

Rapport

sur la jurisprudence nationale de la Convention de Lugano

établi en exécution du mandat donné lors de la 5ème réunion du Comité permanent de la Convention de Lugano (Interlaken, 18.9.1998) aux délégations de l'Espagne, de la Grèce et de la Suisse

Introduction

L'origine du présent rapport est à trouver dans les discussions tenues lors de la dernière réunion du Comité permanent de la Convention de Lugano au sujet d' « améliorations possibles du système du Comité permanent » (point 4 de l'ordre du jour). Suite à quelques réflexions initiales de la délégation italienne, le Comité s'est interrogé si et dans quelle mesure il lui appartenait de ne pas se limiter à prendre simplement connaissance du matériel jurisprudentiel fourni par les services de la Cour de justice en application du protocole No 2, mais de procéder également à son analyse, par rapport notamment à la jurisprudence relative à la Convention de Bruxelles, « en soulignant les divergences d'interprétation déjà existantes et celles qui pourraient se produire » (procès-verbal de la 5e réunion du Comité permanent, point II.4, cinquième paragraphe). Des questions d'opportunité d'une telle démarche, ainsi que de sa conformité avec les dispositions du protocole No 2, ayant été soulevées, le Comité a décidé de reporter sa décision finale en la matière, en attendant qu'un « rapport-modèle » sur la jurisprudence nationale soit établi (procès-verbal précité, point II.4, sixième paragraphe) ; en effet, à la lumière d'un tel rapport, de caractère expérimental, le Comité serait mieux à même de se prononcer de manière définitive sur les propositions formulées au sujet du traitement à réserver au matériel jurisprudentiel relatif à la Convention de Lugano.

Tel est précisément le but du présent rapport et ses auteurs espèrent qu'il servira effectivement de base « à une discussion approfondie » en la matière (procès-verbal précité, *ibid.*).

En établissant ce rapport les rédacteurs se sont convenus, en accord par ailleurs avec le sentiment exprimé lors de la réunion susmentionnée, de se baser essentiellement sur le matériel jurisprudentiel fourni par les services de la Cour de justice en application des dispositions du protocole No 2 de la Convention de Lugano et de focaliser en principe leur recherche sur une seule disposition de la Convention. Dans la mesure cependant où ce premier rapport expérimental allait servir de base à une discussion visant pas seulement la conformité du système envisagé au protocole No 2, mais également son opportunité et son intérêt pratique et réel, les rédacteurs se sont permis de tenter également un bref aperçu général de la jurisprudence relative à la Convention de Lugano. Pour ce qui est par ailleurs de la disposition-cible de ce rapport, ils se sont convenus de choisir l'art. 5.1, qui, à part l'intérêt qui présente en lui-même, constitue la disposition la plus abondamment représentée dans le matériel jurisprudentiel sous examen.

I. OBSERVATIONS PRELIMINAIRES

Les fascicules jurisprudentiels établis par le service compétent de la Cour de justice (la Division *Bibliothèque, Recherche et Documentation*) en application des dispositions du protocole No 2 de la Convention de Lugano sont actuellement au nombre de sept (7). Le premier d'entre eux a été transmis aux États contractants en 1992 et le dernier en juillet 1998. Les trois premiers fascicules ont d'ailleurs fait l'objet d'une publication de la part de l'Institut Suisse de droit comparé (Recueil de la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes et des Cours suprêmes des États parties relative à la Convention de Lugano, Schulthess Polygraphischer Verlag, vol.I/1992, vol.II/1993 et vol. III/1994, Zürich 1996, 1997 et 1998 respectivement).

Les sept fascicules susmentionnés comprennent tous les arrêts rendus par la Cour de justice en interprétation de la Convention de Bruxelles depuis 1992, ainsi qu'une large sélection de matériel jurisprudentiel national, qui a trait tant à la Convention de Bruxelles qu'à celle de Lugano et qui totalise actuellement un peu plus de deux cents (200) décisions nationales, y compris celles relatives aux renvois préjudiciels. À quelques exceptions près, qui remontent pour leur plupart aux premiers fascicules (ou

qui concernent la procédure préjudicielle), il ne s'agit que des décisions rendues par les juridictions suprêmes des États contractants.

Celles d'entre elles qui ont trait à la Convention de Lugano sont au nombre de vingt-cinq (25), dont quelques-unes visent en même temps la Convention de Bruxelles.

