accords.

241 Pour que l'article 22 entre en jeu, l'État d'origine et l'État dans lequel la reconnaissance ou l'exécution sont recherchées doivent tous deux être États contractants et avoir

²⁷⁵ À l'adresse <www.hcch.net>.

²⁷⁶ Art. 32(4).

²⁷⁷ Art. 32(5).

²⁷⁸ Voir *infra*, para. 257.

²⁷⁹ Cela comprend les motifs permettant de refuser la reconnaissance ou l'exécution – par ex., l'art. 9.

the location of the chosen court, were connected only with the requested State.²⁶⁸ This provision pursues the policy, discussed above, of excluding wholly domestic situations from the scope of the Convention.

232 To understand the purpose of Article 20, one must remember that the Convention applies only in international cases.²⁶⁹ However, the definition of “international” for this purpose varies, depending on whether one is considering jurisdiction,²⁷⁰ or the recognition and enforcement of a judgment.²⁷¹ For the purpose of jurisdiction, a case is not international if the parties are resident in the same Contracting State, and if all other elements relevant to the dispute (regardless of the location of the chosen court) are connected only with that State. However, for the purpose of recognition and enforcement, a case is always international if the judgment was given by a court in a State other than that in which recognition or enforcement is sought. That means that a case that is domestic when it is heard becomes international if proceedings are brought to enforce the judgment in another State. The purpose of Article 20 is to permit a Contracting State to declare that it will not recognise or enforce such a judgment if the case would have been wholly domestic to it, if the original proceedings had been brought in its courts.

233 **Example.**²⁷² Assume that the parties are resident in State A and all other relevant elements are connected only with that State. They agree that a court in State B will have exclusive jurisdiction. If one of them brings proceedings before a court in State A, that court would not be obliged to decline jurisdiction under Article 6: the Convention would not be applicable because the case would not be international under Article 1(2). However, if proceedings were brought in State B, State A would be required by Article 8 to recognise the resulting judgment: the case would have become international in terms of Article 1(3). What Article 20 does is to make it possible for States to change this by entering an appropriate declaration. If it did that, State A would not be required to recognise the judgment.

Article 21 – Declarations with respect to specific matters

234 It will be remembered that Article 2(2) excludes certain matters from the scope of the Convention. Article 21 permits individual Contracting States to extend this list, as far as they are concerned, by making a declaration. It provides that where a State has a strong interest in not applying the Convention to a specific matter, it may declare that it will not apply the Convention to that matter.²⁷³ When making a declaration, it must ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.²⁷⁴ Where such a declaration is made, the Convention will not apply with regard to that matter in the Contracting State that made the declaration.

²⁶⁸ Since the Convention uses the words “may refuse”, the courts of a State that made such a declaration would have discretion whether or not to recognise and enforce such judgments under the Convention. However, implementing legislation could introduce an obligation not to recognise or enforce foreign judgments in such circumstances.

²⁶⁹ Art. 1(1).

²⁷⁰ Art. 1(2).

²⁷¹ Art. 1(3).

²⁷² It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

²⁷³ Such a declaration may even be made with regard to matters excluded from the exclusionary provisions in Art. 2(2) – for example, “copyright and related rights” in Art. 2(2) *n*.

²⁷⁴ Where the Contracting State making the declaration so wished, the declaration could first be sent in draft to the Secretary General of the Hague Conference for circulation to the other Contracting States for their comments.

235 It was intended by the Diplomatic Session that this provision should apply only to discrete areas of the law of the kind excluded by Article 2(2). The declaration cannot use any criterion other than subject matter. It could, for example, exclude “contracts of marine insurance”, but not “contracts of marine insurance where the chosen court is situated in another State”.

236 **Safeguards.** If such opt-outs were not possible, some States might not be able to become Parties to the Convention. However, a State should not make a declaration without compelling reasons. The interests of the parties must also be safeguarded. To achieve these objectives, the Convention applies three principles: transparency, non-retroactivity and reciprocity.

237 **Transparency and non-retroactivity.** Under Article 32, any declaration made under Article 21 must be notified to the depositary (the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands), which will inform the other States. This ensures transparency. It is also envisaged that declarations will be posted on the website of the Hague Conference on Private International Law.²⁷⁵ If the declaration is made after the Convention comes into force for the State making it, it will not take effect for at least three months.²⁷⁶ Since it will not apply retroactively to contracts concluded before it takes effect,²⁷⁷ it will be possible for the parties to know, when they conclude a contract, whether it will be affected. This protects legal security.

238 **Reciprocity.** Article 21(2) provides that, where a State makes such a declaration, other States will not be required to apply the Convention with regard to the matter in question where the chosen court is in the State making the declaration. This means that if a Contracting State is not prepared to grant the benefits of the Convention to other Contracting States, it cannot expect to benefit from the Convention itself.

239 **Review of declarations.** It is envisaged that the operation of declarations under Article 21 may be considered from time to time, either at review meetings to be convened by the Secretary General of the Hague Conference under Article 24, or, as a preparatory step, at meetings on General Affairs and Policy of the Conference.²⁷⁸

Article 22 – Reciprocal declarations on non-exclusive choice of court agreements

240 Under Article 1(1), the Convention applies only to exclusive choice of court agreements. However, non-exclusive agreements are quite common, especially in international banking. Article 22, therefore, opens up the possibility for Contracting States to extend the scope of the Convention to cover such agreements. This, however, applies only to the provisions of the Convention in Chapter III concerning the recognition and enforcement of judgments (Art. 8–15).²⁷⁹ Other provisions, in particular, Articles 5 and 6, do not apply to such agreements.

241 For Article 22 to operate, the State of origin and the State in which recognition or enforcement is sought must both be Contracting States and they must both have made a declara-

²⁷⁵ This is <www.hech.net>.

²⁷⁶ Art. 32(4).

²⁷⁷ Art. 32(5).

²⁷⁸ See *infra*, para. 257.

²⁷⁹ This includes the grounds on which recognition or enforcement may be refused – for example, under Art. 9.

fait une déclaration en vertu de l'article 22. En outre, les conditions suivantes doivent être remplies :

- le tribunal d'origine doit avoir été désigné dans un accord non exclusif d'élection de for ;
- il ne doit pas exister de jugement entre les mêmes parties sur la même cause rendu par un autre tribunal devant lequel une procédure aurait pu être engagée conformément à l'accord non exclusif d'élection de for²⁸⁰;
- il ne doit pas exister de procédure pendante entre les mêmes parties sur la même cause devant un tel autre tribunal ;
- le tribunal d'origine doit avoir été le tribunal saisi en premier.

242 Afin de constituer un accord non exclusif d'élection de for aux fins de l'article 22, l'accord doit remplir les conditions suivantes²⁸¹ :

- il doit revêtir la forme prévue par l'article 3 c)²⁸²;
- les parties doivent y avoir consenti²⁸³;
- le tribunal élu doit être désigné aux fins de trancher les litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé²⁸⁴;
- l'accord doit désigner un tribunal ou les tribunaux d'un ou plusieurs États contractants.

243 **Champ d'application.** Sous la réserve qu'il concerne les accords non exclusifs, le champ d'application de l'article 22 est exactement le même que celui de la Convention dans son ensemble : sous cette seule réserve, il ne s'applique pas à un accord d'élection de for qui ne relèverait pas des autres dispositions de la Convention. Ainsi, les restrictions résultant de l'article 2 et de l'article 21 s'appliqueraient également en vertu de l'article 22.

244 Sauf dans la mesure où elle établit la réciprocité, une déclaration en vertu de l'article 22 ne peut affecter aucun État autre que celui qui la fait.

245 **Article 22(2) b).** L'article 22(2) b) modifie l'exigence de reconnaissance et d'exécution en indiquant que cette reconnaissance ou exécution n'est pas obligatoire s'il existe un jugement d'un autre tribunal devant lequel des procédures pouvaient être engagées conformément à l'accord non exclusif d'élection de for ou lorsqu'il existe une procédure pendante entre les mêmes parties devant un tel autre tribunal ayant le même objet et la même cause, que ces procédures aient été engagées avant ou après celles devant le tribunal élu, et que ce jugement ait été rendu avant ou après celui du tribunal élu. Afin de comprendre le fonctionnement de cette disposition, il est nécessaire d'examiner quand une procédure peut être engagée devant un tribunal autre que le tribunal élu conformément à un accord non exclusif d'élection de for. Cela dépendra de la nature non exclusive sans restriction ou soumise à restrictions de l'accord d'élection de for.

246 **Accords non exclusifs sans restriction**²⁸⁵. Si l'accord est non exclusif sans restriction, il ne limite en rien les tribunaux devant lesquels la procédure peut être engagée. Il désigne simplement un tribunal ou les tribunaux d'un ou plusieurs États contractants d'une manière non exclusive – par exemple « les procédures dans le cadre du présent contrat pourront être engagées devant les tribunaux de Corée, mais cela n'interdira pas l'engagement de procédures devant tout autre tribunal compétent en vertu du droit de l'État où il est situé ». Lorsque l'accord d'élection de for revêt cette forme, une procédure devant un tribunal *quel qu'il soit* – même s'il n'est pas situé en Corée – serait conforme à l'accord d'élection de for et constituerait donc un motif de ne pas reconnaître le jugement d'un tribunal coréen en vertu de l'article 22(2) b) de la Convention.

247 **Accords de nature non exclusive soumis à restrictions**²⁸⁶. La situation est différente dans le cas d'un accord non exclusif d'élection de for soumis à restrictions. Un tel accord limite les tribunaux devant lesquels une procédure peut être engagée, mais ne constitue néanmoins pas un accord exclusif d'élection de for au sens de l'article 3 de la Convention. On pourrait donner comme exemple un accord qui désigne un tribunal ou les tribunaux d'un ou plusieurs États contractants à *l'exclusion de tous les autres* – par exemple, « les procédures dans le cadre du présent contrat ne pourront être engagées que devant les tribunaux de Corée ou les tribunaux de Chine » ou « les procédures dans le cadre du présent contrat ne pourront être engagées que devant le Tribunal de district de Séoul ou le Tribunal de district de Pékin ». Un accord sous cette forme attribue la compétence aux tribunaux indiqués et interdit à la fois aux autres tribunaux de se déclarer compétents : un tel accord constituerait un accord exclusif d'élection de for en vertu de l'article 3 de la Convention si ce n'est que les tribunaux élus sont situés dans des États contractants différents. Si A poursuit alors B à Séoul et obtient un jugement, toute procédure ayant le même objet et la même cause engagée par B à Pékin (ou un jugement obtenu à Pékin) constituera un obstacle au sens de l'article 22(2) b) à la reconnaissance et l'exécution du jugement de Séoul.

248 Dans un autre exemple²⁸⁷, les fors à la disposition des parties sont encore plus limités mais l'effet serait identique : lorsque A et B ont conclu un accord en vertu duquel A peut poursuivre B *uniquement* devant le Tribunal de district de Séoul, et B peut poursuivre A uniquement devant le Tribunal de district de Pékin, chacune des parties dispose d'un seul for et non de deux comme dans l'exemple précédent. Si A poursuit alors B à Séoul et obtient un jugement, une procédure ayant le même objet et la même cause engagée par B à Pékin (ou un jugement obtenu à Pékin) constituera un obstacle au sens de l'article 22(2) b) à la reconnaissance et l'exécution du jugement de Séoul en vertu de la Convention²⁸⁸.

249 **Accords asymétriques.** Les accords asymétriques ont été examinés ci-dessus²⁸⁹. Il s'agit d'accords en vertu desquels une partie ne peut engager des poursuites que devant le tribunal élu, mais l'autre peut également engager des poursuites devant d'autres tribunaux. De tels accords comptent comme accords non exclusifs aux fins de la Convention car ils excluent la possibilité d'engager une procédure devant d'autres tribunaux pour l'une des parties seulement.

²⁸⁰ Il pourrait s'agir de n'importe quel tribunal qui n'est pas exclu par l'accord ; voir *infra*, para. 245 et s.

²⁸¹ En fait, toutes les conditions de l'art. 3 doivent être remplies sauf celle de l'exclusivité. Elles sont énumérées *supra*, para. 93.

²⁸² Voir *supra*, para. 110 à 114.

²⁸³ Voir *supra*, para. 94 à 97.

²⁸⁴ Voir *supra*, para. 101.

²⁸⁵ Dans ce paragraphe on suppose que tous les États mentionnés sont Parties à la Convention et ont fait une déclaration en vertu de l'art. 22.

²⁸⁶ Dans ce paragraphe on suppose que tous les États mentionnés sont Parties à la Convention et ont fait une déclaration en vertu de l'art. 22.

²⁸⁷ Dans ce paragraphe on suppose que tous les États mentionnés sont Parties à la Convention et ont fait une déclaration en vertu de l'art. 22.

²⁸⁸ Voir *supra*, para. 104.

²⁸⁹ Voir *supra*, para. 105.

tion under Article 22. In addition, the following requirements must be satisfied:

- the court of origin must have been designated in a non-exclusive choice of court agreement;
- there must be no judgment between the same parties on the same cause of action given by another court before which proceedings could have been brought in accordance with the non-exclusive choice of court agreement;²⁸⁰
- there must be no proceedings pending between the same parties on the same cause of action in any other such court;
- the court of origin must have been the court first seised.

242 To constitute a non-exclusive choice of court agreement for the purpose of Article 22, the agreement must satisfy the following conditions:²⁸¹

- it must be in the form laid down by Article 3 *c*);²⁸²
- the parties must have consented to it;²⁸³
- the chosen court must be designated for the purpose of deciding disputes that have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship;²⁸⁴
- the agreement must designate a court or the courts of one or more Contracting States.

243 **Scope.** Except for the fact that it applies to non-exclusive agreements, the scope of Article 22 is exactly the same as that of the Convention as a whole: subject to this one exception, it does not apply to any choice of court agreement that would not be covered by the other provisions of the Convention. Thus the restrictions laid down by Article 2 and Article 21 would also operate under Article 22.

244 Except to the extent that it establishes reciprocity, a declaration under Article 22 cannot affect any State other than the State that makes it.

245 **Article 22(2) b).** Article 22(2) *b*) modifies the requirement of recognition and enforcement of a judgment by stating that such recognition or enforcement is not mandatory when there exists a judgment given by any other court before which proceedings could be brought in accordance with the non-exclusive choice of court agreement or where there exists a proceeding pending between the same parties in any other such court on the same cause of action, regardless of whether such proceedings were commenced before or after those before the chosen court or whether such judgment was given before or after that of the chosen court. To understand the operation of this provision it is necessary to consider when proceedings can be brought in a court other than the chosen court in accordance with a non-exclusive choice of court agreement. This depends on whether the choice of court agreement is non-exclusive without limitation or non-exclusive with limitation.

246 Agreements that are non-exclusive without limitation.²⁸⁵ If the agreement is non-exclusive without limitation, it imposes no restrictions on the courts before which proceedings may be brought. It simply designates a court or the courts of one or more Contracting States on a non-exclusive basis – for example, “proceedings under this contract may be brought in the courts of Korea, but this shall not preclude the bringing of proceedings in any other court that has jurisdiction under the law of the State in which it is located”. Where the choice of court agreement is in this form, proceedings in *any* court – even if it is not in Korea – would be in accordance with the choice of court agreement and thus provide a reason under Article 22(2) *b*) not to recognise the judgment of a Korean court under the Convention.

