

**Observations sur le Rapport relatif à l'application du Règlement de Bruxelles I dans les  
Etats membres de l'Union européenne, dit « Rapport Schlosser »<sup>1</sup>**

---

**22 mai 2008**

*Groupe de travail ICC - France*

**Président :** Philippe Pinsolle (Avocat, Shearman & Sterling)

**Membres :** Edouard Bertrand (Avocat, Campbell Philippart Laigo & Associés)  
Louis Degos (Avocat, Eversheds)  
Yves Derains (Avocat, Derains & Associés)  
Emmanuel Gaillard (Avocat, Shearman & Sterling)  
Serge Lazareff (Avocat, Lazareff & Associés)  
Alexis Mourre (Avocat, Castaldi Mourre & Partners)  
José Rosell (Avocat, Hughes Hubbard & Reed)

---

<sup>1</sup> B. Hess, T. Pfeiffer and P. Schlosser, Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, Study JLS/C4/2005/03, Final Version September 2007

On résumera brièvement les propositions du Rapport Schlosser concernant l'arbitrage (I), avant de formuler des observations d'ordre technique (II) et des observations ayant trait à l'opportunité des mesures proposées (III). On conclura par une résolution (IV).

## **I. RESUME DU RAPPORT SCHLOSSER**

On rappellera le contexte dans lequel ce Rapport a été élaboré (A), les constatations qu'il opère (B) et les propositions qu'il avance (C).

### **A. Contexte de l'élaboration du Rapport**

L'article 73 du Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, prévoyait qu'au plus tard cinq ans après son entrée en vigueur<sup>2</sup>, la Commission présenterait au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un « rapport relatif à l'application du règlement », accompagné, le cas échéant, de « propositions visant à adapter le règlement ».

Pour préparer son propre rapport, qui n'a pas encore été publié, la Commission a commandé deux études : l'une portant sur l'application du Règlement 44/2001 sur le territoire de l'Union européenne, l'autre sur la compétence résiduelle des tribunaux des Etats membres.

La première de ces deux études a été rédigée par les professeurs Burkhard Hess, Thomas Pfeiffer et Peter Schlosser, de l'Université de Munich. La méthodologie utilisée a consisté à adresser trois questionnaires à des personnalités de 24 pays membres, pour la plupart avocats, juges et hommes d'affaires, « familiers du contentieux international sur le territoire de l'Union européenne », et à mener différents entretiens<sup>3</sup>. Ces questionnaires et entretiens ont conduit à l'élaboration de 24 rapports nationaux, à partir desquels a été rédigé le rapport de synthèse présenté par les professeurs Hess, Pfeiffer et Schlosser (Rapport Schlosser).

---

<sup>2</sup> Le Règlement 44/2001 est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002.

<sup>3</sup> B. Hess, T. Pfeiffer and P. Schlosser, Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, Study JLS/C4/2005/03, Final Version September 2007, para. 4.

La question de l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement 44/2001 est abordée aux pages 49 à 65 du Rapport<sup>4</sup>.

## **B. Constatations du Rapport Schlosser**

Les constatations du Rapport Schlosser sont doubles. Après avoir constaté que la quasi-totalité des rapports nationaux et des personnes interrogées ainsi que la doctrine dominante étaient largement opposés à l'extension du champ d'application du Règlement 44/2001 à la matière de l'arbitrage (1), le Rapport affirme que les problèmes pratiques relatifs à l'exclusion de l'arbitrage ne sauraient être « *dissimulés* » plus longtemps, et que ces difficultés justifieraient une réforme d'envergure (2).

### *1. L'extension du Règlement 44/2001 à la matière de l'arbitrage a fait l'objet d'un rejet quasi-unanime*

Le Rapport rappelle d'abord les raisons qui ont justifié l'exclusion de l'arbitrage de la Convention de Bruxelles en 1968<sup>5</sup>. Ces raisons ont été exprimées dans le rapport Jenard de 1979<sup>6</sup> et ont fait l'objet d'un « *large consensus* »<sup>7</sup>, en particulier sur le fait que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales était assurée de manière efficace par la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>8</sup>.

Le Rapport Schlosser rappelle par ailleurs que l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement 44/2001 doit être interprétée de manière large, conformément aux enseignements du rapport Jenard et à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : cette exclusion concerne non seulement la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, mais également les procédures devant les tribunaux étatiques en relation avec l'arbitrage, que ces procédures aient une fonction de support de la

---

<sup>4</sup> L'article 1 (2) (d) du Règlement 44/2001 prévoit en effet, dans le Chapitre I consacré au « *Champ d'application* », qu'est « *exclu de son [champ d'] application [...] l'arbitrage* ».

<sup>5</sup> Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO n° L 299 du 31 décembre 1972, pages 0032-0042.

<sup>6</sup> Rapport de M. P. Jenard sur la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO 1979, C 59/1.

<sup>7</sup> B. Hess, T. Pfeiffer and P. Schlosser, *op. cit.*, para. 106.

<sup>8</sup> *Ibid.*, para. 106.

procédure arbitrale, de contrôle de la procédure ou de reconnaissance et d'exécution de la sentence<sup>9</sup>.

Le Rapport constate ensuite que les raisons qui ont justifié l'exclusion de l'arbitrage de la Convention de Bruxelles de 1968 et du Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 sont toujours d'actualité, puisque la quasi-totalité des rapports nationaux et la grande majorité des personnes interrogées se sont déclarés opposés à l'extension du champ d'application du Règlement 44/2001 à l'arbitrage et à la médiation :

*« Most of the national reports adopted a critical attitude towards a possible extension of the Judgment Regulation to arbitration and mediation. Similarly, most of the interviewed stakeholders did not see any need for an extension since the 1958 New York Convention was working very well »*<sup>10</sup>.

En dépit de ces constatations, le Rapport Schlosser conclut que les prétendus problèmes résiduels d'application du Règlement 44/2001 en relation avec la Convention de New York de 1958 sont tels qu'ils ne sauraient être *« dissimulés plus longtemps »*<sup>11</sup>, et qu'ils justifient la réforme, alors même, de l'aveu du Rapport, que ces problèmes se rencontrent *« très rarement »*<sup>12</sup>.