Certaines de ces vingt-cinq décisions déclarent la Convention de Lugano inapplicable *ratione temporis*, mais y font néanmoins mention, soit à titre de simple rappel d'un instrument juridique qui entrerait en vigueur prochainement et qui pourrait consacrer des solutions différentes (*Høyesterett* norvégien du 20 janvier 1993, *Information n° 1993/43*, art. 6.1 – v. aussi *Bundesgerichtshof* allemand du 21 novembre 1996, *Information n° 1997/43*, art. 18, qui porte également sur la Convention de Bruxelles), soit pour corroborer l'interprétation envisagée en droit national (*Høyesterett* norvégien du 31 mai 1994, *Information n° 1995/20*, art. 5.3, *Oberster Gerichtshof* autrichien du 8 avril 1997, *Information n° 1998/12*, art. V du protocole No1).

Pour ce qui est des autres, à savoir de celles qui interprètent et appliquent à proprement parler la Convention de Lugano, il échet de constater d'emblée qu'elles offrent d'éléments d'interprétation de presque toute disposition de la Convention d'intérêt pratique en-dessus de la moyenne (art. 1, 5.1, 5.3, 6.1, 16, 17, 21, 24, 27-28, 31, 54) et qu'en règle générale elles suivent fidèlement la jurisprudence développée au sujet de la Convention de Bruxelles.

Il nous semble par ailleurs utile d'indiquer que le matériel jurisprudentiel actuellement disponible pour la Convention de Lugano est très abondant et que les vingt-cinq décisions précitées, qui servent de base au présent rapport, résultent d'un choix opéré par les services du greffier de la Cour de justice en application du protocole No 2 de la Convention. Ajoutons à cet égard que, si les services du greffier de la Cour de justice (qui est l'organisme central pour le système d'échange d'informations, établi par le protocole No 2, précité) détiennent nécessairement la collection la plus complète des décisions relatives à la Convention de Lugano, de nombreuses revues juridiques publient de plus en plus fréquemment de telles décisions ; à part les publications d'intérêt exclusivement national (comme p.ex. dans

la *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, par Volken, pour la jurisprudence suisse), une mention particulière doit être faite l'*International Litigation and Procedure* (ci-après *ILP*), qui publie régulièrement des décisions de tous les Etats contractants en anglais ou en traduction anglaises.

Précisons par ailleurs que tout au long de ce rapport nous utilisons le terme « décision » dans un sens générique, de manière à englober toute décision rendue par une juridiction d'un Etat contractant, quelque soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement ordonnance, ou mandat d'exécution (v.dans le même sens l'art. 25 de la Convention), ainsi que les décisions rendues dans le cadre des procédures d'*exequatur*.

II. APERCU GENERAL DE LA JURISPRUDENCE

En laissant de côté les décisions relatives à l'art. 5.1, qui font l'objet d'une analyse plus détaillée dans le chapitre III ci-dessous, ainsi que certaines décisions ayant déclaré la Convention inapplicable *ratione temporis*, un aperçu général de la jurisprudence, selon les matières concernées par chaque décision, se présenterait comme suit.

A. En matière de champ d'application matériel de la Convention on relèvera deux décisions, toutes les deux déclarant la Convention inapplicable, l'une à une requête de mesures protectrices de l'union conjugale comprenant également des prétentions en entretien (*Bundesgericht* suisse du 27 mai 1993, *Information n° 1994/12*), l'autre à une procédure de liquidation d'une entreprise publique et de ses filiales et comportant une interdiction de paiement de dettes, qualifiée par le juge national de «procédure analogue » à la faillite au sens de l'art. 1.2.2 (*Høyesterett* norvégien du 18 janvier 1996, *Information n° 1996/28*).

B. Une seule décision (*Högsta Domstolen* suédoise du 23 février 1994, *Information n° 1996/12*) porte sur les compétences exclusives. Il s'agissait d'un litige en matière d'inscription ou de validité de brevets, tranché par le juge national en ce sens que la

règle de l'art. 16.4 ne recouvre pas le différend entre un employé, auteur d'une invention pour laquelle un brevet a été demandé, et son employeur, au sujet de leurs droits respectifs sur ce brevet.

C. La prorogation de compétence fait l'objet de deux décisions. La première avait trait à la notion de la stipulation en faveur d'une seule des parties, dans un cas où, en plus, on devait tenir compte de l'art. I bis du Protocole No 1 (*Tribunale d' appello di Ticino*, en Suisse, du 2 novembre 1993, *Information n° 1994/17*). La deuxième décision portait sur les conditions de forme à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles (*Høyesterett* norvégien du 17 décembre 1993, *Information n° 1994/19*).