247 Agreements that are non-exclusive with limitation.²⁸⁶ The position is different in the case of an agreement that is non-exclusive with limitation. Such an agreement imposes restrictions on the courts before which proceedings may be brought but nevertheless does not constitute an exclusive choice of court agreement as defined in Article 3 of the Convention. One form would be an agreement that designates a court or the courts of two or more Contracting States *to the exclusion of all others* – for example, “proceedings under this contract may be brought only in the courts of Korea or the courts of China” or “proceedings under this contract may be brought only in the District Court of Seoul or the District Court of Beijing”. An agreement in this form both grants jurisdiction to the courts specified and precludes other courts from taking it: such an agreement would constitute an exclusive choice of court agreement under Article 3 of the Convention were it not for the fact that the designated courts are in different Contracting States. If A now sues B in Seoul and obtains a judgment, any proceedings on the same cause of action brought by B in Beijing (or a judgment obtained there) would be an obstacle in the sense of Article 22(2) *b*) to the recognition and enforcement of the judgment from Seoul.

248 In another example²⁸⁷ the fora available to the parties are even more limited but the effect would be the same: where A and B have concluded an agreement under which A may sue B *only* in the District Court of Seoul, and B may sue A only in the District Court of Beijing, each party has only one forum available and not two as in the previous example. If A now sues B in Seoul and obtains a judgment, any proceedings on the same cause of action brought by B in Beijing (or a judgment obtained there) would be an obstacle in the sense of Article 22(2) *b*) to the recognition and enforcement under the Convention of the judgment from Seoul.²⁸⁸

249 Asymmetric agreements. Asymmetric agreements were discussed above.²⁸⁹ They are agreements under which one party may bring proceedings only in the chosen court but the other party may bring proceedings in other courts as well. Such agreements count as non-exclusive agreements for the purpose of the Convention because they exclude the possibility of initiating proceedings in other courts for only one of the parties.

²⁸⁰ This could be any court that is not excluded by the agreement; see *infra*, paras 245 *et seq.*

²⁸¹ In effect, all the requirements laid down in Art. 3 must be satisfied except that of exclusivity. These requirements are listed in para. 93, *supra*.

²⁸² See paras 110 to 114, *supra*.

²⁸³ See paras 94 to 97, *supra*.

²⁸⁴ See para. 101, *supra*.

²⁸⁵ In this paragraph, it is assumed that all States mentioned are Parties to the Convention and that they have made a declaration under Art. 22.

²⁸⁶ In this paragraph, it is assumed that all States mentioned are Parties to the Convention and that they have made a declaration under Art. 22.

²⁸⁷ In this paragraph, it is assumed that all States mentioned are Parties to the Convention and that they have made a declaration under Art. 22.

²⁸⁸ See para. 104, *supra*.

²⁸⁹ See para. 105, *supra*.

250 **Exemple**²⁹⁰. Supposons qu'un bailleur et un emprunteur concluent un contrat de prêt. Le contrat comporte une clause d'élection de for qui stipule que « les procédures de l'emprunteur à l'encontre du bailleur ne pourront être engagées que devant le Tribunal de district de Séoul, mais les procédures du bailleur à l'encontre de l'emprunteur pourront être engagées devant ce tribunal ou devant tout autre tribunal compétent en vertu du droit de l'État où il est situé ». Le Tribunal de district de Séoul rend un jugement et une procédure est engagée pour obtenir son exécution en Chine, les deux États ayant fait des déclarations en vertu de l'article 22. Une procédure dans le cadre du contrat de prêt est également pendante en Australie. Si cette dernière était engagée par le bailleur à l'encontre de l'emprunteur, elle interdirait l'exécution du jugement coréen en Chine en vertu de l'article 22 car elle serait conforme à l'accord non exclusif d'élection de for²⁹¹. Si par contre, elle avait été engagée par l'emprunteur à l'encontre du bailleur, ce ne serait pas le cas. Par conséquent, elle n'interdirait pas l'exécution du jugement coréen en Chine²⁹².

251 **Article 22(2) c)**. Cette disposition est destinée à s'appliquer lorsqu'il existait une procédure devant l'autre tribunal mais qui n'a pas donné lieu à un jugement définitif et qui n'est plus pendante – par exemple, en cas de dessaisissement en vertu du principe de *forum non conveniens*. Si elle a donné lieu à un jugement définitif ou si elle est encore pendante, l'article 22(2) b) s'appliquera. Si ceci n'est pas le cas, l'article 22(2) c) exige en outre que le tribunal d'origine ait été le premier saisi. Si un autre tribunal non exclu par l'accord d'élection de for était saisi en premier dans une procédure entre les mêmes parties sur la même cause, le jugement ne pourrait être reconnu ou exécuté en vertu de la Convention²⁹³.

252 L'intention de la Session diplomatique était que l'article 22(2) c) ne devrait pas s'appliquer lorsque le tribunal saisi en premier s'est déclaré compétent en contradiction avec les termes de l'accord d'élection de for. En d'autres termes, l'article 22(2) c) est soumis à la même restriction à cet égard que l'article 22(2) b), et le seul fait qu'un tribunal non autorisé par l'accord a été saisi en premier n'exclura pas la reconnaissance et l'exécution en vertu du régime de déclaration.

253 **Entrée en vigueur**. L'entrée en vigueur des déclarations en vertu de l'article 22 est régie par l'article 32(3) et (4). L'entrée en vigueur sera également pertinente à l'égard du moment où la déclaration est « faite » au sens de l'article 22. Une déclaration qui n'est pas entrée en vigueur ne peut pas avoir d'effets juridiques.

254 Les dispositions transitoires prévues à l'article 16 ne s'appliquent pas aux déclarations en vertu de l'article 22. La Session diplomatique a voulu que l'État contractant faisant la déclaration puisse indiquer dans la déclaration dans quelle mesure (le cas échéant) la déclaration est d'effet rétroactif²⁹⁴. L'État faisant la déclaration peut donc décider s'il couvre les accords d'élection de for conclus, les procédures engagées ou les jugements rendus dans l'État d'origine avant l'entrée en vigueur de la déclaration pour l'État requis. En l'absence d'une telle déclaration, la procédure tendant à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement pourrait être engagée dans l'État requis dès que la déclaration est entrée en vigueur pour cet État. La reconnaissance ou l'exécution pourrait alors être accordée en vertu de l'article 22, même si l'accord d'élection

de for a été conclu, la procédure devant le tribunal d'origine engagée, ou le jugement initial rendu avant cette date.

255 **Réciprocité**. Même s'il existe une déclaration en vigueur dans l'État de reconnaissance applicable au jugement en cause, une déclaration doit également être en vigueur dans l'État d'origine. Les deux déclarations doivent être en vigueur au moment où la reconnaissance est recherchée; dans le cas contraire il n'y a pas de réciprocité. Ni l'article 22 ni l'article 32 n'indiquent expressément si la déclaration en vigueur dans l'État d'origine doit être telle qu'elle se serait appliquée à un jugement de l'État de reconnaissance rendu à la même date que le jugement en cause. Afin de lever toute ambiguïté à cet égard, un État faisant une déclaration en vertu de l'article 22 pourrait indiquer s'il doit également y avoir ou non ce qu'on pourrait appeler une « réciprocité dans le temps » dans le cadre de l'article 22.

Article 23 – Interprétation uniforme

256 L'article 23 indique qu'aux fins de l'interprétation de la Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Cette disposition est adressée aux tribunaux appliquant la Convention. Elle leur impose de l'interpréter dans un esprit international afin de promouvoir l'uniformité de l'application. Lorsque c'est raisonnablement possible, il sera donc tenu compte des décisions et écrits étrangers. Il faut également garder à l'esprit que des concepts et principes considérés comme axiomes d'un système juridique peuvent être inconnus ou rejetés dans un autre. Les objectifs de la Convention ne peuvent être atteints que si tous les tribunaux l'appliquent avec un esprit d'ouverture²⁹⁵.

Article 24 – Examen du fonctionnement de la Convention

257 L'article 24 impose au Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé de prendre périodiquement des dispositions en vue d'examiner le fonctionnement de la Convention, y compris de toute déclaration faite en vertu de celle-ci, et examiner l'opportunité d'y apporter des modifications. L'un des principaux objectifs de ces réunions sera d'examiner le fonctionnement des déclarations en vertu de l'article 21 et d'examiner la nécessité du maintien de chacune d'entre elles.

Article 25 – Systèmes juridiques non unifiés

258 L'article 25 traite des problèmes résultant du fait que certains États sont composés de deux ou plusieurs unités territoriales, disposant chacune de sa propre organisation judiciaire. Cela se produit le plus couramment dans le cas de fédérations – telles que le Canada ou les États-Unis d'Amérique – mais peut également exister dans d'autres États – tels que la Chine ou le Royaume-Uni. Il peut en résulter une difficulté car il faut décider dans chaque affaire si l'unité appropriée est l'État dans son ensemble (« l'État » au sens international) ou s'il s'agit d'une unité territoriale particulière de cet État.

259 L'article 25(1) résout cette difficulté en disposant que, lorsque des systèmes juridiques différents s'appliquent dans les unités territoriales à l'égard de matières régies par la

²⁹⁰ Dans ce paragraphe on suppose que tous les États mentionnés sont Parties à la Convention et ont fait une déclaration en vertu de l'art. 22.

²⁹¹ Il en serait ainsi même si elle était engagée après l'engagement de la procédure en Corée et en Chine.

²⁹² Toutefois, si le jugement australien est rendu en premier, le tribunal chinois pourrait avoir le droit de refuser l'exécution du jugement coréen en vertu de l'art. 9 g).

²⁹³ La Convention n'interdit pas sa reconnaissance ou son exécution en vertu du droit national.

²⁹⁴ Voir les Procès-verbaux de la Vingtième Session, Commission II : le Procès-verbal No 24, para. 56 à 63, et le Procès-verbal No 22, para. 74 à 97.

²⁹⁵ La disposition équivalente de l'avant-projet de Convention 1999 est l'art. 38(1). Le commentaire correspondant du Rapport Nygh / Pocar figure au para. 386.

250 **Example.**²⁹⁰ Assume that a lender and a borrower enter into a loan agreement. The agreement contains a choice of court clause that provides, “Proceedings by the borrower against the lender may be brought only in the District Court of Seoul, but proceedings by the lender against the borrower may be brought either in that court or in any other court having jurisdiction under the law of the State in which it is located”. The District Court of Seoul grants a judgment and proceedings are brought to enforce it in China, both States having made declarations under Article 22. Proceedings under the loan agreement are also pending before a court in Australia. If the latter proceedings were brought by the lender against the borrower, they would preclude enforcement of the Korean judgment in China under Article 22, since they were in accordance with the non-exclusive choice of court agreement.²⁹¹ If, on the other hand, they had been brought by the borrower against the lender, this would not be the case; consequently, they would not preclude enforcement of the Korean judgment in China.²⁹²

251 **Article 22(2) c).** This provision was intended to apply where there were proceedings before the other court but they did not result in a final judgment and are not still pending – for example, where they were dismissed under the doctrine of *forum non conveniens*. If they did result in a final judgment or if they are still pending, Article 22(2) *b)* would apply. If this is not the case, Article 22(2) *c)* further requires that the court of origin must have been first seised. If another court not excluded by the choice of court agreement was seised first in proceedings between the same parties on the same cause of action, the judgment cannot be recognised or enforced under the Convention.²⁹³

252 It was the intention of the Diplomatic Session that Article 22(2) *c)* should not apply where the court first seised took jurisdiction contrary to the terms of the choice of court agreement. In other words, Article 22(2) *c)* is subject to the same restriction in this respect as Article 22(2) *b)*, and the mere fact that a court not permitted by the agreement was seised first will not exclude recognition and enforcement under the declaration system.

253 **Entry into force.** The entry into force of declarations under Article 22 is governed by Article 32(3) and (4). Entry into force will also be relevant with regard to when a declaration has been “made” in terms of Article 22. A declaration which has not entered into force cannot have legal effects.

254 The transitional provisions laid down in Article 16 do not apply to declarations under Article 22. It was the understanding of the Diplomatic Session that the Contracting State making the declaration can specify in the declaration to what extent (if any) the declaration has retroactive effect.²⁹⁴ The State making the declaration may thus determine whether it covers choice of court agreements concluded, proceedings commenced, or judgments given in the State of origin before the declaration enters into force for the requested State. In the absence of such a statement, proceedings for the recognition or enforcement of a judgment could be brought in the requested State as soon as the declaration took effect for that State. Recognition or enforcement could then be granted under Article 22, even if the choice of court agreement was

concluded, the proceedings in the court of origin commenced, or the original judgment given, before that date.

255 **Reciprocity.** Even if there is a declaration in force in the State of recognition that applies to the judgment in question, a declaration must also be in force in the State of origin. Both declarations must be in force when recognition is sought; otherwise there is no reciprocity. There is no explicit statement in either Article 22 or Article 32 as to whether the declaration in force in the State of origin must be such that it would have applied to a judgment from the State of recognition given on the same date as the judgment in question. To ensure clarity on this matter, a State making a declaration under Article 22 could specify whether or not there must also be what may be called “reciprocity as to time” under Article 22.

Article 23 – Uniform interpretation

256 Article 23 states that in the interpretation of the Convention regard must be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application. This provision is addressed to courts applying the Convention. It requires them to interpret it in an international spirit so as to promote uniformity of application. Where reasonably possible, therefore, foreign decisions and writings should be taken into account. It should also be kept in mind that concepts and principles that are regarded as axiomatic in one legal system may be unknown or rejected in another. The objectives of the Convention can be attained only if all courts apply it in an open-minded way.²⁹⁵

Article 24 – Review of the operation of the Convention

257 Article 24 requires the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law to make arrangements at regular intervals for the review of the operation of the Convention, including any declarations made under it, and for the consideration of the question whether any amendments to it are desirable. One of the major purposes of such review meetings would be to examine the operation of declarations under Article 21 and to consider whether each of them was still required.

Article 25 – Non-unified legal systems

258 Article 25 is concerned with the problems that result from the fact that some States are composed of two or more territorial units, each with its own judicial system. It occurs most often in the case of federations – for example, Canada or the United States of America – but can also occur in other States as well – for example, China or the United Kingdom. This can create a problem because one has to decide in any particular case whether the reference is to the State as a whole (“State” in the international sense) or whether it is to a particular territorial unit within that State.

259 Article 25(1) solves this problem by providing that, where different systems of law apply in the territorial units

²⁹⁰ In this paragraph, it is assumed that all States mentioned are Parties to the Convention and that they have made a declaration under Art. 22.

²⁹¹ This would be the case even if they were commenced after the commencement of the proceedings in Korea and China.

²⁹² However, if the Australian judgment were given first, the Chinese court might be entitled to refuse to enforce the Korean judgment under Art. 9 *g)*.

²⁹³ The Convention does not preclude its recognition or enforcement under national law.

²⁹⁴ See Minutes of the Twentieth Session, Commission II: Minutes No 24, paras 56 to 63; Minutes No 22, paras 74 to 97.

²⁹⁵ The equivalent provision in the preliminary draft Convention 1999 is Art. 38(1). The commentary on this in the Nygh / Pocar Report is at para. 386.

Convention²⁹⁶, la Convention doit être interprétée comme s'appliquant soit à l'État au sens international soit à l'unité territoriale considérée, selon ce qui est approprié.