## 2. Les prétendus « problèmes pratiques » d'application du Règlement 44/2001 justifiant la réforme

Selon le Rapport Schlosser, les difficultés pratiques alléguées d'application du Règlement 44/2001 en relation avec l'arbitrage seraient de quatre ordres.

Elles concerneraient, en premier lieu, la mise en œuvre des clauses compromissoires sur le territoire de l'Union, notamment la reconnaissance des jugements déclaratoires sur la validité de ces clauses, ou l'efficacité des *anti-suit injunctions* enjoignant aux parties d'avoir ou non recours aux juridictions nationales. Le Rapport constate qu'aux termes de la jurisprudence rendue sur le territoire de l'Union, les jugements déclaratoires sur la validité d'une clause

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, para. 107.

<sup>10</sup> *Ibid.*, para. 108-114.

<sup>11</sup> *« The practical problems relating to the exclusion of arbitration can no longer be dissimulated »*, *ibid.*, para. 115.

<sup>12</sup> *« This situation is not satisfactory, although in practice, it occurs very seldom »*, *ibid.*, para. 121.

compromissoire ne bénéficient pas des dispositions du Règlement 44/2001, du fait de l'exclusion générale de l'arbitrage formulée à l'article (1) (2) (d). Une clause compromissoire peut donc être déclarée valable dans un Etat et nulle dans un autre, avec pour conséquence l'éventuelle existence de jugements et de sentences contradictoires sur le territoire de l'Union<sup>13</sup>.

En deuxième lieu, le Rapport Schlosser mentionne les mesures de soutien à l'arbitrage, comme la nomination d'un arbitre, l'octroi de mesures provisoires ou l'obtention de preuves. L'objectif serait d'instaurer un chef de compétence unique afin de supprimer l'éventuelle « *compétition* » entre juridictions de plusieurs Etats membres en relation avec une même procédure arbitrale<sup>14</sup>.

Le Rapport évoque, en troisième lieu, les difficultés relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements rendus en violation d'une clause compromissoire. Selon le Rapport, la pratique des Etats en matière de reconnaissance des jugements rendus en violation d'une clause compromissoire ne serait pas cohérente, certains Etats refusant la reconnaissance de ces jugements sur le fondement de l'ordre public, d'autres leur accordant le bénéfice des dispositions du Règlement 44/2001 en vertu de l'article 32, qu'ils aient ou non été rendus en violation d'une clause compromissoire<sup>15</sup>.

En dernier lieu, le Rapport Schlosser mentionne les éventuels conflits pouvant survenir entre procédures d'arbitrage et procédures devant les tribunaux nationaux, lorsqu'une clause compromissoire est déclarée valide dans un Etat et nulle dans un autre<sup>16</sup>.

### ***C. Propositions***

Sur la base de ces constatations, le Rapport formule quatre séries de propositions :

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, para. 117, 121.

<sup>14</sup> *Ibid.*, para. 118.

<sup>15</sup> *Ibid.*, para. 119. L'article 32 est rédigé de la manière suivante : « *On entend par décision, au sens du présent règlement, toute décision rendue par une juridiction d'un Etat membre quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès* ».

<sup>16</sup> *Ibid.*, para. 120.

1. *Suppression de l'exclusion de l'arbitrage des dispositions de l'article 1 (2) du Règlement 44/2001*

En premier lieu, le Rapport Schlosser propose de supprimer l'exclusion générale de l'arbitrage prévue par l'Article 1 (2) (d) du Règlement. Le Rapport considère que grâce à cette proposition, « *le danger de décisions contradictoires sur l'efficacité des clauses compromissaires serait réduit* »<sup>17</sup>.

La conséquence pratique est majeure : toute décision rendue par un tribunal d'un Etat membre en matière d'arbitrage serait automatiquement reconnue dans les autres<sup>18</sup>. Compte tenu du caractère général de la suppression de l'exclusion sur l'arbitrage, ce principe de reconnaissance automatique s'appliquerait donc non seulement aux décisions de nomination d'arbitres ou de récusation, mais aussi aux décisions rendues en matière de validité ou d'efficacité de conventions d'arbitrage, d'annulation de sentences ou de reconnaissance de sentences étrangères.

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, para. 122-124, 131.

<sup>18</sup> Les cas de non-reconnaissance sont très limités dans le Règlement. Les articles 33 et 34 du Règlement prévoient que :

Article 33 :

« 1. *Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.*

2. *En cas de contestation, toute partie intéressée qui invoque la reconnaissance à titre principal peut faire constater, selon les procédures prévues aux sections 2 et 3 du présent chapitre, que la décision doit être reconnue.*

3. *Si la reconnaissance est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État membre, celle-ci est compétente pour en connaître ».*

Article 34 :

« Une décision n'est pas reconnue si :

1) *la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis ;*

2) *l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire ;*

3) *elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État membre requis ;*

4) *elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque la décision rendue antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis ».*

Selon les rédacteurs du Rapport Schlosser, il n'en résulterait pas une soumission totale de l'arbitrage aux dispositions du Règlement 44/2001, le maintien des règles issues de la convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères étant assuré par l'article 71 du Règlement<sup>19</sup>. Compte tenu des conséquences des propositions du Rapport, le maintien de ces règles n'aurait pourtant guère de portée pratique.

2. *Compétence exclusive des tribunaux du siège de l'arbitrage pour statuer sur les mesures de soutien à l'arbitrage*

Pour éviter les conflits de juridiction en matière de mesures dites de soutien à l'arbitrage (qui comprennent l'obtention de preuves), le Rapport Schlosser propose d'introduire un nouvel article 22 (6) dans le Règlement 44/2001.

Ce nouvel article prévoirait la compétence exclusive des juridictions « *de l'Etat membre où se déroule l'arbitrage* » pour connaître des mesures de soutien :

Proposition de nouvel article 22 (6) : « *The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile : (...) (6) in ancillary proceedings concerned with the support of arbitration the courts of the Member State in which the arbitration takes place* »<sup>20</sup>.

3. *Prééminence des tribunaux du siège de l'arbitrage pour statuer sur les contestations relatives aux clauses compromissoires*

La troisième proposition formulée par le Rapport Schlosser est destinée à répondre aux conflits résultant de procédures parallèles portant sur la validité des clauses compromissoires.