D. Pour ce qui est des critères alternatifs de compétence, et en laissant de côté les décisions qui tombent sous l'art. 5.1, qui font l'objet du chapitre suivant, on ne retrouve curieusement que deux seules décisions, toutes les deux émanant de la cour suprême norvégienne (*Høyesterett* norvégien du 31 mai 1994, *Information n° 1995/20*, précitée dans le chapitre I, et du 6 juin 1996, *Information n° 1997/36*)*. Elles portent sur la matière délictuelle, régie par l'art. 5.3, mais elles tranchent le litige en application du droit national, car la Convention de Lugano était inapplicable *ratione temporis*. On notera cependant que toutes les deux décisions concernent des litiges de diffamations transfrontalière et que la plus récente d'entre elles mentionne expressément l'arrêt de la CJE du 7.3.1995 dans l'affaire C-68/93, *Shevill/Presse Alliance*.

E. S'agissant des compétences spéciales prévues à l'art. 6, on ne relèvera que des décisions portant sur le point 1, relatif à la pluralité de défendeurs. Elles sont au nombre de trois, dont il échet de signaler en particulier une décision anglaise qui écarte la doctrine du *forum non conveniens* à l'égard du co-défendeur domicilié dans un autre Etat contractant (*High Court* du 26 mars 1992, *Information n° 1993/42*), ainsi qu'une décision norvégienne qui a dû traiter des circonstances pouvant faire croire que l'art. 6.1 avait été utilisé dans le but de soustraire le défendeur étranger aux tribunaux de son domicile, à savoir la circonstance que le litige entre le demandeur et

* Les auteurs remercient Mme Løvold de la délégation norvégienne pour ses observations au sujet de ces décisions.

l'autre co-défendeur avait été réglé à l'amiable postérieurement, sans cependant que cette circonstance ait amené le juge norvégien de renoncer à sa compétence (*Høyesteretts kjaeremålsutvalg* du 23 février 1996, *Information n° 1997/21*). La troisième décision, rendue par la même juridiction norvégienne, ne semble pas présenter d'intérêt particulier (*Høyesteretts kjaeremålsutvalg* du 17 août 1995, *Information n° 1996/26*). Rappelons également que parmi les décisions déclarant la Convention inapplicable *ratione temporis* on retrouve une, norvégienne également, qui porte sur la pluralité des défendeurs (*Høyesterett* du 20 janvier 1993, *Information n° 1993/43*, précitée dans le chapitre I).

F. L'interprétation de l'art. 21 relative à la litispendance a fait l'objet de deux décisions, qui portent, toutes les deux, sur la détermination du tribunal « premier saisi » et qui semblent suivre la jurisprudence communautaire en la matière (*High Court* anglaise du 14 octobre 1993, *Information n° 1995/15*, et *Bundesgericht* suisse du 26 septembre 1997, *Information n° 1998/13*)

G. Les mesures provisoires font l'objet de deux décisions. L'une, anglaise, vise la compétence des juridictions d'un Etat contractant d'ordonner au défendeur, domicilié dans cet Etat, mais attiré dans un autre, à ne pas disposer ses avoirs et à en communiquer la localisation dans le monde entier (*Court of Appeal* du 11 juin 1997, *Information n° 1998/34*). L'autre vise l'exécution d'une décision de séquestre judiciaire dans un autre Etat contractant (*Högsta Domstolen* suédoise du 12 septembre 1995, *Information n° 1996/27*).

H. Parmi les trois décisions relatives aux motifs de refus de reconnaissance ou exécution, les deux portent sur des affaires dans lesquelles le défendeur était défaillant dans le pays d'origine. Seule la première, cependant, qui visait une injonction de payer, portait directement sur le motif de refus *ad hoc*, celui de l'art. 27.2, qui est d'ailleurs la disposition de l'art. 27 la plus fréquemment invoquée dans la pratique (*Bundesgericht* suisse du 12 juin 1997, *Information n° 1998/15*). Dans l'autre, qui concernait une condamnation au dépens à l'encontre d'une personne n'ayant pas connaissance du litige, le motif invoqué était celui de l'ordre public de l'art. 27.1 (*Høyesteretts kjaeremålsutvalg* norvégien du 29 mars 1996, *Information n° 1997/28*).

La troisième ne semble pas d'intérêt particulier (*Høyesteretts kjaeremålsutvalg*, norvégien du 7 mars 1996, *Information n° 1997/26*).

I. En matière de procédure d'exécution (arts.31 et suivants de la Convention) on retrouve une seule décision. Elle fait référence aux effets de la décision dans l'Etat requis, en tenant compte des limites découlant de l'applicabilité du droit de l'Etat requis à l'exécution proprement dite (*Högsta Domstolen* suédoise du 12 septembre 1995, *Information n° 1996/2*, précitée sous G).