260 Les situations les plus importantes dans lesquelles la question se pose ont trait à la définition d'un accord exclusif d'élection de for (art. 3) et à l'obligation du tribunal élu de connaître du litige (art. 5). La manière dont l'article 25 s'applique à ces situations a déjà été examinée²⁹⁷.

261 L'article 25(2) donne des effets complémentaires à la politique de non-application de la Convention aux situations purement internes. Il indique que nonobstant les dispositions de l'article 25(1), un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu d'appliquer la Convention à des situations impliquant uniquement ces différentes unités territoriales. Pour que cette disposition soit applicable, le tribunal élu doit également être situé dans l'État en question. S'il est situé dans un autre État contractant, l'article 20 s'appliquera (s'il existe une déclaration appropriée).

262 L'article 25(2) signifie que si, par exemple, le tribunal élu est situé en Angleterre et la situation est purement interne au Royaume-Uni, le Royaume-Uni n'est pas tenu d'appliquer la Convention au motif que l'une des parties réside en Écosse.

263 L'article 25(3) dispose qu'un tribunal situé dans une unité territoriale d'un État contractant n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter un jugement d'un autre État contractant au seul motif que le jugement a été reconnu ou exécuté en vertu de la Convention par un tribunal d'une autre unité territoriale du premier État contractant. Cela signifie, par exemple, qu'un tribunal de Pékin n'est pas tenu par la Convention de reconnaître un jugement japonais au seul motif qu'un tribunal de Hong Kong l'a fait²⁹⁸. Le tribunal de Pékin doit décider par lui-même si les conditions pour la reconnaissance ou l'exécution en vertu de la Convention sont remplies.

264 Le paragraphe 4 indique expressément que l'article 25 ne s'applique pas aux Organisations régionales d'intégration économique. En d'autres termes, il ne traite que des États (au sens international) et des unités territoriales au sein d'un État dans lesquels s'appliquent des systèmes de droit différents²⁹⁹.

Article 26 – Rapport avec d'autres instruments internationaux

265 L'article 26 traite du rapport entre la Convention et d'autres instruments internationaux concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements. Les instruments de ce type comprennent la Convention de Bruxelles³⁰⁰, la Convention de Lugano³⁰¹, le Règlement de

Bruxelles³⁰², la Convention de Minsk³⁰³, et divers instruments des Amériques³⁰⁴.

266 Les paragraphes 1 à 5 de l'article 26 traitent des conflits entre la Convention et d'autres accords internationaux. Le paragraphe 6 traite des conflits entre la Convention et les règles d'une Organisation régionale d'intégration économique. Nous examinerons tout d'abord la première de ces questions.

267 Le problème des traités incompatibles ne se pose que si deux conditions sont réunies. La première est qu'il doit exister une incompatibilité réelle entre les deux traités. En d'autres termes, l'application des deux traités doit conduire à des résultats différents dans une situation concrète. Si cela ne se produit pas, les deux traités peuvent être appliqués. Dans certains cas, une incompatibilité apparente peut être résolue par l'interprétation. Dans ce cas, le problème est réglé. Comme nous le verrons, c'est le but de l'article 26(1).

268 La seconde condition est que l'État du tribunal saisi doit être Partie aux deux traités. Si l'État n'est Partie qu'à l'un d'entre eux, ses tribunaux appliqueront simplement celui-là. L'article 26 est donc destiné aux États qui sont Parties à la fois à la Convention et à un autre traité en conflit avec celle-ci.

269 **La Convention de Vienne.** Les articles 30 et 41 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969 codifient les règles de droit international public à l'égard des traités portant sur la même matière³⁰⁵. Les règles de l'article 26 de la Convention doivent être lues dans ce contexte³⁰⁶. La Convention ne peut s'accorder la primauté sur d'autres instruments dans une mesure plus étendue que ce que permet le droit international. Toutefois, le droit international permet à un traité de disposer qu'il sera subordonné à un autre traité. L'article 26 a donc pour objet de préciser que, dans les cas indiqués, la Convention cédera la primauté à l'autre instrument, dans la mesure où ils sont en conflit. Lorsqu'aucune de ces règles de « céder le passage » ne s'applique, la Convention produit ses effets dans toute la mesure autorisée par le droit international.

270 **Interprétation.** Le premier paragraphe de l'article 26 comporte une règle d'interprétation. Il dispose que la Convention doit être interprétée de façon à être, autant que possible, compatible avec d'autres traités en vigueur pour les États contractants. Il en est ainsi, que l'autre traité ait été conclu avant ou après la Convention. Ainsi, lorsqu'une disposition de la Convention est raisonnablement susceptible de deux significations, la signification qui est la plus compatible avec l'autre traité doit être privilégiée. Cela ne signifie toutefois pas qu'une interprétation forcée devrait être adoptée afin de parvenir à la compatibilité.

271 **Première règle de « céder le passage ».** Le paragraphe 2 de l'article 26 contient la première règle de « céder le passage ». Elle s'applique, que le traité ait été conclu avant ou

²⁹⁶ Le fait que certaines ou la totalité des unités territoriales pertinentes d'un État contractant appliquent la *common law* ne signifie pas nécessairement qu'elles n'appliquent pas des systèmes juridiques différents. Ce sera le cas si leur législation est différente – par ex., dans le cas des États d'Australie ou des provinces de *common law* du Canada.

²⁹⁷ Voir *supra*, para. 107 et 128 à 131.

²⁹⁸ Il peut bien entendu le reconnaître en vertu de son droit interne.

²⁹⁹ Les Organisations régionales d'intégration économique sont régies par l'art. 29.

³⁰⁰ *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* du 27 septembre 1968, JO 1998 C 27 p. 1 (voir *supra*, note 9).

³⁰¹ *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* du 16 septembre 1988, JO 1988 L 319, p. 9 (voir *supra*, note 10).

³⁰² Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO 2001 L 12, p. 1 (voir *supra*, note 50).

³⁰³ *Convention de Minsk relative à l'entraide judiciaire et aux relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale* de 1993. La version actuelle modifiée au 28 mars 1997 figure en traduction française et anglaise en Annexe II du Doc. préI. No 27, « La relation entre le projet sur les jugements et certains instruments régionaux dans le cadre de la Communauté d'États Indépendants », préparé par E. Gerasimchuk pour le Bureau Permanent, *supra* p. 230, également disponible à l'adresse <www.hech.net>.

³⁰⁴ Voir A. Schulz, A. Muriá Tuñón et R. Villanueva Meza, « Les instruments américains du droit international privé. Une Note sur leurs rapports avec une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for », Doc. préI. No 31 à l'intention de la Vingtième session de juin 2005, *supra* p. 318, également disponible à l'adresse <www.hech.net>.

³⁰⁵ Les art. 30 et 41 sont généralement considérés comme indiquant les règles de droit international coutumier à cet égard, de sorte que même les États qui ne sont pas Parties à la Convention de Vienne les acceptent comme exposant de manière exacte la situation juridique.

³⁰⁶ Pour un examen approfondi, voir A. Schulz, « La relation entre le projet sur les jugements et d'autres instruments internationaux », Doc. préI. No 24 de décembre 2003 à l'intention de la Commission spéciale de décembre 2003, *supra* p. 148, également disponible à l'adresse <www.hech.net>.

with regard to any matter dealt with in the Convention,²⁹⁶ the Convention is to be construed as applying either to the State in the international sense or to the relevant territorial unit, whichever is appropriate.

260 The most important situations in which the question arises are in connection with the definition of an exclusive choice of court agreement (Art. 3) and the obligation of the chosen court to hear the case (Art. 5). The way in which Article 25 applies in these situations has already been discussed.²⁹⁷

261 Article 25(2) gives further effect to the policy of not applying the Convention to wholly domestic situations. It states that, notwithstanding the provisions of Article 25(1), a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law are applied is not bound to apply the Convention to situations involving solely such different territorial units. For this provision to apply, the chosen court must also be located in the State in question; if it is located in another Contracting State, Article 20 would apply (if there is an appropriate declaration).

262 Article 25(2) means that if, for example, the chosen court is in England and the situation is entirely internal to the United Kingdom, the United Kingdom is not required to apply the Convention by virtue of the fact that one of the parties is resident in Scotland.

263 Article 25(3) provides that a court in a territorial unit of a Contracting State is not bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced under the Convention by a court in another territorial unit of the first Contracting State. This means, for example, that a court in Beijing is not bound under the Convention to recognise a judgment from Japan solely because a court in Hong Kong has done so.²⁹⁸ The Beijing court must decide for itself whether the conditions for recognition or enforcement under the Convention are fulfilled.

264 It is expressly stated in paragraph 4 that Article 25 does not apply to Regional Economic Integration Organisations. In other words, it is concerned only with States (in the international sense) and territorial units within a State in which different systems of law apply.²⁹⁹

Article 26 – Relationship with other international instruments

265 Article 26 is concerned with the relationship between the Convention and other international instruments that relate to jurisdiction, and the recognition and enforcement of judgments. Instruments of this kind include the Brussels Convention,³⁰⁰ the Lugano Convention,³⁰¹ the Brussels

Regulation,³⁰² the Minsk Convention³⁰³ and various instruments in the Americas.³⁰⁴

266 Paragraphs 1 to 5 of Article 26 are concerned with conflicts between the Convention and other international agreements; paragraph 6 deals with conflicts between the Convention and the rules of a Regional Economic Integration Organisation. We shall consider the former question first.

267 The problem of conflicting treaties arises only if two conditions are fulfilled. The first is that there must be an actual incompatibility between the two treaties. In other words, the application of the two treaties must lead to different results in a concrete situation. Where this is not the case, both treaties can be applied. In some cases, an apparent incompatibility may be eliminated through interpretation. Where this is possible, the problem is solved. As we shall see, Article 26(1) tries to do this.

268 The second condition is that the State of the court seised must be a Party to both treaties. If that State is a Party to only one, the courts in it will simply apply that one. Article 26 is, therefore, addressed to States that are Parties to both the Convention and to another treaty that conflicts with it.

269 **The Vienna Convention.** Articles 30 and 41 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1969, codify the rules of public international law with regard to treaties relating to the same subject matter.³⁰⁵ The rules in Article 26 of the Convention must be read against this background.³⁰⁶ The Convention cannot make itself override other instruments to a greater extent than that permitted by international law. However, international law does permit a treaty to provide that another treaty will prevail over it. The purpose of Article 26, therefore, is to provide that, in the cases specified, the Convention will give way to the other instrument, in so far as the two conflict. Where none of these “give-way” rules applies, the Convention has effect to the fullest extent permitted by international law.

270 **Interpretation.** The first paragraph of Article 26 contains a rule of interpretation. It provides that the Convention must be interpreted, as far as possible, to be compatible with other treaties in force for Contracting States. This applies irrespective of whether or not the other treaty was concluded before or after the Convention. Thus, where a provision in the Convention is reasonably capable of two meanings, the meaning that is most compatible with the other treaty should be preferred. This does not, however, mean that a strained interpretation should be adopted in order to achieve compatibility.

271 **First “give-way” rule.** Paragraph 2 of Article 26 contains the first “give-way” rule. It applies irrespective of whether or not the treaty was concluded before or after the

²⁹⁶ The fact that some or all of the relevant territorial units in a Contracting State apply the common law does not necessarily mean that they do not apply different systems of law. They will do so if they have different legislation – for example, in the case of Australian states or the common law Canadian provinces.

²⁹⁷ See paras 107 and 128 to 131, *supra*.

²⁹⁸ It may of course recognise it under its domestic law.

²⁹⁹ Regional Economic Integration Organisations are governed by Art. 29.

³⁰⁰ *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 27 September 1968, OJ 1998 C 27, p. 1 (see *supra*, note 9).

³⁰¹ *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* of 16 September 1988, OJ 1988 L 319, p. 9 (see *supra*, note 10).

³⁰² Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, OJ 2001 L 12, p. 1 (see *supra*, note 50).

³⁰³ The *Minsk Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Cases* of 1993. The current version as amended on 28 March 1997 can be found in an English and French translation in Annex II to Prel. Doc. No 27, “The Relationship between the Judgments Project and certain Regional Instruments in the Arena of the Commonwealth of Independent States”, prepared by E. Gerasimchuk for the Permanent Bureau, *supra*, p. 231 available at <www.hcch.net>.

³⁰⁴ See A. Schulz, A. Muria Tuñón and R. Villanueva Meza, “The American instruments on private international law. A paper on their relation to a future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements”, Prel. Doc. No 31 of June 2005 for the attention of the Twentieth Session of June 2005, *supra*, p. 319 available at <www.hcch.net>.

³⁰⁵ Art. 30 and 41 are generally regarded as stating the rules of customary international law on the point; so even those States that are not Parties to the Vienna Convention accept them as accurately setting out the legal position.

³⁰⁶ For a full discussion, see A. Schulz, “The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments”, Prel. Doc. No 24 of December 2003 for the attention of the Special Commission of December 2003, *supra*, p. 149 available at <www.hcch.net>.

après la Convention. Elle dispose que le traité incompatible primera si aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas Partie au traité incompatible. Cette règle ne s'appliquera pas si une des parties réside dans un État Partie à la Convention mais pas au traité incompatible.

272 Lorsqu'une partie réside dans plus d'un État (voir l'art. 4(2)), la Convention cédera la primauté à l'autre traité (dans la mesure de l'incompatibilité) si toutes les parties sont résidentes *uniquement* dans des États qui sont Parties au traité incompatible ou dans des États non contractants.

273 L'idée sous-tendant cette règle est que la Convention ne devrait pas primer dans une espèce donnée si aucun des États Parties n'a un « intérêt »³⁰⁷ à sa primauté. On suppose que si un État est Partie à la fois à la Convention et au traité, il n'aura pas d'objection si ce dernier prime. Si un État n'est pas Partie à la Convention, il n'a pas d'« intérêt » à faire primer la Convention. Par conséquent, l'article 26(2) suppose que seuls les États qui sont Parties à la Convention et non au traité ont un « intérêt » à faire primer la Convention. Si aucun État de cette catégorie n'est impliqué dans une espèce particulière, il n'y a pas de raison que la Convention prime dans cette espèce.

274 La question suivante est de déterminer *quand* un État a un « intérêt » dans une espèce. La réponse donnée par la Convention est qu'il est intéressé si, mais seulement si, l'une des parties est résidente sur son territoire. Si une partie est résidente à la fois sur son territoire et sur le territoire d'un autre État – par exemple, une société constituée dans un État et ayant son principal établissement dans un autre –, il reste intéressé. C'est pourquoi la règle ne s'applique que si toutes les parties sont résidentes *uniquement* dans des États qui sont Parties au traité incompatible ou dans des États non contractants.

275 **Parties.** Qui est « partie » à l'effet de cette règle ? Comme l'effet de cette règle est de déterminer quand un État est intéressé à l'espèce, « partie » doit désigner une personne qui est partie à l'accord d'élection de for, ou qui est liée par celui-ci ou habilitée à l'invoquer³⁰⁸. Seules ces personnes ont un intérêt à l'application de la Convention, et ce n'est qu'à l'égard de ces personnes qu'un État est intéressé à l'espèce. En outre, la personne doit être partie au litige, car une personne qui n'est pas partie au litige n'a pas d'intérêt à l'application de la Convention à son égard. Une « partie » est donc une partie au litige qui est liée par l'accord d'élection de for ou habilitée à l'invoquer. Par contre, peu importe que cette personne soit l'une des parties initiales au litige ou soit intervenue à un stade ultérieur.