Aux termes d'un nouvel article 27 A, qui serait inséré dans la section relative à la litispendance et à la connexité, les tribunaux d'un Etat membre saisis de la validité ou du champ d'application d'une clause compromissoire devraient surseoir à statuer lorsque les tribunaux de l'Etat membre du siège de l'arbitrage seraient saisis parallèlement d'une action déclaratoire relative à l'existence, la validité ou la portée de cette clause compromissoire :

---

<sup>19</sup> L'article 71 du Règlement 44/2001 prévoit que « *le présent règlement n'affecte pas les conventions auxquelles les États membres sont parties et qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance ou l'exécution des décisions* ».

<sup>20</sup> *Ibid.*, para. 131-132.

Proposition de nouvel article 27 A : « *A court of a Member State shall stay the proceedings once the defendant contests the jurisdiction of the court with respect to existence and scope of an arbitration agreement if a court of the Member State that is designated as place of arbitration in the arbitration agreement is seized for declaratory relief in respect of the existence, the validity, and/or the scope of that arbitration agreement* »<sup>21</sup>.

#### 4. Règle européenne uniforme pour déterminer le siège de l'arbitrage

Enfin, le Rapport Schlosser propose d'introduire une nouvelle disposition relative à la détermination du siège de l'arbitrage.

Le Rapport indique qu'aux termes de cette nouvelle disposition, « *le siège de l'arbitrage serait déterminé par les parties ou situé dans l'Etat membre où se déroule l'arbitrage* »<sup>22</sup>. La rédaction proposée par le Rapport pour ce nouvel article semble être cependant différente de la description qu'il en donne, puisque le nouvel article serait rédigé de la manière suivante :

Proposition de nouvel article relatif à la détermination du siège de l'arbitrage : « *The place of arbitration shall depend on the agreement of the parties or be determined by the arbitral tribunal. Otherwise, the court of the Capital of the designated Member State shall be competent, lacking such a designation the court shall be competent that would have general jurisdiction over the dispute under the Regulation if there was no arbitration agreement* »<sup>23</sup>.

Cette proposition témoigne à elle seule de la méconnaissance des auteurs du Rapport Schlosser de la réalité de l'arbitrage international et de leur impossibilité à concevoir l'arbitre autrement que comme un substitut du juge étatique. On voit mal par ailleurs quel serait, au sein des Etats membres, le juge compétent en l'absence de convention d'arbitrage dans un arbitrage opposant des parties non-européennes.

## II. OBSERVATIONS D'ORDRE TECHNIQUE

Le Rapport est une régression conceptuelle majeure (A). Sa conséquence principale sera d'aligner la jurisprudence européenne sur celle des Etats les moins avancés (B).

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, para. 133-134.

<sup>22</sup> « *According to this new recital, the place of arbitration should be determined by the parties or be located in the Member State where the arbitration takes place* », *ibid.*, para. 135.

<sup>23</sup> *Ibid.*, para. 135-136.

Contrairement à ce qu'il indique, il existe un risque évident de contrariété aux obligations résultant de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (C) et plus encore de la Convention de Washington de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, qui a institué le CIRDI (D). Il consacre enfin une règle inopportune (E), irréaliste, et probablement inapplicable de détermination du siège par défaut (F).

#### A. *Une régression conceptuelle majeure*

Le Rapport Schlosser propose d'instituer un régime obligatoire de reconnaissance des décisions des tribunaux des Etats membres en matière de validité des conventions d'arbitrage. Présentée comme une mesure de soutien à l'arbitrage, cette proposition témoigne en réalité d'une hostilité non dissimulée à l'égard de l'arbitrage.

Le Rapport est entièrement bâti sur deux idées fausses : celle selon laquelle une convention d'arbitrage ne peut se voir donner effet que par l'intermédiaire d'un jugement confirmatif, et celle selon laquelle c'est ce jugement lui-même qui doit être reconnu au sein des Etats membres pour donner une efficacité à l'arbitrage, et non la sentence qui résulte du processus d'arbitrage. En cela, ce Rapport adopte une philosophie radicalement différente de celle de la Convention de New York de 1958 qui s'articule autour du principe selon lequel c'est la sentence arbitrale qui doit être reconnue, et non la convention d'arbitrage en elle-même, dont la validité, si elle n'est pas postulée, est néanmoins largement admise.

Plus généralement, les conceptions de l'arbitrage retenues par les propositions de règlement relèvent d'une vision de l'arbitrage qui avait trait dans les années vingt. L'arbitre est assimilé au juge et l'arbitrage est subordonné au droit du siège. Ces conceptions ne sont pas unanimement reconnues dans l'Union européenne, et en particulier pas en France qui historiquement a joué un rôle très important pour l'autonomie de l'arbitrage international à l'égard des ordres juridiques étatiques. La proposition de règlement, si elle devait être acceptée, mettrait fin de manière radicale à la conception française de l'arbitrage international, puisqu'elle interdirait le jeu de la règle de l'effet négatif de la compétence-compétence et qu'elle empêcherait en outre l'exécution des sentences annulées au siège, du moins lorsque le siège aura été fixé dans un Etat membre de l'Union européenne.

Le Rapport Schlosser constitue ainsi une régression fondamentale par rapport aux avancées obtenues dans ceux des Etats membres dont la législation et la jurisprudence sont aujourd'hui les plus favorables à l'arbitrage.

### ***B. Un alignement sur la jurisprudence la moins favorable***

En pratique, le parti-pris consistant à concentrer au siège de l'arbitrage les décisions sur la validité des conventions d'arbitrage, et surtout la reconnaissance automatique de tous les jugements étatiques des Etats membres rendus en matière d'arbitrage aboutiront, à terme, à aligner la jurisprudence européenne sur celle de l'Etat membre dont la législation est la moins favorable à l'arbitrage.

Un exemple concret permet de le comprendre. Imaginons une affaire dans laquelle le litige porte sur le paiement de redevances de brevets sans contestation de la validité du brevet. Dans certains Etats membres, comme la France, ce litige sera arbitral. Dans d'autres Etats membres, comme la Lituanie, ce litige ne sera pas arbitral même en matière internationale au motif que la matière de la propriété intellectuelle n'est pas arbitrale<sup>24</sup>.