K. L'encore récente entrée en vigueur de la Convention a donné lieu à l'application des règles de droit transitoire de l'art. 54.2, dans deux cas déjà mentionnés. Dans la décision du *Tribunale d'appello di Ticino* (2 novembre 1993, *Information n° 1994/17*, précitée sous C) on concède l'exécution conformément à la Convention après le contrôle de la compétence du juge d'origine. Dans l'autre cas le *Bundesgericht* suisse (12 juin 1997, *Information n° 1998/15*, précitée sous H), après avoir jugé que le tribunal requis est tenu par les constatations de fait du tribunal d'origine, refuse la reconnaissance/exécution du jugement étranger au motif qu'il ne contenait ni constatations de fait ni motivation.

III. POUR CE QUI EST EN PARTICULIER DE LA JURISPRUDENCE

RELATIVE A L'ART. 5.1

Les fascicules établis par les services de la Cour de justice contiennent cinq décisions relatives à l'art. 5.1, à savoir, par ordre chronologique :

- *Bundesgericht* suisse du 18 janvier 1996, *Information n° 1997/18*
- *Bundesgericht* suisse du 21 février 1996, *Information n° 1998/14*
- *Høyesteretts kjaeremålsutvalg* norvégien du 10 mai 1996, *Information n° 1997/33*
- *Högsta domstolen* suédoise du 13 juin 1997, *Information n° 1997/45*
- *Court of Appeal* anglaise du 13 juillet 1997, *Information n° 1998/33*

Afin cependant de permettre aux délégations nationales d'avoir un aperçu plus large de la jurisprudence relative à l'art. 5.1, nous avons considéré opportun d'étendre notre analyse aux autres décisions de juridictions suprêmes rendues durant la même période que les cinq décisions précitées, à savoir durant les années judiciaires 1995/1996 et 1996/1997 ; elles sont au nombre de deux (2):

- *Bundesgericht* suisse du 23 août 1996
- *Høyesterett* norvégien du 15 mai 1997.

Les décisions les plus récentes, notamment autrichiennes et publiées dans la *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht (Oberster Gerichtshof* 9.9.1997, 1998.163, 10.9.1998, 1999.23 [som.], 1999.23 [som.] et 1999.24 [som.], 28.10.1997, 1998.167 et 1999.35 [som.], 27.1.1998, 1997.157, 25.2.1998, *Juristische Blätter* 1998.518, 12.8.1998, 1999.22 - v.aussi *Høyesterret* norvégien 27.1.1998, *ILP* 1998.550 [som], et *Bundesgericht* suisse 9.3.1998, *Rec.*, vol.124 III, p.188) pourront être comprises dans le prochain rapport, dans la mesure bien entendu où le Comité permanent décide de poursuivre son examen de la jurisprudence nationale au moyen de rapports.

Le présent rapport se limite ainsi aux sept (7) décisions susmentionnées, rendues durant les années judiciaires 1995/1996 et 1996/1997.

Pour chacune d'entre elles nous examinerons successivement le contenu et sa conformité à la jurisprudence relative à la Convention de Bruxelles (pour la décision sous [b] nous ajoutons également des sous-titres à cause de certaines particularités qu'elle présente).

**(a) *Bundesgericht* suisse du 18 janvier 1996, *Information n° 1997/18, T/C*
[?LP 1998.77]**

La société S. ayant son siège en Suisse a vendu à la société italienne T. un système d'épuration des émissions polluantes qu'elle a monté sur place. Par la suite, la société T. fit valoir que ce système était déficient et résilia le contrat. La société S. actionna la

société italienne T. à Zürich en paiement du prix d'achat; la société T. souleva l'exception d'incompétence internationale.

Les parties étaient en désaccord sur le point de savoir si une convention attributive de juridiction incorporée dans leur contrat était valable. Toutefois, le Tribunal fédéral examina d'abord s'il y avait un for à Zürich au sens de l'art. 5.1, question à laquelle il donna une réponse affirmative. Alors qu'il conviendrait d'interpréter de manière autonome la notion de "matière contractuelle", le lieu d'exécution serait régi par le droit applicable au contrat ou à la prestation. Dans le cas de contrats entièrement synallagmatiques il découlerait du for prévu à l'art. 5.1, qu'il existerait un lieu d'exécution différent pour chaque prestation, étant précisé qu'en l'espèce c'est la créance portant sur le prix d'achat qui faisait l'objet du litige. Le Tribunal fédéral applique les règles matérielles de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises en tant que "droit applicable". Par interprétation des art. 57 et 58 de cette convention, il parvient à la conclusion qu'en l'espèce il ne s'agit pas d'une transaction trait pour trait, parce qu'en aucun moment de l'exécution du contrat la prestation partielle de l'une des parties devait avoir lieu en même temps que celle de l'autre. Il s'ensuit que la disposition applicable de l'art. 57.1 de la Convention de Vienne n'est pas la lettre [b], mais la lettre [a], et qu'en vertu de cette dernière disposition le prix d'achat devrait être payé au lieu d'établissement de la vendeuse et demanderesse, ce qui signifie que la compétence serait donnée à Zurich.