276 Nous sommes désormais en mesure de donner quelques illustrations. Nous utiliserons la Convention de Lugano comme exemple, bien que les conflits seront rares en pratique, car il y a peu d'incompatibilités entre celle-ci et la Convention. Les exceptions les plus importantes concernent la règle de litispendance et l'assurance³⁰⁹. Nous prendrons la première comme exemple³¹⁰. La règle de la Convention de Lugano est que le tribunal élu n'est pas autorisé à connaître d'un litige si un tribunal d'un autre État contractant a été saisi en premier³¹¹. En

vertu de la Convention, par contre, le tribunal élu doit connaître du litige même si un autre tribunal a été saisi en premier³¹².

277 **Premier exemple.** Une société résidant en Norvège conclut un contrat avec une société résidant en Suisse, la Norvège et la Suisse étant toutes deux Parties à la Convention de Lugano et à la Convention de La Haye. Le contrat comporte une clause d'élection de for en faveur des tribunaux suisses. La société norvégienne assigne la société suisse en Norvège. Par la suite, la société suisse intente une procédure à l'encontre de la société norvégienne en Suisse. Le tribunal suisse et le tribunal norvégien devront tous deux décider d'appliquer la Convention de La Haye ou la Convention de Lugano. Aucune des parties n'étant résidente d'un État contractant qui n'est pas Partie à la Convention de Lugano, la Convention de Lugano prévaut. Le tribunal suisse ne peut pas connaître de l'affaire avant, et à moins que le tribunal norvégien décide qu'il n'est pas compétent.

278 **Second exemple.** Une société canadienne conclut un contrat avec une société norvégienne. Le contrat comporte une clause d'élection de for en faveur des tribunaux suisses. La société norvégienne poursuit la société canadienne en Norvège. Par la suite, la société canadienne poursuit la société norvégienne en Suisse. Là encore, le tribunal suisse et le tribunal norvégien doivent tous deux décider d'appliquer la Convention de La Haye ou la Convention de Lugano. Comme l'une des parties (la société canadienne) est résidente d'un pays qui est Partie à la Convention de La Haye mais pas à la Convention de Lugano, la Convention de Lugano ne prime pas, sur la base de l'article 26(2)³¹³. Cela signifie que le tribunal suisse doit connaître du litige (art. 5). Il ne lui est pas possible d'attendre une décision du tribunal norvégien relative à sa compétence (ce qui serait obligatoire en vertu de l'art. 21 de la Convention de Lugano).

279 **Deuxième règle de « céder le passage ».** La deuxième règle de « céder le passage » figure dans le troisième paragraphe de l'article 26. Elle a pour objet d'aider les États qui sont Parties à la fois à la Convention et à un traité incompatible, lorsque toutes les Parties à ce dernier n'adhèrent pas à la Convention. Elle dispose que la Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité conclu³¹⁴ avant l'entrée en vigueur de la Convention pour cet État contractant, si l'application de la Convention est incompatible avec les obligations de cet État contractant envers un État non contractant. En l'absence de cette règle, certains États ne pourraient pas devenir Parties à la Convention.

280 La deuxième règle de « céder le passage » ne s'applique que dans la mesure où l'application de la Convention serait incompatible avec les obligations de l'État en question envers un État non contractant. Cela signifie qu'il doit y avoir au moins un État Partie à l'autre traité mais pas à la Convention. En outre, la Convention cède la primauté à l'autre traité uniquement lorsque l'État en question serait autrement contraint d'enfreindre ses obligations envers un tel État.

281 La première règle de « céder le passage » comporte un critère pour déterminer si un État est intéressé à une espèce de sorte qu'il peut exiger l'application de l'autre traité. La deuxième règle de « céder le passage » ne comporte aucun critère de ce type. Il n'est donc pas facile de dire quand l'application de la Convention sera incompatible avec les obligations d'un État contractant envers un État Partie à l'autre traité mais pas à la Convention. Cela dépendra des termes de l'autre traité et du droit international.

³⁰⁷ Aux fins du présent Rapport, le terme « intérêt » ne vise aucun concept de droit interne, tel que « l'intérêt de l'État » ou « l'intérêt de l'administration », mais vise l'attente raisonnable par un État Partie de ce que la Convention primera dans une situation de fait donnée. Comme expliqué au para. 274, le facteur utilisé par la Convention pour en décider est la résidence des parties.

³⁰⁸ Sur la question de savoir quand une personne qui n'est pas partie à un accord d'élection de for est néanmoins liée par celui-ci, voir *supra*, para. 97.

³⁰⁹ Une autre exception est que, sous sa forme actuelle de 1988, la Convention de Lugano ne prévoit pas les formes électroniques.

³¹⁰ L'assurance est examinée *infra*, para. 302 à 303, en rapport avec le Règlement de Bruxelles.

³¹¹ Cela résulte de l'interprétation de l'art. 17 de la Convention de Bruxelles donnée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Gasser c. MISAT*, Affaire C-116/02, [2003] Rec. I-14721 (disponible à l'adresse <<http://curia.europa.eu/>>), une interprétation qui s'appliquerait presque certainement à la Convention de Lugano également.

³¹² Art. 5.

³¹³ Si le Canada, la Norvège et la Suisse sont tous Parties à la Convention, il semblerait ne pas y avoir de fondement permettant à la Convention de Lugano de primer.

³¹⁴ Voir para. 283 à 285.

Convention. It provides that the conflicting treaty will prevail where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Party to the conflicting treaty. This rule will not apply if any of the parties is resident in a State that is a Party to the Convention but not to the conflicting treaty.

272 Where a party is resident in more than one State (see Art. 4(2)), the Convention will give way to the other treaty (to the extent of the incompatibility) if all the parties are resident *solely* in States that are Parties to the conflicting treaty or in non-Contracting States.

273 The idea behind this rule is that the Convention should not prevail in a given case if none of the States that are Parties to it “has an interest”³⁰⁷ in its prevailing. It is assumed that if a State is a Party to both the Convention and to the treaty, it will have no objection if the latter prevails. If a State is not a Party to the Convention, it does not have an “interest” that the Convention should prevail. Consequently, Article 26(2) assumes that only those States that are Parties to the Convention and not to the treaty have an “interest” in having the Convention prevail. If no such State is involved in a given case, there is no reason why the Convention should prevail in that case.

274 The next question is: *when* does a State have an “interest” in a case? The answer given by the Convention is that it has an interest if, but only if, one of the parties is resident in its territory. If a party is resident both in its territory and in the territory of another State – for example, a corporation incorporated in one State with its principal place of business in another – it still has an interest. This is the reason why the rule applies only if all the parties are resident *solely* in States that are Parties to the conflicting treaty or in non-Contracting States.

275 **Parties.** Who counts as a “party” for the purpose of this rule? Since the purpose of the rule is to determine when a State has an interest in the case, “party” must mean a person who is a party to the choice of court agreement, or who is bound by it or entitled to invoke it.³⁰⁸ Only such persons have an interest in the application of the Convention, and it is only with regard to such persons that a State has an interest in the case. In addition, the person must be a party to the proceedings, since someone who is not a party to the proceedings has no interest in whether the Convention is applied to them. A “party”, therefore, is a party to the proceedings who is bound by the choice of court agreement or entitled to invoke it. On the other hand, it does not matter whether such a person was one of the original parties to the proceedings or was joined at a later stage.

276 We are now in a position to give some illustrations. We shall use the Lugano Convention as an example, though conflicts are likely to be rare in practice, since there are few incompatibilities between it and the Convention. The most important exceptions concern the *lis pendens* rule and insurance.³⁰⁹ We shall use the former as an example.³¹⁰ The rule in the Lugano Convention is that the chosen court is not permitted to hear a case if a court in another Contracting State was seised first.³¹¹ Under the Convention, on the other hand, the

chosen court must hear the case even if another court was seised first.³¹²

277 **First example.** A company resident in Norway concludes a contract with a company resident in Switzerland, both Norway and Switzerland being parties to the Lugano Convention and to the Hague Convention. The contract contains a choice of court clause in favour of the courts of Switzerland. The Norwegian company sues the Swiss company in Norway. Subsequently, the Swiss company sues the Norwegian company in Switzerland. Both the Swiss court and the Norwegian court will have to decide whether to apply the Hague Convention or the Lugano Convention. Since none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Party to the Lugano Convention, the Lugano Convention prevails. The Swiss court cannot hear the case unless and until the Norwegian court decides that it has no jurisdiction.

278 **Second example.** A Canadian company concludes a contract with a Norwegian company. The contract contains a choice of court clause in favour of the courts of Switzerland. The Norwegian company sues the Canadian company in Norway. Subsequently, the Canadian company sues the Norwegian company in Switzerland. Again, both the Swiss court and the Norwegian court will have to decide whether to apply the Hague Convention or the Lugano Convention. Since one of the parties (the Canadian company) is resident in a country that is a Party to the Hague Convention but not to the Lugano Convention, the Lugano Convention does not prevail on the basis of Article 26(2).³¹³ This means that the Swiss court has to hear the case (Art. 5); it is not possible for it to wait for a decision of the Norwegian court on its competence (which would be obligatory under Art. 21 of the Lugano Convention).

279 **Second “give-way” rule.** The second “give-way” rule is contained in the third paragraph of Article 26. It is intended to help States that are Parties to both the Convention and to an inconsistent treaty, where not all Parties to the latter join the Convention. It provides that the Convention will not affect the application by a Contracting State of a treaty that was concluded³¹⁴ before the Convention entered into force for that Contracting State, if applying the Convention would be inconsistent with the obligations of that Contracting State to any non-Contracting State. If this rule did not exist, some States might be unable to become Parties to the Convention.

280 The second “give-way” rule applies only to the extent that the application of the Convention would be inconsistent with the obligations of the State in question towards a non-Contracting State. This means that there must be at least one State that is a Party to the other treaty but not to the Convention. Moreover, the Convention gives way to that other treaty only if the State in question would otherwise be obliged to violate its obligations towards such a State.

281 The first “give-way” rule contains a test to determine when a State has an interest in a case so that it is entitled to insist on the application of the other treaty. The second “give-way” rule contains no such test. It is not, therefore, easy to say when the application of the Convention would be inconsistent with the obligations of a Contracting State towards a State that is a Party to the other treaty but not to the Convention. It would depend on the terms of the other treaty and on international law.

³⁰⁷ For the purposes of this Report, the word “interest” does not refer to any domestic legal concept such as “State interests” or “governmental interests” but is meant to refer to the reasonable expectation of a State Party that the Convention would prevail in a given factual situation. As explained in para. 274, the factor used by the Convention to make this determination is the residence of the parties.

³⁰⁸ On the question of when a person who is not a party to a choice of court agreement is nevertheless bound by it, see para. 97, *supra*.

³⁰⁹ Another exception is that, as it stands at present in its 1988 version, the Lugano Convention does not provide for electronic form.

³¹⁰ Insurance is discussed in paras 302 to 304, *infra*, in connection with the Brussels Regulation.

³¹¹ This follows from the interpretation given by the Court of Justice of the European Communities to Art. 17 of the Brussels Convention in *Gasser v. MISAT*, Case C-116/02, [2003] ECR I-14721 (available at <<http://curia.europa.eu/>>), an interpretation that would almost certainly apply to the Lugano Convention as well.

³¹² Art. 5.

³¹³ If Canada, Norway and Switzerland are all Parties to the Convention, there would appear to be no basis on which the Lugano Convention would prevail.

³¹⁴ See paras 283 to 285.

282 **Exemple.** Supposons que la Ruritanie (État imaginaire) soit Partie à la Convention de Lugano mais pas à la Convention de La Haye. La Suisse est Partie à la Convention de Lugano et devient Partie à la Convention de La Haye. Le Canada est Partie à la Convention de La Haye. Une société canadienne conclut un contrat avec une société ruritanienne. Le contrat comporte une clause d'élection de for en faveur des tribunaux suisses. La société ruritanienne intente une procédure à l'encontre de la société canadienne en Ruritanie. Par la suite, la société canadienne assigne la société ruritanienne en Suisse. Comme l'une des parties (la société canadienne) est résidente d'un État qui est Partie à la Convention de La Haye mais pas à la Convention de Lugano, l'article 26(2) ne s'appliquerait pas. La Convention ne céderait donc pas la primauté à la Convention de Lugano en Suisse. Cela signifie que le tribunal suisse devrait appliquer la Convention de La Haye; il ne lui serait donc pas possible d'attendre une décision du tribunal ruritanien relative à sa compétence. Cependant, le tribunal suisse serait tenu de le faire en vertu de l'article 21 de la Convention de Lugano. Afin de résoudre ce problème, l'article 26(3) dispose que la Convention céderait le pas devant l'obligation conventionnelle antérieure de la Suisse envers la Ruritanie.

283 **Traités antérieurs.** La deuxième règle de « céder le passage » ne s'applique qu'aux conflits avec un traité antérieur. La question de la détermination de l'antériorité d'un traité par rapport à un autre soulève des difficultés considérables en droit international. L'avis général est que le moment de la conclusion des traités en cause est déterminant, et non celui de leur entrée en vigueur³¹⁵. Toutefois, l'article 26(3) de la Convention applique une règle différente qui combine ces deux démarches : la deuxième règle de « céder le passage » s'applique si l'autre traité a été conclu³¹⁶ avant que la Convention n'entre en vigueur pour l'État en question. En outre, si l'autre traité observe cette règle, la deuxième règle de « céder le passage » s'appliquera à un nouveau traité qui le révisé ou le remplace, sauf dans la mesure où la révision ou modification crée de nouvelles incompatibilités avec la Convention.

284 **Premier exemple.** Supposons qu'après la conclusion de la Convention, un groupe d'États (dont certains ne deviennent pas Parties à la Convention) concluent un autre traité sur la même question. La Ruritanie ratifie alors la Convention, qui entre en vigueur pour elle. Elle ratifie ensuite l'autre traité, qui entre également en vigueur pour elle. Comme l'autre traité a été conclu avant que la Convention n'entre en vigueur pour la Ruritanie, la Convention céderait la primauté à l'autre traité dans la mesure où l'application de la Convention serait incompatible avec les obligations de la Ruritanie envers un État Partie à l'autre traité mais pas à la Convention.

285 **Second exemple.** Supposons que la Ruritanie soit Partie à la Convention de Lugano mais pas à la Convention. La Norvège et la Suisse sont Parties aux deux. La Convention entre en vigueur pour elles après la conclusion de la Convention de Lugano. Supposons en outre qu'après l'entrée en vigueur de la Convention pour elles, la Convention de Lugano soit remplacée par une nouvelle convention³¹⁷. L'article 26(3) s'appliquerait à cette nouvelle convention dans la mesure où elle conserverait les mêmes incompatibilités avec la Convention que la Convention de Lugano, mais ne s'appliquerait pas à l'égard d'éventuelles nouvelles incompatibilités qu'elle introduirait.

286 **Troisième règle de « céder le passage ».** La troisième règle de « céder le passage » (résultant du quatrième paragraphe de l'art. 26) ne concerne que les traités pour la reconnaissance et l'exécution des jugements. Elle s'applique à ces traités qu'ils aient été conclus avant ou après la Convention. Lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par un État Partie à un tel traité est recherchée dans un autre État de cette catégorie, la Convention n'affectera pas l'application de ce traité, à condition que le jugement ne soit pas reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de la Convention.