Un jugement d'un Etat membre qui déclare ce litige inarbitral s'imposera néanmoins aux autres Etats membres par l'effet de la règle de la reconnaissance automatique. Il en ira de même de toutes les possibles différences qui peuvent exister entre les Etats membres en matière de validité de la convention d'arbitrage, que ce soit pour des raisons de fond ou de forme, ou d'étendue de la matière arbitral. Au total, à terme, c'est la règle la moins favorable qui prévaudra par l'effet de la reconnaissance mécanique des jugements.

### ***C. Un risque évident de violation de la Convention de New York***

La proposition du Rapport Schlosser est en outre une source de risques non négligeable de violation de leurs obligations internationales pour les Etats membres, en particulier de celles résultant de la Convention de New York de 1958. L'application de la Convention de New York n'est pas uniforme au sein des Etats membres. Par exemple, certains Etats ont maintenu la réserve de commercialité. Ces Etats sont les suivants : Chypre, Danemark, Grèce, Hongrie, Pologne, Roumanie, Slovaquie.

---

<sup>24</sup> « *Disputes arising from constitutional, employment, family, administrative legal relations, as well as disputes connected with competition, patents, trademarks, service marks, bankruptcy and disputes arising from consumption agreements may not be submitted to arbitration* » (Loi sur l'arbitrage lituanienne, 2 avril 1996, Art. 11(1))

Un jugement d'un de ces Etats qui refuserait de reconnaître une sentence arbitrale au motif qu'elle ne porterait pas sur une matière commerciale devrait, selon le Règlement, s'imposer aux autres Etats membres. Dès lors, la présence de ce jugement, par hypothèse reconnu dans un second Etat membre qui n'aurait pas maintenu une réserve de commercialité à la Convention de New York, ferait obstacle à la reconnaissance ultérieure dans ce second Etat membre d'une sentence arbitrale rendue dans une matière non commerciale, alors même que cette sentence aurait été reconnue en l'absence du jugement du premier Etat membre qui avait maintenu cette réserve de commercialité. Une partie pourrait dès lors objecter à juste titre que le second Etat membre ne respecte pas ses obligations au titre de la Convention de New York.

***D. Une articulation délicate avec les obligations résultant de la Convention de Washington***

Le même raisonnement vaut pour la Convention de Washington de 1965 instituant le CIRDI. Aux termes de l'article 54(1) de cette Convention, « *chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat* ». Il n'existe donc aucun contrôle à l'accueil des sentences CIRDI.

Or, la Pologne n'est pas un Etat contractant de la Convention de Washington. Une sentence CIRDI dont l'exécution serait recherchée en Pologne pourrait donc ne pas y être reconnue, au motif par exemple que la convention d'arbitrage était nulle au regard du droit polonais. Ce jugement sur la validité de la convention d'arbitrage pourrait à son tour être automatiquement reconnu dans les autres Etats membres et faire obstacle à la reconnaissance ultérieure de la sentence CIRDI en question, en violation claire de leurs obligation résultant de la Convention de Washington de 1965.

***E. Une concentration inopportune de mesures d'assistance à l'arbitrage au siège***

Une source importante de difficultés pratiques réside dans le parti-pris consistant à accorder une compétence exclusive en matière de mesures dites de « soutien à l'arbitrage », dont les mesures provisoires tendant à l'obtention ou à la préservation des preuves, au juge du siège. Tous les praticiens de l'arbitrage international savent que des mesures provisoires doivent

être demandées d'abord là où elles ont une chance d'être exécutées. Une mesure de conservation de preuve doit donc être présentée au juge du pays dans lequel les preuves se trouvent. Il est peu fréquent que ce juge soit systématiquement celui du siège de l'arbitrage. Dès lors, imposer une saisine exclusive du juge du siège de l'arbitrage, à l'idée sans doute que la décision de ce juge sera elle-même reconnue ultérieurement par le juge du pays dans lequel les preuves sont présentes, constitue un détour inutile, générateur de difficultés et de perte de temps, qui risque en pratique de rendre l'efficacité de la mesure provisoire illusoire. Les parties avisées ne manqueraient pas de le constater et pourraient se détourner de l'Union européenne comme siège de l'arbitrage.

#### ***F. Une règle irréaliste de détermination du siège par défaut***

Une dernière source de difficultés est la proposition consistant à déterminer un siège par défaut en choisissant la capitale du pays du juge qui aurait été compétent en l'absence de convention d'arbitrage. Il s'agit là d'une illustration supplémentaire du fait que le Rapport Schlosser raisonne en assimilant l'arbitre au juge. Il s'agit en outre d'une proposition complètement irréaliste et probablement inapplicable puisqu'il est fréquent que des parties non européennes fixent leur siège en Europe ou souhaitent le faire. On voit mal toutefois le juge de quel Etat membre aurait pu être compétent en l'absence de convention d'arbitrage dans un litige opposant une partie indienne à une partie brésilienne. Il en résulte que la règle proposée est, dans le meilleur des cas, inutile.

### **III. OBSERVATIONS SUR L'OPPORTUNITE DES MODIFICATIONS PROPOSEES**

Le droit de l'arbitrage constitue aujourd'hui un marché important. Les places d'arbitrage se livrent une concurrence effrénée pour attirer des arbitrages sur leur territoire. Cette concurrence est forte entre les Etats de l'Union européenne et elle est source de progrès. Les Etats rivalisent en effet d'innovations, présentées comme étant favorables à l'arbitrage, pour attirer les parties sur leur territoire. L'Irlande en est un exemple récent puisqu'elle se propose d'adopter à la fois la possibilité pour les parties étrangères de renoncer au recours en annulation et la possibilité pour celles qui le souhaitent de définir elles-mêmes les cas de recours.

Cette concurrence est saine et favorable à l'arbitrage. Elle ne s'exerce néanmoins pas uniquement au sein de l'Union européenne. La Suisse est également un concurrent majeur, et

les places d'Asie, Singapour et Hong Kong, et d'Amérique, New York, Washington et Mexico, sont des acteurs majeurs de cette compétition.