La Cour de justice (ci-après CJCE dans ce chapitre III) avait déjà préconisé l'interprétation autonome de la notion "matière contractuelle" dans sa décision du 4.3.1982 dans l'affaire Peters/ZNAV (34/82), interprétation qu'elle a par exemple confirmée dans sa décision du 8.3.1988 dans l'affaire Arcado/Haviland (9/87) et dans celle du 17.6.1992 dans l'affaire Handte/TMCS (C-26/91). Mais c'est dans sa décision du 6.10.1976 dans l'affaire Tessili/Dunlop (12/76) que la CJCE a estimé que le lieu d'exécution est déterminé par le droit applicable au contrat ou à la prestation. En outre, dans sa décision du 6.10.1976 dans l'affaire De Bloos/Bouyer (14/76) la CJCE a stipulé que, dans le cadre d'un contrat synallagmatique, il peut y avoir un for différent pour les litiges relatifs à la prestation principale de chaque partie. Enfin, dans sa décision du 29.6.1994 dans l'affaire Custom Made/Stawa Metallbau (C-288/92), la CJCE jugea que le lieu d'exécution peut également être déterminé par la *lex causae*,

même lorsque celle-ci est une loi uniforme, comme c'était le cas de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels dans le cas tranché par la CJCE et de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, qui a succédé à la Convention de La Haye, pour le cas tranché par le Tribunal fédéral.

On peut donc affirmer que dans la présente décision le Tribunal fédéral a recours à la même notion du for contractuel que celle qui fut retenue dans la jurisprudence de la CJCE.

(b) *Bundesgericht suisse du 21 février 1996, Information n° 1998/14, B/K*

1. La décision

En 1993, dame K. a actionné à Zurich sieur B (domicilié à Rome ou à Londres). Elle demandait au défendeur le remboursement de deux prêts. Le défendeur a contesté tant l'existence des prêts que la compétence territoriale du tribunal zurichois. Il s'agissait de savoir si, au sens de l'art. 5.1 de la Convention de Lugano, le lieu d'exécution se trouvait à Zurich.

Le Tribunal fédéral estima que le lieu d'exécution de l'obligation de rembourser les prêts peut aussi être déterminé dans une convention entre les parties pour autant que *la lex causae* applicable admette de telles conventions. Dans un pareil cas, il n'est en principe pas nécessaire que la convention soit passée dans une des formes prévues à l'art. 17. Toutefois, elle doit viser la création effective, sur le plan du droit matériel, d'un lieu d'exécution; cette exigence entend éviter que l'on ne contourne les règles de forme édictées à l'art. 17.

Pour ce qui est d'autre part de l'application de l'art. 5.1 et de la procédure visant à identifier le lieu d'exécution, disputé entre les parties, le Tribunal fédéral distingue selon que les allégations factuelles du demandeur à cet effet revêtent également de l'importance pour le jugement de l'affaire au fond.

Dans l'affirmative, hypothèse qui n'était cependant pas celle de l'affaire jugée par le Tribunal fédéral, le juge pourrait décider de sa compétence en se contentant du contenu de la demande, les allégations éventuelles du défendeur en sens contraire étant reportées au stade de l'examen de l'affaire au fond. Ce principe, qui – répétons-le – vaut seulement lorsque l'allégation contestée revêt de l'importance tant pour l'examen de la recevabilité selon la Convention de Lugano que pour le bien-fondé de la demande, est destiné à protéger le défendeur : puisque celui-ci doit répondre à des allégations déterminantes aussi bien pour la recevabilité de la demande que pour le bien-fondé de celle-ci, il doit pouvoir opposer par la suite l'exception *rei judicatae* à une seconde demande matériellement identique à la première.