287 Cette règle n'a de pertinence que si les deux États concernés sont Parties à la fois à la Convention et à l'autre traité : la Convention ne s'appliquerait que si les deux États y étaient Parties et l'autre traité ne s'appliquerait que si les deux États y étaient Parties. La règle a pour objet de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des jugements. Si l'autre traité le fait plus efficacement, ou dans une plus large mesure, il serait préférable de permettre son application. Ce n'est que lorsqu'un jugement serait reconnu ou exécuté dans une moindre mesure en vertu de l'autre traité que la Convention devrait s'appliquer. Sauf disposition contraire du droit de l'État requis, le créancier du jugement peut choisir de faire exécuter le jugement en vertu de la Convention ou de l'autre traité.

288 **Quatrième règle de « céder le passage ».** La quatrième règle de « céder le passage » (résultant du cinquième paragraphe de l'art. 26) concerne les traités en matière de compétence, ou de reconnaissance et d'exécution des jugements, mais uniquement à l'égard d'une « matière particulière ». Le terme de « matière particulière » désigne un domaine délimité du droit, du type mentionné dans l'article 2(2) ou l'article 21. Les exemples de matières particulières comprendraient l'agence commerciale, l'assurance maritime ou les licences de brevet. Dans le cas de tels traités, la Convention cède la primauté, dans la mesure de l'incompatibilité, qu'ils aient été conclus avant ou après la Convention et que toutes les Parties au traité soient ou non également Parties à la Convention.

289 **Déclaration.** Il y a toutefois une condition. Pour que cette règle s'applique, l'État contractant en question doit avoir fait une déclaration à l'égard du traité en application de l'article 26(5)³¹⁸. Lorsqu'une telle déclaration est faite, les autres États contractants ne sont pas tenus d'appliquer la Convention, dans la mesure de l'incompatibilité, à l'égard de la matière visée dans la déclaration si le tribunal élu est situé dans l'État ayant fait la déclaration. Cela signifie que si, du fait de la déclaration, les États qui la font ne sont plus soumis à des obligations réciproques en vertu de la Convention, les autres États contractants ne sont pas tenus d'appliquer la Convention lorsque le tribunal élu est situé dans un État faisant la déclara-

³¹⁵ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^e éd., Manchester University Press, Manchester 1984, p. 98; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 183; J.B. Mus, « *Conflicts between Treaties in International Law* », 45 *Netherlands International Law Review* 1998, p. 208, 220 à 222. Un avis différent est avancé dans E.W. Vierdag, « *The Time of the Conclusion of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions* », 59 *British Yearbook of International Law* (1988), p. 75, mais il semble être erroné pour les motifs indiqués supra par J.B. Mus.

³¹⁶ À moins qu'il n'en dispose autrement, un traité bilatéral est généralement considéré comme étant conclu lors de sa signature; un traité multilatéral est généralement considéré comme étant conclu lors de la signature (ou autre adoption) de l'Acte final ou lorsqu'il est ouvert à la signature, à dernière échéance. Voir A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, p. 74. Dans ce contexte, il est utile de mentionner que pour la Conférence de La Haye cette Convention a apporté un changement : jusqu'à présent, une Convention de La Haye était réputée conclue à la date de la première signature, et non à la date d'adoption (la signature de l'Acte final lors de la cérémonie de clôture de la Session diplomatique) ou la date à laquelle elle était ouverte à la signature (normalement le même jour). Jusqu'à ce qu'elle reçoive sa première signature, elle était dite « projet de Convention », sans indication de la date. La *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* est la première Convention de La Haye à suivre la nouvelle règle selon laquelle elle est réputée avoir été conclue à la date de son adoption, lors de la signature de l'Acte final et de l'ouverture de la Convention à la signature, qu'un État quelconque signe en fait la Convention à cette date ou non.

³¹⁷ À l'heure où nous écrivons, des travaux en vue de la conclusion d'une Convention de Lugano révisée, alignant ses dispositions sur le Règlement de Bruxelles, sont en cours. Les Parties contractantes seront la Communauté européenne, l'Islande, la Norvège et la Suisse.

³¹⁸ L'art. 32 sera applicable à une telle déclaration.

282 **Example.** Let us assume that Ruritania (an imaginary State) is a Party to the Lugano Convention but not to the Hague Convention. Switzerland is a Party to the Lugano Convention and becomes a Party to the Hague Convention. Canada is a Party to the Hague Convention. A Canadian company concludes a contract with a Ruritanian company. The contract contains a choice of court clause in favour of the courts of Switzerland. The Ruritanian company sues the Canadian company in Ruritania. Subsequently, the Canadian company sues the Ruritanian company in Switzerland. Since one of the parties (the Canadian company) is resident in a State that is a Party to the Hague Convention but not to the Lugano Convention, Article 26(2) would not apply. So the Convention would not give way to the Lugano Convention in Switzerland. This would mean that the Swiss court would have to apply the Hague Convention; therefore, it would not be possible for it to wait for a decision by the Ruritanian court on its competence. However, the Swiss court would be obliged to do this under Article 21 of the Lugano Convention. To solve this problem, Article 26(3) provides that the Convention will give way to the prior treaty obligation of Switzerland towards Ruritania.

283 **Prior treaties.** This second “give-way” rule applies only to conflicts with a *prior* treaty. The question of determining when one treaty is prior to another raises considerable difficulties in international law. The general view is that the time of conclusion of the treaties in question is decisive and not their entry into force.³¹⁵ However, Article 26(3) of the Convention applies a different rule which combines these two approaches: the second “give-way” rule is applicable if the other treaty was *concluded*³¹⁶ before the Convention *entered into force* for the State in question. Moreover, if the other treaty complies with this rule, the second “give-way” rule will also apply to a new treaty that revises or replaces it, except to the extent that the revision or replacement creates new inconsistencies with the Convention.

284 **First example.** Assume that after the Convention is concluded, a group of States (some of which do not become Parties to the Convention) conclude another treaty on the same subject. Ruritania then ratifies the Convention and it enters into force for it. After this, it ratifies the other treaty and that also enters into force for it. Since the other treaty was concluded before the Convention entered into force for Ruritania, the Convention will give way to the other treaty to the extent that the application of the Convention would be inconsistent with the obligations of Ruritania towards a State that is a Party to the other treaty but not to the Convention.

285 **Second example.** Assume that Ruritania is a Party to the Lugano Convention but not to the Convention. Norway and Switzerland are Parties to both. The Convention enters into force for them after the Lugano Convention was concluded. Assume further that, after the Convention enters into force for them, the Lugano Convention is replaced by a new convention.³¹⁷ Article 26(3) would apply to that new convention to the extent that it retained the same inconsistencies with the Convention as the Lugano Convention, but would not apply with regard to any new inconsistencies introduced by it.

286 **Third “give-way” rule.** The third “give-way” rule (laid down by the fourth paragraph of Art. 26) is concerned only with treaties for the recognition and enforcement of judgments. It applies to such treaties irrespective of whether they were concluded before or after the Convention. Where a judgment granted by a State that is a Party to such a treaty is sought to be recognised or enforced in another such State, the Convention will not affect the application of that treaty, provided that the judgment is not recognised or enforced to a lesser extent than under the Convention.

287 This rule is of significance only when both States concerned are Parties to both the Convention and the other treaty: the Convention would not apply unless both States were Parties to it and the other treaty would not apply unless both were Parties to it. The purpose of the rule is to promote the recognition and enforcement of judgments. If the other treaty does this more efficiently, or to a greater extent, it would be better to allow its application. It is only where the judgment would be recognised or enforced to a lesser extent under the other treaty that the Convention should apply. Unless the law of the requested State provides otherwise, the judgment creditor can choose whether to enforce the judgment under the Convention or under the other treaty.

288 **Fourth “give-way” rule.** The fourth “give-way” rule (laid down by the fifth paragraph of Art. 26) is concerned with treaties dealing with jurisdiction, or the recognition or enforcement of a judgment, but only with regard to a “specific matter”. By “specific matter” is meant a discrete area of the law of the kind referred to in Article 2(2) or Article 21. Examples of specific matters would include commercial agency, marine insurance or patent licensing. In the case of such treaties, the Convention gives way, to the extent of the inconsistency, irrespective of whether they are concluded before or after the Convention and irrespective of whether all the Parties to the treaty are also Parties to the Convention.

289 **Declaration.** There is, however, a condition. For this rule to apply, the Contracting State in question must have made a declaration in respect of the treaty under Article 26(5).³¹⁸ Where such a declaration is made, other Contracting States are not obliged to apply the Convention, to the extent of the inconsistency, with regard to the matter referred to in the declaration if the chosen court is in the State that made the declaration. This means that if, as a result of making the declaration, the States making it are no longer subject to reciprocal obligations under the Convention, other Contracting States are not obliged to apply the Convention when the chosen court is in a State making the declara-

³¹⁵ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., Manchester University Press 1984, p. 98; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press 2000, p. 183; J.B. Mus, “Conflicts Between Treaties in International Law”, 45 *Netherlands International Law Review* 1998, p. 208, at pp. 220 to 222. A different view is advanced in E.W. Vierdag, “The Time of the ‘Conclusion’ of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions”, 59 *British Yearbook of International Law* 1988, p. 75, but this seems to be incorrect for the reasons given by J.B. Mus, *supra*.

³¹⁶ Unless it provides otherwise, a bilateral treaty is generally regarded as having been concluded when it is signed; a multilateral treaty is generally regarded as having been concluded when the Final Act is signed (or it is otherwise adopted) or when it is opened for signature, whichever is the later. See A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press 2000, p. 74. In this context, it is worth mentioning that for the Hague Conference this Convention has brought about a change: until now, a Hague Convention was deemed to be concluded at the date of the first signature, not at the date of its adoption (the signing of the Final Act at the closing ceremony of the Diplomatic Session) or the date it was opened for signature (which was normally on the same day). Until it received its first signature, it was referred to as a “draft Convention” without a date. The *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* is the first Hague Convention which follows the new rule that it is deemed to be concluded on the date of its adoption, when the Final Act is signed and the Convention is opened for signature, regardless of whether any State actually signs the Convention on that day.

³¹⁷ At the time of writing, work to conclude a revised Lugano Convention, bringing its content into line with the Brussels Regulation, is under way. Contracting Parties will be the European Community, Iceland, Norway and Switzerland.

³¹⁸ Art. 32 will apply to such a declaration.

tion³¹⁹. Toutefois, cela ne s'applique que « dans la mesure de l'incompatibilité » ; en d'autres termes, cela ne s'applique que dans les cas où la réciprocité ne serait pas assurée³²⁰.

290 Exemple. Supposons qu'un groupe d'États devenus Parties à la Convention (les « États de privilège maritime ») concluent par la suite un traité sur les privilèges maritimes (une matière également couverte par la Convention) comportant des dispositions en matière de compétence et de reconnaissance et d'exécution des jugements. S'ils font une déclaration appropriée, leurs tribunaux auront le droit d'appliquer le nouveau traité, plutôt que la Convention, dans la mesure de toute incompatibilité. Supposons que le traité sur les privilèges maritimes dispose que les accords d'élection de for sont nuls à l'égard de privilèges de catégorie A, qu'ils sont valables pour les privilèges de catégorie B uniquement s'ils sont conclus devant un notaire, qu'ils ne sont valables pour les privilèges de catégorie C que si le tribunal élu est situé dans l'État d'immatriculation du navire, et qu'il ne sont valables à l'égard des privilèges de catégorie D que si le tribunal élu est situé dans un État de privilège maritime. Lorsque, dans ces circonstances, le tribunal élu est situé dans un État de privilège maritime, les « autres États »³²¹ ne seraient pas tenus d'appliquer la Convention dans des affaires impliquant des privilèges de catégorie A ou de catégorie D. Ils ne seraient pas tenus de l'appliquer dans les affaires impliquant des privilèges de catégorie B si l'accord d'élection de for n'a pas été conclu devant un notaire ; et ils ne seraient pas tenus de l'appliquer dans les affaires impliquant des privilèges de catégorie C si le tribunal élu n'était pas situé dans l'État d'immatriculation.

291 Organisations régionales d'intégration économique. L'article 26(6) traite de la situation où une Organisation régionale d'intégration économique (ORIE) devient Partie à la Convention. Si cela se produit, il est possible que les dispositions (réglementation) adoptées par l'Organisation régionale d'intégration économique entrent en conflit avec la Convention. L'article 26(6) contient deux règles de « céder le passage » applicables en pareil cas. Elles s'appliquent que la règle de l'Organisation régionale d'intégration économique ait été adoptée avant ou après la Convention. Le principe sous-jacent est que lorsqu'une affaire est purement « régionale » en termes de résidence des parties, la Convention cède la primauté à l'instrument régional.

292 Première règle de « céder le passage » pour les ORIE. La première règle de « céder le passage » sur les conflits avec la réglementation d'une Organisation régionale d'intégration économique correspond à la première règle de « céder le passage » sur les traités incompatibles. Elle figure à l'article 26(6) a) et dispose que lorsqu'aucune des parties ne réside dans un État contractant qui n'est pas un État membre de l'Organisation régionale d'intégration économique, la Convention cède la primauté à la réglementation de l'Organisation régionale d'intégration économique.

293 Lorsqu'une partie réside dans plus d'un État (voir l'art. 4(2)), la Convention cèdera le passage à la réglementation de l'Organisation régionale d'intégration économique (dans la

mesure de l'incompatibilité) si toutes les parties sont résidentes *uniquement* d'États membres de l'Organisation régionale d'intégration économique ou d'États non contractants³²².

294 Parties. Le terme de « partie » a le même sens au paragraphe 6 de l'article 26 que dans les paragraphes antérieurs : il désigne une personne partie à l'accord d'élection de for, ou liée par celui-ci ou autorisée à l'invoquer³²³. En outre, la personne doit être partie à la procédure. Une « partie » est donc une partie à la procédure qui est liée par l'accord d'élection de for ou autorisée à l'invoquer.

295 La Communauté européenne. Nous sommes désormais en mesure de fournir quelques illustrations. La Communauté européenne est une Organisation régionale d'intégration économique. Le Règlement de Bruxelles est un élément de réglementation communautaire recouvrant en grande partie le même domaine que la Convention. Les conflits les plus importants susceptibles de se produire entre le Règlement de Bruxelles et la Convention concernent la règle de litispendance et l'assurance. Nous utiliserons ces différences pour fournir des exemples du fonctionnement de l'article 26(6).

296 Litispendance. En vertu du Règlement de Bruxelles, un tribunal d'un État membre de la Communauté européenne ne peut connaître d'une affaire si un tribunal d'un autre État membre de la Communauté européenne est saisi en premier d'une procédure ayant la même cause et le même objet entre les mêmes parties (jusqu'à ce que, et à moins que, l'autre tribunal ne décline sa compétence). Il en est ainsi même si le tribunal saisi en second était désigné par un accord exclusif d'élection de for³²⁴. Le premier groupe d'exemples sera fondé sur cette situation.

297 Premier exemple³²⁵. Une société résidant en Autriche conclut un contrat avec une société résidant en Finlande. Le contrat comprend une clause d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam aux Pays-Bas. La société autrichienne engage une procédure en Autriche. La société finlandaise engage alors des poursuites à Rotterdam. Le tribunal de Rotterdam ne peut connaître du litige jusqu'à ce que, et à moins que, le tribunal autrichien ne renonce à sa compétence³²⁶. Il en est ainsi parce qu'aucune des parties n'est résidente d'un État contractant qui n'est pas un État membre de la Communauté européenne ; en vertu de l'article 26(6) a), les dispositions communautaires ne sont donc pas affectées par la Convention.