Le Rapport Schlosser a pour objectif avoué de supprimer cette concurrence entre les places au sein de l'Union européenne. En supprimant la concurrence, le Rapport supprimera une source de progrès du droit de l'arbitrage. Il entérinera la régression conceptuelle sur la base de laquelle il a été rédigé. Il produira l'effet inverse de l'effet recherché, c'est-à-dire une désaffection des parties pour les sièges situés dans l'Union européenne.

En effet, les propositions du Rapport, envisagées sous un seul angle technique, aboutissent à un recul important de la faveur accordée à l'arbitrage international dans les pays les plus avancés de l'Union, puisque la conséquence pratique de l'adoption de ces propositions sera d'aligner la jurisprudence rendue en matière d'arbitrage dans l'Union européenne sur le pays dont la législation est la moins favorable à l'arbitrage. Les parties avisées de ce fait se détourneront dès lors des grands sièges d'arbitrage européens, et se tourneront naturellement vers un siège proche, mais qui ne serait pas soumis à ces règles.

#### **IV. PROPOSITION DE RESOLUTION**

En conséquence de ce qui précède, le groupe de travail propose que soit adoptée la résolution suivant :

- Constatant que l'exclusion de l'arbitrage dans le Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ne suscite, d'après les propres termes du Rapport Schlosser, aucune difficulté pratique sérieuse ;
- Constatant que la très grande majorité des rapports nationaux, des institutions d'arbitrage, des comités nationaux ICC et des praticiens se prononce en faveur du maintien de cette exclusion ;
- Constatant le maintien de cette exclusion dans la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) ;

- Constatant que la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères est un instrument de portée mondiale qui remplit parfaitement son office, assurant aux parties le respect des sentences ;
- Constatant la régression qui résulterait d'une réglementation au plan régional, risquant de susciter des conflits internes ;
- Constatant que la concurrence qui existe entre les places d'arbitrage en Europe est une source importante de progrès du droit de l'arbitrage au bénéfice des parties et que le Rapport Schlosser se propose de mettre fin à cette concurrence ;
- Constatant, en outre, le risque majeur de désaffection par les parties de sièges situés dans l'Union européenne au profit des places étrangères concurrentes ;

Recommande, comme l'a fait la très grande majorité des rapports nationaux, le maintien de l'exclusion de l'arbitrage dans l'article 1 (2) (d) du Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000.

English text below

**Observations on the Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States of the European Union (“Schlosser Report”)<sup>25</sup>**

---

**22 May 2008**

**Working Group ICC – France**

**President:** Phillipe Pinsolle (Partner, Shearman & Sterling LLP)

**Members:** Edouard Bertrand (Partner, Campbell Philippart Laigo & Associés)

Louis Degos (Partner, Eversheds LLP)

Yves Derains (Partner, Derains & Associés)

Emmanuel Gaillard (Partner, Shearman & Sterling LLP)

Serge Lazareff (Partner, Lazareff & Associés)

Alexis Mourre (Partner, Castaldi Mourre & Partners LLP)

José Rosell (Partner, Hughes Hubbard & Reed LLP)

---

<sup>25</sup> B. Hess, T. Pfeiffer and P. Schlosser, Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, Study JLS/C4/2004/03, Final Version September 2007.

We will briefly summarise the Schlosser Report’s proposals concerning arbitration (I), before making some technical observations (II) as well as some observations regarding the appropriateness of the proposed measures (III). We will then conclude with a resolution (IV).

## **I. SUMMARY OF THE SCHLOSSER REPORT**

We will review the context surrounding the report’s drafting (A), its findings (B) and the proposals it puts forward (C).

### ***A. The context in which the report was developed***

Article 73 of Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, provided that within 5 years of its entry into force,<sup>26</sup> the Commission would present to the European Parliament, the Council and the Economic and Social Committee a “*report on the application of this Regulation*”, accompanied, where appropriate, by “*proposals for adaptations to this Regulation*”.

In order to prepare this report, which remains unpublished, the Commission ordered two studies: one on the application of Regulation (EC) No. 44/2001 in the Member States, the other on the residual jurisdiction of Member States’ national courts.

The first of these two studies was written by Professors Burkhard Hess, Thomas Pfeiffer and Peter Schlosser, from the University of Munich. The method used consisted of sending three questionnaires to stakeholders from 24 of the Member States, “*engaged in European cross-border litigation*”, especially lawyers, judges and businessmen, as well as of carrying out several interviews.<sup>27</sup> These questionnaires and interviews resulted in 24 national reports, from which a Summary Report was written by Professors Hess, Pfeiffer and Schlosser (the Schlosser Report).

---

<sup>26</sup> Regulation (EC) No. 44/2001 came into force on the 1<sup>st</sup> of March 2002.

<sup>27</sup> B. Hess, T. Pfeiffer and P. Schlosser, Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, Study JLS/C4/2005/03, Final Version September 2007, para. 4.

The question of exclusion of arbitration from the scope of Regulation (EC) No. 44/2001 is addressed in pages 49 to 65 of the Report.<sup>28</sup>

### ***B. Findings of the Schlosser Report***

The findings of the Schlosser Report are twofold. Having ascertained that the majority of national reports, persons consulted, as well as the prevailing doctrine were largely opposed to the extension of Regulation (EC) No. 44/2001 to include arbitration within its scope of application (1), the Report affirms that the practical problems relating to the exclusion of arbitration could no longer be “*dissimulated*” and that such difficulties would justify large-scale reform (2).

#### *1. The extension of Regulation 44/2001 to include arbitration was almost unanimously rejected*

The Report first recalls the reasons which led to the exclusion of arbitration from the 1968 Brussels Convention.<sup>29</sup> These reasons were set out in the 1979 Jenard Report<sup>30</sup> and were accepted by “*large consensus*”,<sup>31</sup> especially since the recognition and enforcement of arbitral awards was ensured in an efficient manner by the 1958 New York Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.<sup>32</sup>

The Schlosser Report recalls, moreover, that the exclusion of arbitration from the scope of application of Regulation (EC) No. 44/2001 must be interpreted broadly, as advised by the Jenard report and the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities. Such an exclusion concerns not only the recognition and enforcement of arbitral awards, but

---

<sup>28</sup> Article 1(2)(d) of Regulation (EC) No. 44/2001 indeed provides, in Chapter 1 concerning the “*Scope*” that “*The Regulation shall not apply to...arbitration.*”

<sup>29</sup> Brussels Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed at Brussels, 27 September 1978, OJ L 299 of 31 December 1972, pages 0032-0042.