Si, par contre, l'existence d'un accord relatif au lieu d'exécution - alléguée par la partie demanderesse, mais contestée par la partie adverse - ne revêt de l'importance que pour la décision sur la compétence judiciaire et n'a pas d'incidence sur le fondement de la prétention litigieuse, le tribunal ne peut pas s'en remettre simplement aux allégations de la partie demanderesse à ce sujet, si le défendeur les conteste ; il doit, au contraire, administrer des preuves sur ce point, si besoin en est. En l'espèce, l'action en remboursement des prêts litigieux pouvait être jugée quant au fond sans qu'il soit nécessaire de décider si le lieu d'exécution de l'obligation se trouvait ou non à Zurich. Ainsi la cause est renvoyée à la juridiction cantonale pour qu'elle ordonne l'administration des preuves sur l'accord relatif au lieu d'exécution selon l'art. 5.1 de la Convention de Lugano.

2. Respect de la jurisprudence relative à la Convention de Bruxelles

Dans la décision de la CJCE du 17.1.1980 dans l'affaire *Zelger/Salinitri* (56/79), la Cour part de l'idée que le lieu d'exécution prévu conventionnellement peut créer une compétence au sens de l'art. 5.1, même s'il a été fixé sans qu'une forme déterminée n'ait été choisie, étant entendu qu'en principe il n'y a pas lieu de respecter les dispositions de forme prévues à l'article 17. La CJCE fonde son interprétation sur la différence existant entre la conception téléologique et systématique de l'art. 5.1 et celle de l'art. 17 : alors que le for prévu à l'art. 17 résulte d'une convention entre les parties portant directement sur la compétence judiciaire, la proximité du for par rapport à l'objet du litige serait déterminante dans le cas de l'art. 5.1. Le raisonnement

est cohérent et juste, même si l'avocat général Capotorti (et une partie de la doctrine par la suite) ont perçu le risque que l'art. 17 ne puisse de la sorte être éludé. En déniant à une convention purement fictive sur le lieu d'exécution tout pouvoir de créer une compétence au sens de l'art. 5.1, le Tribunal fédéral ne tient pas seulement compte de cette préoccupation, mais, en plus, il anticipe en quelque sorte sur l'arrêt que la CJCE allait rendre une année plus tard dans l'affaire MSG/Gravières Rhénanes (21.2.1997, C-106/95). En effet cet arrêt prive d'effets attributifs de compétence judiciaire tout «accord sur le lieu d'exécution, qui vise ... exclusivement à établir un lieu de for déterminé » (dispositif, point 2).

3. Nouveau développement de la jurisprudence relative aux Conventions

Le principe de "l'économie d'analyse formelle initiale" des allégations du demandeur, tel que décrit dans le quatrième paragraphe ci-dessus de notre présentation de la décision du *Bundesgericht*, est soutenu par une partie de la doctrine allemande et de la doctrine suisse (voir Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, Heidelberg 1998, 6e, art. 19.note 5).

Dans son arrêt Peters/ZNAV, précité, la CJCE avait simplement estimé que le juge national pouvait décider de sa propre compétence conformément à l'art. 5.1, sans être contraint de procéder à un examen de l'affaire au fond (point 17). La décision commentée du Tribunal fédéral semble aborder de manière plus élaborée cette question, dans la mesure où elle distingue selon les conséquences que les allégations visant la compétence judiciaire pourraient avoir sur le fond. Il s'agit d'une approche susceptible d'être généralisée et dont la portée s'étendra peut-être au-delà du cas prévu dans l'art. 5.1.

On notera cependant que les règles de la Convention relatives à la vérification de la compétence et de la recevabilité (v: notamment l'art. 19) semblent s'interpréter en ce sens que, si les allégations du demandeur ne sont pertinentes que pour la détermination de la compétence judiciaire, le tribunal saisi ne pourrait pas être tenu de se fonder simplement sur celles-ci. Par ailleurs, les conventions ne permettent pas de conclure à l'existence d'un véritable devoir de mener une procédure d'administration

des preuves, lorsque les faits générateurs de for sont contestés, ce devoir découlant - le cas échéant, comme en l'espèce – du droit national.

(c) *Høyesterettskjaeremålsutvalg* norvégien du 10 mai 1996, *Information n° 1997/33, Deutsche Bank*

[ILP 1997.8, som.]

L'analyse de cette décision se fonde sur le résumé en anglais préparé par l'autorité norvégienne compétente pour l'échange d'informations, ainsi que sur une traduction officielle en français fourni aimablement par les services de la Commission, la langue norvégienne n'étant pas accessible aux rédacteurs de ce rapport.