298 Deuxième exemple³²⁷. Une société résidant en Autriche conclut un contrat avec une société résidant dans l'État X, qui n'est pas Partie à la Convention. Le contrat comporte un accord d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. La société autrichienne engage une procédure en Autriche. La société de l'État X engage alors une procédure à Rotterdam³²⁸. Le tribunal de Rotterdam ne peut pas connaître du litige avant et à moins que le tribunal autrichien renonce à exercer sa compétence³²⁹. Cela résulte du fait qu'aucune des parties n'est résidente d'un État contractant non membre de

³¹⁹ Cela signifie que dans l'exemple concernant les privilèges maritimes (voir *infra*, para. 290), si le tribunal élu est dans un État « de privilège maritime » (un État Partie au traité sur les privilèges maritimes), les tribunaux des « autres États » (États qui ne sont pas Parties au traité sur les privilèges maritimes) ne seraient pas tenus de surseoir à statuer ou se dessaisir en vertu de l'art. 6, ni ne seraient tenus de reconnaître ou d'exécuter les jugements en vertu de l'art. 8.

³²⁰ Une déclaration en vertu de l'art. 26(5) diffère d'une déclaration en vertu de l'art. 21 parce que, selon ce dernier, la Convention ne s'appliquerait à aucune procédure concernant la matière particulière en cause ; selon l'art. 26(5) par contre, la Convention continue de s'appliquer lorsqu'il n'y a pas d'incompatibilité – en d'autres termes, dans les situations où les obligations en vertu de la Convention restent applicables aux États faisant la déclaration (parce qu'elles ne sont pas incompatibles avec le traité) assurent la réciprocité.

³²¹ Par « autres États » on désigne les États contractants qui ne sont pas Parties au traité sur les privilèges maritimes.

³²² Cela résulte des explications données aux para. 273 à 274, *supra*.

³²³ Au sujet de la question de savoir dans quels cas une personne qui n'est pas partie à un accord d'élection de for peut néanmoins être liée par celui-ci, voir para. 97, *supra*.

³²⁴ *Gasser c. MISAT*, Affaire C-116/02, [2003] Rec. I-14721 (disponible à l'adresse <http://curia.europa.eu/>) (Cour de justice des Communautés européennes). L'affaire concernait la disposition équivalente de la Convention de Bruxelles, mais s'appliquerait également en vertu du Règlement de Bruxelles.

³²⁵ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

³²⁶ Art. 27 du Règlement de Bruxelles.

³²⁷ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

³²⁸ L'art. 23 du Règlement de Bruxelles (la disposition du Règlement régissant les accords d'élection de for) recouvre également les situations où une seule des parties est domiciliée dans un État membre de la Communauté européenne.

³²⁹ Art. 27 du Règlement de Bruxelles.

tion.³¹⁹ However, this applies only “to the extent of any inconsistency”; in other words, it applies only in those circumstances in which reciprocity would not be guaranteed.³²⁰

290 Example. Assume that a group of States that have become Parties to the Convention (the “maritime lien” States) subsequently conclude a treaty on maritime liens (a matter that is also covered by the Convention) that has provisions on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments. If they make an appropriate declaration, their courts will be entitled to apply the new treaty, rather than the Convention, to the extent of any inconsistency. Assume that the treaty on maritime liens provides that choice of court agreements are invalid with regard to liens in category “A”; that they are valid with regard to liens in category “B” only if they are made before a notary; that they will be valid with regard to liens in category “C” only if the chosen court is in the State of registration of the vessel; and that they will be valid with regard to liens in category “D” only if the chosen court is in a “maritime lien” State. Where, in these circumstances, the chosen court is in a “maritime lien” State, “non-maritime lien” States³²¹ would not be obliged to apply the Convention in any cases involving liens in category “A” or category “D”; they would not be obliged to apply it in cases involving liens in category “B” if the choice of court agreement was not made before a notary; and they would not be obliged to apply it in cases involving liens in category “C” if the chosen court was not in the State of registration.

291 Regional Economic Integration Organisations. Article 26(6) deals with the situation where a Regional Economic Integration Organisation (REIO) becomes a Party to the Convention. If this occurs, it is possible that the rules (legislation) adopted by the Regional Economic Integration Organisation might conflict with the Convention. Article 26(6) contains two “give-way” rules that apply in such a situation. They apply irrespective of whether the rule of the Regional Economic Integration Organisation is adopted before or after the Convention. The underlying principle is that where a case is purely “regional” in terms of residence of the parties, the Convention gives way to the regional instrument.

292 First REIO “give-way” rule. The first “give-way” rule on conflicts with the legislation of a Regional Economic Integration Organisation mirrors the first “give-way” rule on conflicting treaties. It is contained in Article 26(6) *a*) and provides that where none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the Regional Economic Integration Organisation, the Convention will give way to the legislation of the Regional Economic Integration Organisation.

293 Where a party is resident in more than one State (see Art. 4(2)), the Convention will give way to the legislation of the Regional Economic Integration Organisation (to the

extent of the incompatibility) if all the parties are resident *solely* in Member States of the Regional Economic Integration Organisation or in non-Contracting States.³²²

294 Parties. The word “party” has the same meaning in paragraph 6 of Article 26 as it does in the earlier paragraphs: it means a person who is a party to the choice of court agreement, or who is bound by it or entitled to invoke it.³²³ In addition, the person must be a party to the proceedings. A “party”, therefore, is a party to the proceedings who is bound by the choice of court agreement or entitled to invoke it.

295 The European Community. We are now in a position to give some illustrations. The European Community is a Regional Economic Integration Organisation. The Brussels Regulation is a piece of European Community legislation that covers much the same ground as the Convention. The most important conflicts that are likely to occur between the Brussels Regulation and the Convention concern the *lis pendens* rule and insurance. We shall use these differences to give examples of the operation of Article 26(6).

296 Lis pendens. Under the Brussels Regulation, a court of a Member State of the European Community cannot hear a case where a court of another Member State was seised first of proceedings involving the same cause of action and between the same parties (unless and until the other court declines jurisdiction). This applies even where the court seised second was designated in an exclusive choice of court agreement.³²⁴ The first group of examples will be based on this point.

297 First example.³²⁵ A company resident in Austria concludes a contract with a company resident in Finland. The contract contains a choice of court clause designating the Rotterdam District Court in the Netherlands. The Austrian company brings proceedings in Austria. The Finnish company then sues in Rotterdam. The Rotterdam court cannot hear the case unless and until the Austrian court gives up jurisdiction.³²⁶ This is because none of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the European Community; therefore, pursuant to Article 26(6) *a*), the rules of the European Community are not affected by the Convention.

298 Second example.³²⁷ A company resident in Austria concludes a contract with a company resident in State X, a State that is not a Party to the Convention. The contract contains a choice of court clause designating the Rotterdam District Court. The Austrian company brings proceedings in Austria. The company from State X then sues in Rotterdam.³²⁸ The Rotterdam court cannot hear the case unless and until the Austrian court gives up jurisdiction.³²⁹ This is because none of the parties is resident in a Contracting State that is not a

³¹⁹ This means that, in the example concerning maritime liens (para. 290, *infra*), if the chosen court is in a “maritime lien” State (a State that is a Party to the treaty on maritime liens), courts in “non-maritime lien” States (States that are not Parties to the treaty on maritime liens) would not be obliged to suspend or dismiss proceedings under Art. 6, nor would they be obliged to recognise or enforce judgments under Art. 8.

³²⁰ A declaration under Art. 26(5) is different from a declaration under Art. 21 because, under the latter, the Convention would not apply to any proceedings involving the specific matter in question; under Art. 26(5), on the other hand, the Convention continues to apply where there is no inconsistency – in other words, in situations where those obligations under the Convention that still apply to the States making the declaration (because they are not inconsistent with the treaty) guarantee reciprocity.

³²¹ By “non-maritime lien” States is meant Contracting States that are not Parties to the treaty on maritime liens.

³²² This is based on the explanations given in paras 273 and 274, *supra*.

³²³ On the question when a person who is not a party to the choice of court agreement is nevertheless bound by it, see para. 97, *supra*.

³²⁴ *Gasser v. MISAT*, Case C-116/02, [2003] ECR I-14721 (available at <<http://curia.europa.eu/>>) (Court of Justice of the European Communities). This case was on the equivalent provision in the Brussels Convention, but would also apply under the Brussels Regulation.

³²⁵ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

³²⁶ Art. 27 of the Brussels Regulation.

³²⁷ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

³²⁸ Art. 23 of the Brussels Regulation (the Regulation’s rule on choice of court agreements) also covers cases where only one of the parties is domiciled in a Member State of the European Community.

³²⁹ Art. 27 of the Brussels Regulation.

la Communauté européenne ; en vertu de l'article 26(6) a), les dispositions communautaires ne sont donc pas affectées par la Convention.

299 **Troisième exemple**³³⁰. Une société résidant en Autriche et une société résidant au Brésil concluent un contrat. Le contrat comporte une clause d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. La société autrichienne poursuit la société brésilienne en Autriche. La société brésilienne réagit en engageant une procédure à l'encontre de la société autrichienne devant le tribunal de Rotterdam. Le tribunal de Rotterdam doit connaître du litige conformément à l'article 5 de la Convention, car l'une des parties (la société brésilienne) est résidente d'un État contractant qui n'est pas un État membre de la Communauté européenne ; l'article 26(6) a) n'empêche donc pas la Convention d'affecter les dispositions communautaires. Par conséquent, le tribunal de Rotterdam n'est pas autorisé à appliquer la règle de litispendance de l'article 27 du Règlement de Bruxelles. Par contre, le tribunal autrichien serait tenu de se dessaisir de l'affaire à la fois en vertu de l'article 23 du Règlement de Bruxelles et de l'article 6 de la Convention.

300 **Quatrième exemple**³³¹. Dans la situation exposée au paragraphe qui précède, supposons que le tribunal autrichien ne soit pas tenu de se dessaisir de l'affaire en vertu de l'article 6 de la Convention parce qu'une des exceptions à cette disposition est applicable. Supposons, toutefois, que l'obligation de respecter l'accord d'élection de for en vertu de l'article 23 du Règlement de Bruxelles – et donc de se dessaisir – reste applicable. En pareil cas, le tribunal autrichien serait tenu de se dessaisir de l'affaire en vertu de l'article 23 du Règlement de Bruxelles. L'article 26(6) de la Convention ne serait pas applicable parce qu'il n'y aurait pas d'incompatibilité entre la Convention et le Règlement : les exceptions à l'article 6 de la Convention ne font que *permettre* au tribunal autrichien de connaître de l'affaire ; elles ne l'*obligent* pas à le faire. Si on compare les troisième et quatrième exemples, il apparaît clairement qu'il est indifférent que l'un des motifs mentionnés à l'article 6 a) à e) s'applique ; le tribunal saisi mais non élu (saisi en premier) serait toujours tenu de se dessaisir en vertu de l'article 23 du Règlement de Bruxelles.

301 **Cinquième exemple**³³². Une société résidant en Autriche et une société résidant au Brésil concluent un contrat. Le contrat comporte un accord d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. Le Tribunal de Rotterdam est saisi en premier. Par la suite, la société autrichienne poursuit la société brésilienne devant un tribunal autrichien. Le tribunal autrichien serait tenu de surseoir à statuer ou de se dessaisir³³³ de la procédure en vertu de l'article 27 du Règlement de Bruxelles (litispendance)³³⁴. Il ne serait pas tenu d'examiner si l'une des exceptions à l'article 6 de la Convention était applicable car même dans ce cas, l'article 6 n'*imposerait* pas au tribunal autrichien de connaître de l'affaire³³⁵. En conséquence, l'article 26(6) a) de la Convention n'affecterait pas l'application du Règlement de Bruxelles par le tribunal autrichien.

302 **Assurance**. Les articles 8 à 14 du Règlement de Bruxelles établissent des règles de compétence pour les

³³⁰ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

³³¹ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

³³² Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

³³³ Il serait tenu de surseoir à statuer en vertu de l'art. 27(1) jusqu'à ce que la compétence du tribunal de Rotterdam soit établie ; il serait alors tenu de se dessaisir de l'affaire en vertu de l'art. 27(2).

³³⁴ Il serait également tenu de se dessaisir en vertu de l'art. 23 du Règlement de Bruxelles (accords d'élection de for), à moins que l'accord d'élection de for ne soit pas conforme au paragraphe premier de cette disposition.

³³⁵ Voir para. 146, *supra*.

instances en matière d'assurance. L'article 13 interdit les accords d'élection de for dérogeant à ces règles, sauf dans certains cas limités³³⁶. L'interdiction des accords d'élection de for ne s'applique pas, toutefois, à divers types d'assurance maritime et aéronautique³³⁷, ni aux « grands risques » définis par le droit communautaire³³⁸. Hormis ces exceptions, un accord d'élection de for dérogeant aux règles de compétence est nul en vertu du Règlement. La Convention, par contre, s'applique à toutes les sortes d'assurance, hormis celles auxquelles est partie une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur)³³⁹. Entre ces deux extrêmes, il existe un certain nombre de contrats d'assurance couverts par la Convention mais auxquels l'interdiction des accords d'élection de for en vertu du Règlement s'applique. C'est dans ces cas qu'un conflit est possible.

303 **Premier exemple**³⁴⁰. Une société d'assurances néerlandaise conclut un contrat d'assurance commerciale avec X, une société résidant en Espagne. Le contrat comporte une clause d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. Le contrat est couvert par l'interdiction des accords d'élection de for à l'article 13 du Règlement. La société d'assurances poursuit X devant le tribunal élu. Le tribunal élu ne peut pas connaître du litige : le Règlement de Bruxelles prime sur la Convention en vertu de l'article 26(6) a) de la Convention.

304 **Second exemple**³⁴¹. Une société d'assurances canadienne constitue une succursale (dépourvue de personnalité morale distincte) en Espagne³⁴². Elle conclut un contrat d'assurance commerciale avec X, une société résidant en Espagne. Le contrat comporte une clause d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. Le contrat est couvert par l'interdiction des accords d'élection de for de l'article 13 du Règlement. La société d'assurances poursuit X devant le tribunal élu. L'article 26(6) a) ne serait pas applicable parce que l'une des parties est résidente dans un État contractant qui n'est pas un État membre de la Communauté européenne (le Canada). Le tribunal de Rotterdam doit connaître du litige.

305 **Deuxième règle de « céder le passage » pour les ORIE**. La deuxième règle de « céder le passage » concernant les conflits avec la réglementation d'une Organisation régionale d'intégration économique est semblable à la troisième règle de « céder le passage » sur les traités incompatibles. Elle figure à l'article 26(6) b) et dispose que la Convention n'affecte pas les règles d'une Organisation régionale d'intégration économique qui ont trait à la reconnaissance ou l'exécution des jugements entre États membres de l'Organisation régionale d'intégration économique. Il existe toutefois une différence importante : il n'est pas prévu que le jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de la Convention.