<sup>30</sup> Jenard’s Report on the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters signed at Brussels, 27 September 1968, OJ 1979, C 59/1.

<sup>31</sup> B. Hess, T. Pfeiffer and P. Schlosser, *op. cit.*, para. 106.

<sup>32</sup> *Ibid.*, para. 106.

also proceedings before national courts relating to arbitration, whether they might be supportive, supervisory or relating to the recognition and enforcement of the arbitral award.<sup>33</sup>

The Report goes on to state that the reasons for the exclusion of arbitration from the 1968 Brussels Convention and from Regulation (EC) No. 44/2001 are still valid, since nearly all national reports and the great majority of the persons interviewed said they were opposed to the extension of the scope of application of Regulation (EC) No. 44/2001 to include arbitration and mediation:

*“Most of the national reports adopted a critical attitude towards a possible extension of the Judgment Regulation to arbitration and mediation. Similarly, most of the interviewed stakeholders did not see any need for an extension since the 1958 New York Convention was working very well”.*<sup>34</sup>

In spite of these findings, the Schlosser Report concludes that the alleged residual problems of the application of Regulation 44/2001 in relation to the 1958 New York Convention are such that they can “no longer be dissimulated”,<sup>35</sup> and that these problems require reform, even though, according to the Report itself, such problems are encountered “very seldom”.<sup>36</sup>

## 2. *The alleged “practical problems” of Regulation (EC) No. 44/2001’s application justifying reform*

According to the Schlosser Report, the alleged practical difficulties of Regulation (EC) No. 44/2001’s application in relation to arbitration are fourfold.

It would concern, first, the implementation of arbitration clauses in the territory of the European Union, notably the recognition of declaratory judgments on the validity of such clauses, or the effectiveness of anti-suit injunctions enjoining or prohibiting parties from seeking redress in national courts. The Report states that according to the jurisprudence rendered in the territory of the European Union, declaratory judgments on the validity of an arbitration clause do not benefit from the provisions of Regulation (EC) No. 44/2001, by

---

<sup>33</sup> *Ibid.* para. 106.

<sup>34</sup> *Ibid.*, para. 108-114.

<sup>35</sup> “The practical problems relating to the exclusion of arbitration can no longer be dissimulated”, *ibid.*, para. 115.

<sup>36</sup> “This situation is not satisfactory, although in practice, it occurs very seldom”, *ibid.*, para. 121.

virtue of the general exclusion of arbitration under Article (1)(2)(d). An arbitration clause could therefore be declared valid in one State and void in another, resulting in contradictory judgments and awards being rendered in the territory of the European Union.<sup>37</sup>

Second, the Schlosser Report mentions potential problems concerning ancillary measures, such as the appointment of an arbitrator, the granting of provisional relief or the collection of evidence. The Report recommends conferring exclusive jurisdiction to the courts of the Member State of the seat of arbitration in order to exclude potential “*competition*” between the courts of different States in relation to the same arbitration proceedings.<sup>38</sup>

The Report mentions, third, difficulties concerning the recognition and enforcement of judgments rendered despite the existence of a valid arbitration clause. According to the Report, the practice of States in relation to the recognition of judgments disregarding the existence of an arbitral clause is inconsistent, with some States refusing to recognise such judgments on the basis that they violate public policy, whilst others afford them the benefit of Regulation (EC) No. 44/2001 by virtue of Article 32 regardless of whether or not the judgment was rendered in violation of a valid arbitration clause<sup>39</sup>.

Finally, the Schlosser Report mentions potential conflicts between arbitration proceedings and proceedings before national courts where an arbitration clause is declared valid in one State and void in another.<sup>40</sup>

### ***C. Proposals***

On the basis of such observations, the Report puts forward a series of four proposals:

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, para. 117, 121.

<sup>38</sup> *Ibid.*, para. 118.

<sup>39</sup> *Ibid.* para. 119. Article 32 states as follows: “*For the purposes of this Regulation, ‘judgment’ means any judgment given by a court or tribunal of a Member State, whatever the judgment may be called, including a decree, order, decision or writ of execution, as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court.*”

<sup>40</sup> *Ibid.*, para. 120.

1. *Deleting the exclusion of arbitration from Article (1)(2) of Regulation (EC) No. 44/2001*

First, the Schlosser Report suggests deleting the general exclusion of arbitration set forth in Article (1)(2)(d) of the Regulation. The Report considers that as a result of such a deletion, “*the danger of conflicting decisions on the effectiveness of arbitration agreements would be diminished.*”<sup>41</sup>

This would lead to a major practical consequence: all decisions rendered by the courts of Member States in arbitration matters would be automatically recognised in others.<sup>42</sup> Given the general character of deleting the exclusion on arbitration, the principle of automatic recognition would apply not only to decisions relating to the appointment or challenge of arbitrators, but also to decisions concerning the validity or effectiveness of arbitration agreements, the annulment of awards or the recognition of foreign awards.

According to the Schlosser Report’s authors, this would not lead to a total submission of arbitration to the provisions of Regulation (EC) No. 44/2001. The prevalence of the rules of

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, para. 122-124, 131.

<sup>42</sup> There are few cases of non-recognition in the Regulation. Articles 33 and 34 of the Regulation provide that:

Article 33:

“(1) A judgment given in a Member State shall be recognised in the other Member States without any special procedure being required.

(2) Any interested party who raises the recognition of a judgment as the principal issue in a dispute may, in accordance with the procedures provided for in Sections 2 and 3 of this Chapter, apply for a decision that the judgment be recognized.

(3) If the outcome of proceedings in a court of a Member State depends on the determination of an incidental question of recognition that court shall have jurisdiction over that question.”