Il s'agissait d'une demande formée en Norvège en application de l'art . 5.1, l'applicabilité de cette disposition en l'espèce ayant été contestée par le défendeur au motif que la prétention litigieuse était de caractère non pas contractuel, mais délictuel. La juridiction norvégienne saisie de la demande paraît avoir jugé que, pour se déclarer compétente, il lui fallait des indices raisonnablement suffisants d'existence d'un rapport contractuel («relatively clear indications » selon les termes du résumé établi par l'autorité nationale) et que, par ailleurs, il appartenait au demandeur d'apporter ces indices. Une telle approche interprétative de l'art. 5.1 nous semble en parfaite harmonie avec la jurisprudence *Effer/Kantner* de la CJCE (4.3.1982, 38/81), à laquelle d'ailleurs la décision nationale se réfère.

(d) *Bundesgericht* suisse du 13 août 1996, *K/dames P et F*

Dames P. et F., domiciliées à Genève, ont assigné à Genève K., domicilié à Londres, en paiement d'une somme d'argent à titre de commission de courtage. Le défendeur fait valoir que la cour cantonale avait violé l'art. 5.1 de la Convention de Lugano en n'examinant pas de manière suffisante si la cause en litige relevait ou non de la "matière contractuelle", surtout en raison du fait que l'existence, respectivement la validité du contrat, étaient litigieuses. Un tel examen eût permis d'exclure l'applicabilité de cette disposition.

Le Tribunal fédéral part de l'idée que le concept de "matière contractuelle" est une notion autonome qui ne doit pas être interprétée par renvoi au droit interne d'un Etat. Elle inclut les contestations sur l'existence ou sur la validité d'un contrat, faute de quoi il suffirait au défendeur d'alléguer que le contrat n'existe pas ou n'est pas valable pour déjouer la règle instituant la compétence au sens de l'art. 5.1. Le Tribunal fédéral ajoute que l'obligation à retenir n'est ni l'une quelconque des obligations nées du contrat, ni l'obligation caractéristique, mais l'obligation qui sert de base à l'action en justice. En outre, le lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée serait déterminé conformément à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon sa règle de conflit de lois. Et ce serait ensuite le lieu d'exécution désigné par cette loi qui fonderait la compétence spéciale. Le Tribunal conclut que le défendeur pouvait être attiré en Suisse, car, selon le droit suisse applicable, le paiement s'opère au lieu où le créancier est domicilié à l'époque du paiement, à défaut de stipulation contraire. Il ajoute d'ailleurs un argument se fondant sur l'art. 18, puisque le défendeur n'avait jamais contesté la compétence territoriale des autorités genevoises.

Dans cette décision, le Tribunal s'inspire également de la jurisprudence précitée de la CJCE (v. sous l'arrêt du Bundesgericht suisse du 18.1.1996, point III.a ci-dessus) : un for spécial pour chaque prestation principale dans le cas des contrats entièrement synallagmatiques et détermination du lieu d'exécution selon le droit applicable au contrat, respectivement à la prestation. Par ailleurs, et selon l'arrêt Effer/Kanter de la CJCE, également précité, la notion de "matière contractuelle" comprend aussi le cas où la formation même du contrat est litigieuse.

(e) *Høyesterett* norvégien du 15 mai 1997, Annie Haug

[ILP 1998.804]

Les héritiers d'un preneur de prêt ont remboursé le prêt au créancier et se sont par la suite tournés contre les garants. Ces derniers étaient domiciliés en Espagne, mais l'action a été formée en Norvège, lieu du remboursement du prêt. Les défendeurs ont excipé de l'incompétence des tribunaux norvégiens, au motif que le différend n'était pas de caractère contractuel et qu'en toute hypothèse l'art. 5.1 ne s'appliquait qu'en matière commerciale. Le tribunal de première instance a accueilli l'exception

d'incompétence, mais la juridiction d'appel a infirmé cette décision et la cour suprême a confirmé la décision d'appel.

Pour ce qui est de l'allégation suivant laquelle le différend n'était pas de caractère contractuel, la cour suprême s'estime lié par les constatations de la juridiction d'appel, cette dernière ayant conclu au caractère contractuel du différend et, partant, à l'applicabilité de l'art. 5.1. Ainsi la cour suprême ne se prononce directement que sur l'autre chef de l'exception d'incompétence, c'est-à-dire l'inapplicabilité de l'art. 5.1 aux différends de caractère non-commercial, qu'elle rejette, en faisant relever qu'une telle limitation ne résulte nullement du texte de l'art. 5.1.

Sur cette dernière question l'arrêt de la cour suprême semble en harmonie avec la jurisprudence de la CJCE, qui n'a jamais limité l'applicabilité de l'art. 5.1 aux différends de caractère commercial (v. l'arrêt précité *Peters/ZNAV*, ainsi que l'arrêt du 15.1.1987, dans l'affaire 266/85, *Shenavai/Kreischer*) ; de même pour ce qui est de la doctrine (Rapport Jenard, p.23, Donzallaz, La Convention de Lugano, Berne, Staempfli, III/1998, Nos 4442-4443) et, à notre connaissance, de la jurisprudence nationale (Corte di cassazione italienne 1.10.1980, Rép.I-5.1.2- B32).