³³⁶ Les seuls accords d'élection de for autorisés sont ceux (1) conclus après la survenance du litige ; (2) permettant au titulaire du contrat, à l'assuré ou à un bénéficiaire (mais pas à l'assureur) d'engager une procédure devant des tribunaux autres que ceux indiqués par le Règlement ; (3) conclus entre un titulaire et un assureur tous deux domiciliés ou habituellement résidents dans le même État membre et attribuant une compétence aux tribunaux de cet État ; (4) conclus avec un titulaire qui n'est pas domicilié dans un État membre (sauf dans la mesure où l'assurance est obligatoire ou concerne un immeuble situé dans un État membre) ; ou (5) portant sur une assurance couvrant l'un des risques indiqués à l'art. 14 du Règlement.

³³⁷ Art. 13(5) et para. 1 à 4 de l'art. 14 du Règlement.

³³⁸ Art. 14(5) du Règlement, et art. 5 de la Directive No 88/357, JO 1988 L 172, p. 1, modifiant l'art. 5 de la Directive 73/239, JO 1973 L 228 p. 3.

³³⁹ Art. 2(1) a) de la Convention.

³⁴⁰ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

³⁴¹ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

³⁴² En vertu de l'art. 9(2) du Règlement de Bruxelles, la société d'assurances serait réputée domiciliée en Espagne. Selon la Convention, toutefois, elle serait résidente au Canada.

Member State of the European Community; therefore, pursuant to Article 26(6) *a*), the rules of the European Community are not affected by the Convention.

299 Third example.³³⁰ A company resident in Austria and a company resident in Brazil conclude a contract. The contract contains a choice of court clause designating the District Court of Rotterdam. The Austrian company sues the Brazilian company in Austria. The Brazilian company responds by bringing proceedings against the Austrian company before the Rotterdam court. The Rotterdam court must hear the case in accordance with Article 5 of the Convention, since one of the parties (the Brazilian company) is resident in a Contracting State that is not a Member State of the European Community; therefore, Article 26(6) *a*) does not prevent the rules of the Community from being affected by the Convention. Consequently, the Rotterdam court is not permitted to apply the *lis pendens* rule in Article 27 of the Brussels Regulation. On the other hand, the Austrian court would be obliged to dismiss the case both under Article 23 of the Brussels Regulation and under Article 6 of the Convention.

300 Fourth example.³³¹ On the facts set out in the previous paragraph, assume that the Austrian court is not obliged to dismiss the case under Article 6 of the Convention because one of the exceptions to that provision applies. Assume, however, that the obligation to respect the choice of court agreement under Article 23 of the Brussels Regulation – and therefore to dismiss the case – still applies. In such a situation, the Austrian court would be obliged to dismiss the case under Article 23 of the Brussels Regulation. Article 26(6) of the Convention would not apply because there would be no inconsistency between the Convention and the Regulation: the exceptions to Article 6 of the Convention only *allow* the Austrian court to hear the case; they do not *oblige* it to do so. If one compares the third and the fourth example it becomes clear that it makes no difference whether one of the grounds mentioned in Article 6 *a*) to *e*) applies; the court seised but not chosen (which was seised first) would always have to dismiss the case under Article 23 of the Brussels Regulation.

301 Fifth example.³³² A company resident in Austria and a company resident in Brazil conclude a contract. The contract contains a choice of court clause designating the District Court of Rotterdam. The Rotterdam court is seised first. Subsequently, the Austrian company sues the Brazilian company before a court in Austria. The Austrian court would be required to stay or dismiss³³³ the proceedings under Article 27 of the Brussels Regulation (*lis pendens*).³³⁴ It would not be required to consider whether one of the exceptions to Article 6 of the Convention applied because, even if it did, Article 6 would not *require* the Austrian court to hear the case.³³⁵ Consequently, Article 26(6) *a*) of the Convention would not affect the application of the Brussels Regulation by the Austrian court.

302 Insurance. Articles 8 to 14 of the Brussels Regulation lay down rules on jurisdiction for proceedings relating

to insurance. Article 13 forbids choice of court agreements that depart from these rules, except in certain limited situations.³³⁶ The prohibition against choice of court agreements does not, however, apply to various kinds of marine and aviation insurance,³³⁷ nor does it apply to “large risks” as defined by Community law.³³⁸ Outside these exceptions, a choice of court agreement that departs from the jurisdictional rules on insurance is invalid under the Regulation. The Convention, on the other hand, applies to all kinds of insurance, except those to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party.³³⁹ Between these two extremes, there are a number of insurance contracts that are covered by the Convention but to which the ban on choice of court agreements under the Regulation applies. It is in these cases that a conflict is possible.

303 First example.³⁴⁰ A Dutch insurance company enters into a contract of commercial insurance with X, a company resident in Spain. The contract contains a choice of court clause specifying the Rotterdam District Court. The contract is covered by the prohibition on choice of court agreements in Article 13 of the Regulation. The insurance company sues X before the chosen court. The chosen court cannot hear the case: the Brussels Regulation overrides the Convention by virtue of Article 26(6) *a*) of the Convention.

304 Second example.³⁴¹ A Canadian insurance company establishes a branch office (not separately incorporated) in Spain.³⁴² It enters into a contract of commercial insurance with X, a company resident in Spain. The contract contains a choice of court clause specifying the Rotterdam District Court. The contract is covered by the prohibition on choice of court agreements in Article 13 of the Regulation. The insurance company sues X before the chosen court. Article 26(6) *a*) would not apply because one of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the European Community (Canada). The Rotterdam court must hear the case.

305 Second REIO “give-way” rule. The second “give-way” rule on conflicts with the legislation of a Regional Economic Integration Organisation is similar to the third “give-way” rule on conflicting treaties. It is contained in Article 26(6) *b*) and provides that the Convention will not affect the rules of a Regional Economic Integration Organisation concerning the recognition or enforcement of judgments between Member States of the Regional Economic Integration Organisation. There is, however, one important difference: there is no provision that the judgment may not be recognised or enforced to a lesser extent than under the Convention.

³³⁰ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

³³¹ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

³³² It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

³³³ It would be required to stay the proceedings under Art. 27(1) until such time as the jurisdiction of the Rotterdam court was established; then it would be required to dismiss the proceedings under Art. 27(2).

³³⁴ It would also be required to dismiss the proceedings under Art. 23 of the Brussels Regulation (choice of court agreements), unless the choice of court agreement did not comply with para. 1 of that provision.

³³⁵ See para. 145, *supra*.

³³⁶ The only choice of court agreements permitted are those that: (1) are entered into after the dispute has arisen; (2) allow the policyholder, the insured or a beneficiary (but not the insurer) to bring proceedings in courts other than those indicated by the Regulation; (3) are concluded between a policyholder and an insurer both of whom are domiciled or habitually resident in the same Member State and which confer jurisdiction on the courts of that State; (4) are concluded with a policyholder who is not domiciled in a Member State (except in so far as the insurance is compulsory or related to immovable property in a Member State) or (5) relate to insurance that covers one of the risks set out in Art. 14 of the Regulation.

³³⁷ Art. 13(5) and paras 1 to 4 of Art. 14 of the Regulation.

³³⁸ Art. 14(5) of the Regulation, and Art. 5 of Directive No 88/357, OJ 1988 L 172, p. 1, amending Art. 5 of Directive No 73/239, OJ 1973 L 228, p. 3.

³³⁹ Art. 2(1) *a*) of the Convention.

³⁴⁰ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

³⁴¹ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

³⁴² Under Art. 9(2) of the Brussels Regulation, the insurance company would be deemed to be domiciled in Spain. However, under the Convention, it would be resident in Canada.

306 **Le Règlement de Bruxelles.** En général, le Règlement de Bruxelles prévoit un degré de reconnaissance et d'exécution *plus élevé* que la Convention. Dans une large mesure, la reconnaissance et l'exécution sont de plein droit en vertu du Règlement. Les motifs de refus, exposés aux articles 33 à 37 du Règlement, sont plus limités que les motifs de refus en vertu de l'article 9 de la Convention. De sorte que l'absence d'une disposition prévoyant que le jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de la Convention n'a pas grande importance en ce qui concerne le Règlement de Bruxelles. L'assurance constitue toutefois une exception.

307 **Assurance.** L'article 35(1) du Règlement dispose qu'un jugement ne sera pas reconnu s'il est en conflit avec la section 3 du chapitre II. Cette section comporte les articles 8 à 14, qui (comme nous l'avons vu³⁴³) prévoient des règles de compétence pour les procédures en matière d'assurance. L'article 13 du Règlement interdit les accords d'élection de for dérogeant à ces règles, sauf dans certains cas limités³⁴⁴. Hors ces exceptions limitées, un accord d'élection de for dérogeant aux règles de compétence en matière d'assurance est nul en vertu du Règlement³⁴⁵. Cela signifie que, lorsque les articles 8 à 14 priment sur la Convention du fait de la première règle de « céder le passage » pour les ORIE (art. 26(6) *a*) de la Convention), un jugement rendu en violation de ces dispositions par un tribunal d'un État membre de la Communauté européenne ne sera reconnu ou exécuté dans aucun autre État membre de la Communauté européenne. Dans ce seul cas exceptionnel, le Règlement de Bruxelles est moins favorable à la reconnaissance et à l'exécution que la Convention.

308 Lorsque, par contre, la Convention prime sur le Règlement (parce que l'une des parties est résidente d'un État contractant extérieur à la Communauté européenne), les articles 8 à 14 du Règlement ne seraient pas applicables, de sorte que la règle de l'article 35(1) du Règlement ne s'appliquerait pas. Par conséquent, le jugement serait reconnu et exécuté en vertu de la Convention³⁴⁶.

309 **Premier exemple**³⁴⁷. Une société d'assurances néerlandaise conclut un contrat d'assurance commerciale avec X, une société résidant en Espagne. Le contrat comporte une clause d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. Le contrat est couvert par l'interdiction des accords d'élection de for à l'article 13 du Règlement. La société d'assurances poursuit X devant le tribunal élu. Le tribunal élu ne peut pas connaître du litige : le Règlement de Bruxelles prime sur la Convention en vertu de l'article 26(6) *a* de la Convention. Si le tribunal de Rotterdam connaît néanmoins du litige, son jugement n'aura pas droit à la reconnaissance et à l'exécution en vertu de la Convention en Espagne. En vertu de l'article 26(6) *b* de la Convention, les dispositions du Règlement de Bruxelles priment sur celles de la Convention, et en vertu de l'article 35(1) du Règlement, le jugement ne sera pas reconnu car il est contraire à l'article 13 du Règlement (figurant dans la section 3 du chapitre II).

310 **Second exemple**³⁴⁸. Une société d'assurances canadienne constitue une succursale (dépourvue de personnalité morale distincte) en Espagne³⁴⁹. Elle conclut un contrat d'assurance commerciale avec X, une société résidant en Espagne. Le contrat comporte une clause d'élection de for désignant le Tribunal de district de Rotterdam. Le contrat est couvert par l'interdiction des accords d'élection de for à l'article 13 du Règlement. La société d'assurances assigne X devant le tribunal élu. L'article 26(6) *a* ne sera pas applicable parce que l'une des parties est résidente dans un État contractant qui n'est pas un État membre de la Communauté européenne (le Canada). Le tribunal de Rotterdam doit connaître du litige. Son jugement sera reconnu et exécuté en Espagne en vertu du Règlement de Bruxelles. L'article 35(1) du Règlement ne s'appliquera pas, car les dispositions interdisant les accords d'élection de for dans les contrats d'assurance figurant à l'article 13 du règlement ne seront pas applicables à l'espèce.

Article 27 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

311 L'article 27 traite des manières dont un État peut devenir Partie à la Convention. Tout État peut devenir Partie au moyen d'une signature suivie d'une ratification, acceptation ou approbation, ou par voie d'adhésion. (Dans certaines autres conventions de La Haye, un État adhérent est dans une position moins favorable qu'un État ratifiant, car l'adhésion à ces conventions est soumise à l'agrément des États qui sont déjà Parties. Ce n'est pas le cas de cette Convention.) Quelle que soit la méthode choisie par l'État souhaitant devenir Partie, le statut qui en résulte est identique. En vue de faciliter une large participation à la Convention, le soin de décider de la méthode la plus commode pour eux a été laissé aux États. Les instruments correspondants sont déposés auprès du Ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

Article 28 – Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés

312 L'article 28 traite des États composés de deux ou plusieurs unités territoriales³⁵⁰. Il permet à un tel État de déclarer que la Convention ne s'appliquera qu'à certaines de ses unités territoriales. Ainsi, le Royaume-Uni pourrait signer et ratifier, ou adhérer, pour l'Angleterre seulement, et la Chine pour Hong Kong seulement. Une telle déclaration peut être modifiée à tout moment. Cette disposition est d'une importance particulière pour les États dans lesquels il faudrait faire adopter la législation nécessaire pour donner effet à la Convention par les organes législatifs des unités (par exemple, les législatures des provinces et territoires au Canada).

Article 29 – Organisations régionales d'intégration économique

313 Les articles 29 et 30 prévoient la possibilité pour une Organisation régionale d'intégration économique de devenir Partie à la Convention³⁵¹. Deux situations sont possibles.

³⁴³ Voir *supra*, para. 302.

³⁴⁴ Voir *supra*, note 336.

³⁴⁵ Voir *supra*, para. 302.

³⁴⁶ Toute autre solution entraînerait le résultat absurde que le tribunal élu aurait le droit de connaître du litige et y serait tenu, mais que son jugement ne serait pas reconnu ou exécuté. Comme aucun tribunal autre que le tribunal élu ne pourrait connaître du litige, il serait impossible d'obtenir un jugement auprès d'un tribunal d'un État membre de la Communauté européenne qui serait reconnu et exécuté dans les autres États membres de la Communauté européenne. Les assureurs extérieurs à la Communauté européenne seraient alors forcés de désigner un tribunal extérieur à la Communauté européenne afin de garantir que le jugement qui en résulte soit reconnu au sein de la Communauté européenne.

³⁴⁷ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

³⁴⁸ Il est rappelé que dans tous les exemples donnés dans le présent Rapport, on suppose (sauf indication contraire expresse) que la Convention est en vigueur et que les États mentionnés y sont Parties : voir la déclaration ci-dessus, p. 788.

³⁴⁹ En vertu de l'art. 9(2) du Règlement de Bruxelles, la société d'assurances serait réputée domiciliée en Espagne. Selon la Convention, toutefois, elle serait résidente au Canada.

³⁵⁰ Cet article ne s'applique pas aux Organisations régionales d'intégration économique.

³⁵¹ Il a été convenu lors de la Session diplomatique que le terme « Organisation régionale d'intégration économique » devrait avoir un sens autonome (indépendant du droit de tout État) et être d'interprétation souple afin d'inclure les organisations intra-régionales et transrégionales ainsi que les organisations dont le mandat dépasse les questions économiques. Voir le Procès-verbal No 21 de la Vingtième session, Commission II, para. 49 à 61.

306 **The Brussels Regulation.** In general, the Brussels Regulation provides for a *greater* degree of recognition and enforcement than the Convention. To a large extent, recognition and enforcement are automatic under the Regulation. The grounds of refusal, set out in Articles 33 to 37 of the Regulation, are more restricted than the grounds of refusal under Article 9 of the Convention. So the absence of a provision that the judgment may not be recognised or enforced to a lesser extent than under the Convention is not of great importance in so far as the Brussels Regulation is concerned. Insurance is, however, an exception.