Article 34:

“A judgment shall not be recognized:

(1) if such recognition is manifestly contrary to public policy in the Member State in which recognition is sought;

(2) where it was given in default of appearance, if the defendant was not served with the document which instituted the proceedings or with an equivalent document in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defense, unless the defendant failed to commence proceedings to challenge the judgment when it was possible for him to do so;

(3) if it is irreconcilable with a judgment given in a dispute between the same parties in the Member State in which recognition is sought;

(4) if it is irreconcilable with an earlier judgment given in another Member State or in a third State involving the same cause of action and between the same parties, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the Member State addressed.”

the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards would be ensured through article 71 of the Regulation.<sup>43</sup> Given the consequences of the Report's proposals, the retention of such rules would nevertheless have a minimal practical impact.

2. *Awarding exclusive jurisdiction for ruling on supportive measures to Courts in the Member State of the seat of arbitration*

In order to avoid conflicts of jurisdiction in relation to the so-called "supportive measures" to arbitration (which include the collection of evidence), the Schlosser Report suggests introducing a new Article 22(6) in Regulation (EC) No. 44/2001.

This new article would provide for the exclusive jurisdiction of "*the Member State where the arbitration takes place*" to rule on supportive measures:

Proposal for article 22(6): "*The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile: (...) (6) in ancillary proceedings concerned with the support of arbitration the courts of the Member State in which the arbitration takes place*".<sup>44</sup>

3. *Supremacy of courts of the Member State of the seat of arbitration to rule on disputes relating to arbitration clauses*

The third proposal formulated by the Schlosser Report is designed to address the situation with regards to parallel proceedings on the validity of arbitration agreements.

Under the terms of a new Article 27A, which would be inserted in the section relating to *lis pendens* and related actions, the courts of a Member State seized to rule on the validity or scope of an arbitration clause should stay the proceedings when the courts of the Member State with the seat of arbitration would be seized in parallel for declaratory relief on the existence, validity or scope of this arbitration clause:

Proposal for Article 27A: "*A court of a Member State shall stay the proceedings once the defendant contests the jurisdiction of the court with respect to existence and scope of an*

---

<sup>43</sup> Article 71 of Regulation (EC) No. 44/2001 provides that "*This Regulation shall not affect any conventions to which the Member States are parties and which in relation to particular matters, govern jurisdiction or the recognition or enforcement of judgments.*"

<sup>44</sup> *Ibid.*, para. 131-132.

*arbitration agreement if a court of the Member State that is designated as place of arbitration in the arbitration agreement is seized for declaratory relief in respect of the existence, the validity, and/or the scope of that arbitration agreement”.*<sup>45</sup>

4. *Establishing a uniform European rule for determining the place of arbitration*

Finally, the Schlosser Report proposes to introduce a new provision relating to the determination of the seat of arbitration.

The report indicates that in accordance with this new provision, “*the place of arbitration should be determined by the parties or be located in the Member State where the arbitration takes place.*”<sup>46</sup> Nevertheless, the wording suggested by the Report for this new article appears to be different from the above-cited description, since the new article would read as follows:

Proposal for article on the determination of the seat of arbitration: “*The place of arbitration shall depend on the agreement of the parties or be determined by the arbitral tribunal. Otherwise, the court of the Capital of the designated Member State shall be competent, lacking such a designation the court shall be competent that would have general jurisdiction over the dispute under the Regulation if there was no arbitration agreement.*”<sup>47</sup>

This proposal alone shows the Schlosser Report’s authors’ lack of understanding of the reality of international arbitration and their incapability of perceiving an arbitrator as anything other than a substitute for a national judge. Furthermore, in the absence of an arbitration agreement, it is hard to see who would be the competent judge within the Member States in an arbitration between non-European parties.

## **V. II. Technical observations**

The Report represents a major conceptual regression (A). Its main consequence will be to align the European jurisprudence with that of least advanced States (B). Contrary to what it states, there exists an obvious risk of interfering not only with duties and obligations resulting

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, para. 133-134.

<sup>46</sup> *Ibid.*, para. 135.

<sup>47</sup> *Ibid.*, para. 135-136.

from the 1958 New York Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (C) but also, and to a larger extent, with the 1965 Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States that established the ICSID (D). Finally, it establishes an inopportune (E), unrealistic, and probably inapplicable rule for determining the default seat of arbitration (F).

*A. A major conceptual regression*

The Schlosser Report proposes to establish a compulsory recognition scheme of the decisions of the courts of Member States concerning the validity of arbitration agreements. Though presented as a measure in favour of arbitration, this proposal actually harbours a blatant hostility towards arbitration.

The Report is entirely based on two misconceptions. The first is that it is only through an affirmative judgment that an arbitration agreement could be enforced, and the second is that it is this judgment which should be recognised within the Member States in order to give effect to arbitration, and not the award resulting from arbitration proceedings. As such, the Report adopts a radically different philosophy to that found in the 1958 New York Convention, which rests on the principle that it is the arbitral award that must be recognised, and not the arbitration agreement itself, the validity of which, while not referred to, is nevertheless largely accepted.

More generally, the proposed amendments to the Regulation rest on a conception of arbitration similar to that of the 1920's. An arbitrator is equated to a judge and arbitration is subject to the law of the country where the seat of arbitration is. Such views are not unanimously recognised within the European Union, especially in France which has historically played a very important role regarding the autonomy of international arbitration in respect of national judicial orders. Were it to be accepted, the proposed regulation would put a dramatic end to the French conception of international arbitration, since it would suppress the negative effect of competence-competence and would also prevent the enforcement of awards annulled at the place of arbitration, at least when the seat is located in a Member State of the European Union.

Thus the Schlosser Report constitutes a fundamental regression in relation to the advances achieved in those Member States whose legislation and jurisprudence are today the most favourable towards arbitration.

### ***B. An alignment with the least favourable jurisprudence***

In practice, the choice of bestowing all decisions concerning the validity of arbitration agreements upon the State of the seat of arbitration, and especially the automatic recognition of all national judgments rendered by Member States in arbitration matters, will eventually result in aligning European jurisprudence with that of the Member State whose legislation is least favourable to arbitration.

We may illustrate this with a concrete example. Imagine a case in which the dispute relates to the payment of patent fees without questioning the patent's validity. In some Member States, such as France, this dispute will be arbitrable. In other States however, such as Lithuania, this dispute will not be arbitrable even if the context of an international arbitration since issues pertaining to copyrights are not arbitrable.<sup>48</sup>

A judgment from a Member State holding such a dispute as not arbitrable will nevertheless be imposed upon other Member States due to the rule of automatic recognition. The same will apply regarding all the possible differences that may exist between Member States regarding the validity of the arbitration agreement, whether those be for reasons relating to substance, form, or arbitrability. In the end, it is the least favourable rule that will prevail, as a result of the automatic recognition of judgments.

### ***C. An obvious risk of violating the New York Convention***

Furthermore, the proposals contained in the Schlosser Report carry significant risks for Member States to violate their international obligations, especially those arising from the 1958 New York Convention. The New York Convention is not applied in a uniform manner by the Member States. For example, certain states (Cyprus, Denmark, Greece, Hungary, Poland, Romania and Slovenia) have chosen to maintain the commercial reservation.

A judgment from one of these States refusing to recognise an arbitral award on the grounds that it does not concern a commercial matter should, according to the Regulation, prevail in other Member States. From that moment on, the existence of such a decision, automatically recognised in a second Member State that has not kept the commercial reservation under the

---

<sup>48</sup> “Disputes arising from constitutional, employment, family, administrative legal relations, as well as disputes connected with competition, patents, trademarks, service marks, bankruptcy and disputes arising from consumption agreements may not be submitted to arbitration” (Lithuanian arbitration law, April 2<sup>nd</sup> 1996, Art. 11(1)).

New York Convention, would prevent any later recognition in this second Member State of the arbitral award rendered in a non-commercial matter, even though such an award would have been recognised in the absence of a judgment from the first Member State that has maintained such reservation. A party could thus rightfully object that the second Member State does not respect its duties and obligations under the New York Convention.

***D. A delicate link with the obligations resulting from the Washington Convention***

The same reasoning may be applied to the 1965 Washington Convention that established the ICSID. Under article 54(1) of this Convention, “*Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State.*” There is therefore no control over the enforcement of ICSID awards.

Yet Poland is not a State party to the Washington Convention. Seeking the enforcement of an ICSID award in Poland could be denied on the grounds that, for example, the arbitration agreement was void from a Polish law perspective. Such a judgment on the validity of the arbitration agreement could be, in turn, automatically recognised in other Member States and prevent any later recognition of the ICSID award in question, in clear violation of the obligations of these Member States under the 1965 Washington Convention.

***E. An inopportune concentration of supportive measures to arbitration at the seat of arbitration***

The proposed policy of granting exclusive jurisdiction to the judge of the place of arbitration to rule on measures referred to as “supportive to arbitration”, which includes interim measures to obtain and preserve evidence, gives rise to many practical difficulties.

All practitioners in international arbitration know that provisional measures must be requested first in the country where they are likely to be enforced. A measure for the preservation of evidence must therefore be brought before the judge in the country where the evidence is located. It is rare that this judge will be the judge of the place of arbitration.

Given the latter, imposing exclusive jurisdiction of the judge of the place of arbitration, hoping perhaps that the judge’s decision will later be recognised by the judge of the country

where the evidence is found, is a useless detour generating additional difficulties, is altogether a waste of time and, in practice, runs the risk of turning the effectiveness of the provisional measure into no more than an illusion. Parties in the know would not fail to take this into account, and could move away from the European Union as a venue for arbitration.

***F. An unrealistic rule for determining the seat by default***

A final source of difficulty is the proposal for determining the arbitration seat by default by choosing the capital of the country whose Courts would have been competent to hear the dispute in the absence of an arbitration agreement. This further illustrates the fact that the Schlosser Report reasons by likening the arbitrator to a domestic judge. In addition, this proposal is completely unrealistic and most probably inapplicable since, often, non-European parties either determine the seat of arbitration to be in Europe, or wish to do so. It is difficult to see which Member State's judge could be competent, in the absence of an arbitration agreement, in a dispute concerning an Indian party and a Brazilian one. Thus, the suggested rule is, at best, useless.

**III. OBSERVATIONS CONCERNING THE APPROPRIATENESS OF THE PROPOSED CHANGES**

Today, arbitration law represents an important market. Places of arbitration are competing fiercely to attract arbitration cases to their respective territories. Such competition is strong between Member States of the Union and it is a source of progress. The States rival each other with innovations they present as favourable to arbitration, in order to attract parties to their territory. A recent example is Ireland, since it has undertaken to adopt both the possibility for foreign parties to waive any action for annulment and the possibility for those who desire it to be able to determine for themselves the grounds on which the award may be challenged.

Such competition is healthy and favourable to arbitration. However, it is not only exercised within the European Union. Switzerland is also a major competitor and places in Asia, Singapore, and Hong Kong, as well as in North America, New York, Washington and Mexico, are also major competitors.

The Schlosser Report's admitted objective is to eliminate such competition between places within the European Union. By doing so, the Report will also eliminate a source of progress in arbitration law. This will result in achieving the conceptual regression on the basis of

which it has been drafted. As a result, it will have the opposite effect it had set out to have, namely, a growing disinterest of the parties for places of arbitration located in the European Union.

The Report's proposals, from a purely technical point of view, will result in an important decline in the favour given to international arbitration in the most advanced countries of the European Union, since the practical consequence of adopting these proposals will be to align the jurisprudence rendered in arbitration matters in the European Union with that of the countries where the legislation is least favourable to arbitration. The parties aware of this will then turn away from the major European places of arbitration, and naturally gravitate towards the closest seat not subject to such rules.

#### **IV. PROPOSAL FOR RESOLUTION**

In consequence of the above, the working group suggests that the following resolution be adopted:

- Considering that the exclusion of arbitration from Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters does not engender, according to the terms of the Schlosser Report itself, any serious practical difficulty;
- Considering that the great majority of national reports, arbitral institutions, national ICC committees and practitioners assert the necessity of maintaining such an exclusion;
- Considering that the exclusion of arbitration was maintained in the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I);
- Considering that the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards is an instrument with global recognition that has perfectly fulfilled its purpose, ensuring parties that awards will be respected;
- Considering the regression that would result from a regulation at a regional level, risking the creation of internal conflicts;