307 **Insurance.** Article 35(1) of the Regulation provides that a judgment will not be recognised if it conflicts with Section 3 of Chapter II. This Section contains Articles 8 to 14, which (as we have seen³⁴³) lay down rules on jurisdiction for proceedings relating to insurance. Article 13 of the Regulation forbids choice of court agreements that depart from these rules, except in certain limited cases.³⁴⁴ Outside these limited exceptions, a choice of court agreement that departs from the jurisdictional rules on insurance is invalid under the Regulation.³⁴⁵ This means that, where Articles 8 to 14 of the Regulation prevail over the Convention by reason of the first REIO “give-way” rule (Art. 26(6) *a*) of the Convention), a judgment given contrary to those provisions by a court in a Member State of the European Community would not be recognised or enforced in any other Member State of the European Community. In this one exceptional case, the Brussels Regulation is less favourable to recognition and enforcement than the Convention.

308 Where, on the other hand, the Convention prevails over the Regulation (because one of the parties is resident in a Contracting State outside the European Community), Articles 8 to 14 of the Regulation would not be applicable; so the rule in Article 35(1) of the Regulation would not apply. Consequently, the judgment would be recognised and enforced under the Regulation.³⁴⁶

309 **First example.**³⁴⁷ A Dutch insurance company enters into a contract of commercial insurance with X, a company resident in Spain. The contract contains a choice of court clause specifying the Rotterdam District Court. The contract is covered by the prohibition on choice of court agreements in Article 13 of the Regulation. The insurance company sues X before the chosen court. The chosen court cannot hear the case: the Brussels Regulation overrides the Convention by virtue of Article 26(6) *a*) of the Convention. If the Rotterdam court nevertheless hears the case, its judgment will not be entitled to recognition or enforcement under the Convention in Spain. Under Article 26(6) *b*) of the Convention, the provisions of the Brussels Regulation prevail over those of the Convention, and, under Article 35(1) of the Regulation, the judgment will not be recognised, since it conflicts with Article 13 of the Regulation (contained in Section 3 of Chapter II).

310 **Second example.**³⁴⁸ A Canadian insurance company establishes a branch office (not separately incorporated) in Spain.³⁴⁹ It enters into a contract of commercial insurance with X, a company resident in Spain. The contract contains a choice of court clause specifying the Rotterdam District Court. The contract is covered by the prohibition on choice of court agreements in Article 13 of the Regulation. The insurance company sues X before the chosen court. Article 26(6) *a*) would not apply because one of the parties is resident in a Contracting State that is not a Member State of the European Community (Canada). The Rotterdam court must hear the case. Its judgment will be recognised and enforced in Spain under the Brussels Regulation. Article 35(1) of the Regulation will not apply, since the provisions forbidding choice of court agreements in insurance contracts contained in Article 13 of the Regulation would not be applicable to the case.

Article 27 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession

311 Article 27 is concerned with the ways in which a State may become a Party to the Convention. Any State may become a Party to it either by signature followed by ratification, acceptance or approval, or by accession. (In some other Hague conventions, an acceding State is in a less favourable position than a ratifying State, since accession to those conventions is subject to the agreement of the States that are already Parties. This is not the case with the Convention.) Whatever method is adopted by a State wishing to become a Party, the resulting status is the same. With a view to facilitating widespread adherence to the Convention, it is left to States to choose whichever method is most convenient for them. The relevant instruments are deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, the depositary of the Convention.

Article 28 – Declarations with respect to non-unified legal systems

312 Article 28 is concerned with States that consist of two or more territorial units.³⁵⁰ It permits such a State to declare that the Convention will extend only to some of its territorial units. Thus, the United Kingdom could sign and ratify, or accede, for England only, and China for Hong Kong only. Such a declaration may be modified at any time. This provision is particularly important for States in which the legislation necessary to give effect to the Convention would have to be passed by the legislatures of the units (for example, by provincial and territorial legislatures in Canada).

Article 29 – Regional Economic Integration Organisations

313 Articles 29 and 30 make provision for a Regional Economic Integration Organisation to become a Party to the Convention.³⁵¹ There are two possibilities. The first is where both the Regional Economic Integration Organisation and its

³⁴³ Para. 302, *supra*.

³⁴⁴ See note 336, *supra*.

³⁴⁵ See para. 302, *supra*.

³⁴⁶ Any other solution would have the absurd result that the chosen court would be entitled and required to hear the case, but its judgment would not be recognised or enforced. Since no court other than the chosen court could hear the case, it would be impossible to obtain a judgment from a court in a Member State of the European Community that would be recognised and enforced in other Member States of the European Community. Insurers from outside the European Community would then be forced to designate a court outside the European Community in order to ensure that the resulting judgment would be recognised within the European Community.

³⁴⁷ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

³⁴⁸ It will be remembered that in all examples given in this Report it is assumed, unless explicitly stated otherwise, that the Convention is in force and that the States mentioned are Parties to it: see the statement on p. 789, *supra*.

³⁴⁹ Under Art. 9(2) of the Brussels Regulation, the insurance company would be deemed to be domiciled in Spain. However, under the Convention, it would be resident in Canada.

³⁵⁰ This Article does not apply to Regional Economic Integration Organisations.

³⁵¹ It was agreed by the Diplomatic Session that “Regional Economic Integration Organisation” should have an autonomous meaning (not dependent on the law of any State) and that it should be interpreted flexibly to include sub-regional and trans-regional organisations as well as organisations whose mandate extends beyond economic matters: see Minutes No 21 of the Twentieth Session, Commission II, paras 49 to 61.

Dans la première, l'Organisation régionale d'intégration économique et ses États membres deviennent Parties. Cela pourra se produire s'ils jouissent d'une compétence externe concurrente sur la matière de la Convention (compétence conjointe), ou si certaines questions relèvent de la compétence externe de l'Organisation régionale d'intégration économique et d'autres de celle des États membres (ce qui entraînerait une compétence partagée ou mixte à l'égard de la Convention dans son ensemble). Dans la seconde, l'Organisation régionale d'intégration économique seule devient Partie à la Convention. Cela pourra se produire lorsqu'elle jouit d'une compétence externe exclusive pour la matière faisant l'objet de la Convention. En pareil cas, les États membres seront liés par la Convention par le biais de l'accord de l'Organisation régionale d'intégration économique.

314 L'article 29 traite de la première situation. Il permet aux Organisations régionales d'intégration économique constituées uniquement d'États souverains de devenir Parties à la Convention si elles disposent d'une compétence externe sur tout ou partie des matières traitées par la Convention. Dans la mesure où elle dispose de cette compétence externe, l'Organisation régionale d'intégration économique a les mêmes droits et obligations qu'un État contractant. En pareil cas, elle doit indiquer au dépositaire les matières pour lesquelles elle a une compétence externe, et toute modification à cet égard³⁵².

Article 30 – Adhésion par une Organisation régionale d'intégration économique sans ses États membres

315 L'article 30 traite de la seconde situation, où l'Organisation régionale d'intégration économique seule devient Partie. En ce cas, l'Organisation régionale d'intégration économique pourra déclarer que ses États membres sont liés par la Convention³⁵³.

316 **Signification du terme «État».** Lorsqu'une Organisation régionale d'intégration économique devient Partie à la Convention – que ce soit en vertu de l'article 29 ou de l'article 30 –, toute référence dans la Convention à un «État contractant» ou un «État» s'applique également, le cas échéant, à l'Organisation régionale d'intégration économique. Cette disposition correspond à l'article 25(1). Sa signification a déjà été examinée³⁵⁴. Il faut toutefois noter que l'article 26(6) constitue une *lex specialis* à l'égard des articles 29 et 30 en ce qui concerne l'application des instruments juridiques d'une Organisation régionale d'intégration économique. Lorsque la Convention ne cède pas la primauté à un tel instrument en vertu de l'article 26(6), l'utilisation des articles 29 ou 30 pour justifier l'application de l'instrument au lieu de la Convention est exclue.

Article 31 – Entrée en vigueur

317 L'article 31 précise la date d'entrée en vigueur de la Convention, soit le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Des règles semblables sont prévues pour déterminer la date d'entrée en vigueur de la Convention pour une Organisation régionale d'intégration économique ou un État donné qui y deviendrait Partie par la suite³⁵⁵, et pour une unité territoriale à laquelle elle a été étendue en vertu de l'article 28(1)³⁵⁶.

³⁵² Art. 29(2).

³⁵³ Art. 29(4). Ce sera le cas, par ex., en vertu de l'art. 300(7) du *Traité instituant la Communauté européenne*.

³⁵⁴ Voir *supra*, para. 258 à 260, 17, 107 et 128 à 131.

³⁵⁵ Art. 31(2) a).

³⁵⁶ Art. 31(2) b).

Réserves

318 La Convention ne comporte aucune disposition interdisant les réserves. Cela signifie que les réserves sont autorisées, sous réserve des règles normales du droit international coutumier (telles que les traduitent l'art. 2(1) d) et les art. 19 à 23 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969).

319 Toutefois, la Session diplomatique a adopté la déclaration suivante :

« *L'avis de cette Commission est qu'aucune réserve ne devrait être encouragée d'une manière quelconque et que lorsqu'un État souhaite faire une réserve, elle ne devrait être faite que lorsqu'un État a un important intérêt à cet égard ; elle ne devrait pas être plus large que nécessaire, et devrait être définie de manière claire et précise ; elle ne devrait pas traiter d'une question précise pouvant faire l'objet d'une déclaration ; et elle ne devrait pas être préjudiciable à l'objet et à la cohérence de la Convention.*

Cette position exprimée par la Commission a des effets limités à cette seule Convention et ne doit en aucune manière être considérée comme concernant une quelconque future Convention de la Conférence de La Haye. »³⁵⁷

Article 32 – Déclarations

320 Les déclarations visées aux articles 19, 20, 21, 22 et 26 peuvent être faites lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ou à tout moment ultérieur, et pourront être modifiées ou retirées à tout moment. Elles doivent être faites auprès du dépositaire (le Ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas).

321 Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion prendra effet au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné. Une déclaration faite par la suite, et tout retrait ou modification d'une déclaration, prendront effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Une déclaration en vertu des articles 19, 20, 21 et 26 ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for conclus avant son entrée en vigueur³⁵⁸.

Article 33 – Dénonciation

322 L'article 33 dispose qu'un État contractant peut dénoncer la Convention au moyen d'une notification écrite au dépositaire. La dénonciation peut être limitée à certaines unités territoriales d'un système juridique non unifié auquel la Convention s'applique. La dénonciation entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsque la notification prévoit une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation, la dénonciation prendra effet à l'expiration de cette période plus longue après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 34 – Notifications par le dépositaire

323 L'article 34 impose au dépositaire d'aviser les Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, et

³⁵⁷ Voir le Procès-verbal No 23 de la Vingtième session, Commission II, para. 1 à 31, et plus particulièrement les para. 29 à 31.

³⁵⁸ L'art. 22 n'est pas mentionné ici ; de ce fait, la déclaration de l'art. 22 peut aussi couvrir des accords d'élection de for conclus avant la date à laquelle la déclaration prend effet en vertu de l'art. 32(3) ou (4), voir *supra*, para. 253 et s.

Member States become Parties. This might occur if they enjoy concurrent external competence over the subject matter of the Convention (joint competence), or if some matters fall within the external competence of the Regional Economic Integration Organisation and others within that of the Member States (which would result in shared or mixed competence for the Convention as a whole). The second possibility is where the Regional Economic Integration Organisation alone becomes a Party. This might occur where it has exclusive external competence over the subject matter of the Convention. In such a case, the Member States would be bound by the Convention by virtue of the agreement of the Regional Economic Integration Organisation.

314 Article 29 is concerned with the first possibility. It permits Regional Economic Integration Organisations constituted solely by sovereign States to become Parties to the Convention if they possess external competence over some or all of the matters covered by it. To the extent that it has such external competence, the Regional Economic Integration Organisation has the same rights and obligations as a Contracting State. Where this is the case, it must notify the depositary of the matters for which it has external competence, and of any changes in this regard.³⁵²

Article 30 – Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States

315 Article 30 is concerned with the second possibility, where the Regional Economic Integration Organisation alone becomes a Party. Where this occurs, the Regional Economic Integration Organisation may declare that its Member States are bound by the Convention.³⁵³

316 **Meaning of “State”.** Where a Regional Economic Integration Organisation becomes a Party to the Convention – whether under Article 29 or under Article 30 – any reference in the Convention to “Contracting State” or to “State” applies equally, where appropriate, to the Regional Economic Integration Organisation. This provision parallels Article 25(1). Its effect has already been discussed.³⁵⁴ It should be noted, however, that Article 26(6) is a *lex specialis* to Articles 29 and 30 as far as the application of legal instruments of a Regional Economic Integration Organisation is concerned. Where the Convention does not give way to such an instrument under Article 26(6), it is not possible to use Articles 29 or 30 to justify the application of the instrument instead of the Convention.

Article 31 – Entry into force

317 Article 31 specifies when the Convention will enter into force. This will be on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession. Similar rules are laid down for when it comes into force for a given State or Regional Economic Integration Organisation that subsequently becomes a Party to it,³⁵⁵ and for a territorial unit to which it has been extended under Article 28(1).³⁵⁶

³⁵² Art. 29(2).

³⁵³ Art. 29(4). This would be the case, for example, under Art. 300(7) of the *Treaty establishing the European Community*.

³⁵⁴ See paras 258 to 260, 17, 107 and 128 to 131, *supra*.

³⁵⁵ Art. 31(2) *a*).

³⁵⁶ Art. 31(2) *b*).

Reservations

318 The Convention does not contain any provision prohibiting reservations. This means that reservations are permitted, subject to the normal rules of customary international law (as reflected in Art. 2(1) *d*) and Art. 19 to 23 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties* 1969).

319 The following statement was, however, adopted by the Diplomatic Session:

“It is the understanding of this Commission that no reservation should be encouraged in any way and that whenever a State wants to make a reservation – it should be made only if a State has a strong interest to do so; it should be no broader than necessary and be defined clearly and precisely; it should not deal with a specific matter that can be the object of a declaration; and it should not be detrimental to the object and purpose and to the coherence of the Convention.

*This position as expressed by this Commission has effects limited only to this Convention and it shall in no way be considered as related to any future Convention of the Hague Conference.”*³⁵⁷

Article 32 – Declarations

320 The declarations referred to in Articles 19, 20, 21, 22 and 26 may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time. They are made to the depositary (the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands).

321 A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession takes effect simultaneously with the entry into force of the Convention for the State concerned. A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, takes effect on the first day of the month following the expiration of three months after the date on which the notification is received by the depositary. A declaration under Articles 19, 20, 21 and 26 does not apply to exclusive choice of court agreements concluded before it takes effect.³⁵⁸

Article 33 – Denunciation

322 Article 33 provides that a Contracting State may denounce the Convention by a notification in writing to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which the Convention applies. The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the depositary.

Article 34 – Notifications by the depositary

323 Article 34 requires the depositary to notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and

³⁵⁷ See Minutes No 23 of the Twentieth Session, Commission II, paras 1 to 31, in particular paras 29 to 31.

³⁵⁸ Art. 22 is not mentioned here; hence an Art. 22 declaration may also cover choice of court agreements concluded prior to the date on which the declaration took effect under Art. 32(3) or (4); see paras 253 *et seq.*, *supra*.

autres États et Organisations régionales d'intégration économique ayant signé, ratifié, accepté ou approuvé la Convention ou y ayant adhéré, de diverses matières concernant la Convention, telles que les signatures, ratifications, entrées en vigueur, déclarations et dénonciations.

other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded to the Convention, of various matters relevant to the Convention, such as signatures, ratifications, entry into force, declarations and denunciations.