S'agissant par contre du caractère contractuel du différend, on peut raisonnablement se poser la question si et dans quelle mesure l'interprétation retenue en l'espèce se trouve en conformité avec l'arrêt *Handte/TMCS* de la CJCE, précité. Certes, le *Høyesterett* n'a pas traité directement du caractère contractuel ou non de l'obligation litigieuse, du fait qu'en application du droit interne il s'estimait lié par les constatations de la cour d'appel, dont nous ne connaissons pas le raisonnement. Mais il nous semble que, tout comme dans l'affaire *Handte/TMCS*, ici aussi il n'existait « aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre » (point 15 de l'arrêt *Handte/TMCS*).

(f) *Högsta domstolen* suédoise du 13 juin 1997, Information n° 1998/45, Probo Ab*

Tout comme pour la décision analysée sous (c), la langue de la décision de la cour suprême suédoise du 13 juin 1997 dans l'affaire Probo Ab est inconnue aux rédacteurs de ce rapport. De surcroît il n'existe pas de résumé établi par l'autorité nationale compétente pour l'échange d'informations, la brève analyse qui suit ayant été rendue possible grâce au concours apporté par les services de la Commission européenne sous forme d'une traduction officielle en français de la décision en question (notons également qu'un très bref résumé de cette décision en anglais apparaît dans le *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1999, 54).

Le litige opposait un créancier à la personne qui s'était portée caution de son débiteur, l'action ayant été formée devant les tribunaux suédois au motif que le lieu d'exécution de l'obligation résultant du cautionnement était à exécuter en Suède.

La question qui se posait en premier lieu visait à savoir si une telle action, basée sur un contrat de cautionnement, relevait ou non du champ d'application de l'art. 5.1. Les juridictions nationales, qui rappellent d'emblée le principe de l'interprétation autonome de la notion de « matière contractuelle », répondent par l'affirmative à cette question, ce qui nous paraît en conformité avec la jurisprudence et la doctrine relative à la Convention de Bruxelles, même si nous ne sommes pas en mesure d'étayer notre position par une citation *ad hoc*, autre que celle d'une décision de la Cour de cassation française du 3 mars 1992 (Information n° 1992/12).

Pour ce qui est par ailleurs de la détermination de la juridiction compétente en application de l'art. 5.1, la Högsta domstolen suit fidèlement l'interprétation relative à la prise en considération de l'obligation « litigieuse » et à la détermination de son lieu d'exécution conformément à la *lex causae*, identifiée au moyen des règles de conflit du *forum*, même si elle n'a pas dû à choisir entre droit suédois et droit anglais (seuls à pouvoir entrer en considération en l'espèce), étant donné que pour les deux l'obligation litigieuse était à exécuter au domicile du demandeur, à savoir à Stockholm.

* Les auteurs remercient Mme Renfors de la délégation suédoise pour ses observations au sujet de cette décision.

(g) *Court of Appeal* anglaise du 13 juillet 1997, *Information* n° 1998/33, *Agnew**

Il s'agissait d'une demande d'annulation/résolution d'un contrat au motif que le comportement du cocontractant durant les négociations était contraire aux exigences de bonne foi. Le contrat était un contrat de réassurance et le comportement de mauvaise foi consistait dans la "misrepresentation and non-disclosure of material facts".

La question était de savoir si le litige tombait sous l'art. 5.1 et, dans l'affirmative, quel serait le tribunal compétent en vertu de cette disposition.

Tant le tribunal de première instance que la Court of Appeal ont répondu par l'affirmative à la première branche de la question et ont confirmé par la suite la compétence des juridictions anglaises en raison de la circonstance que les négociations avaient eu lieu en Angleterre.

Pour ce qui est de l'applicabilité de l'art. 5.1, la Court of Appeal, tout en reconnaissant que l'obligation d'agir en bonne foi a ses origines dans l'*equity* et qu'elle n'est pas en tant que telle de caractère contractuel, fonda sa conclusion sur la considération qu'en toute hypothèse l'obligation précitée n'aurait de sens pratique qu'en rapport avec tel ou tel contrat particulier. Par ailleurs la circonstance que l'action visait l'annulation/résolution du contrat ne semble pas avoir mis en doute l'applicabilité de l'art. 5.1 ; dans la mesure où l'action était de caractère contractuel, la Court of Appeal ne distingue pas selon qu'elle vise l'exécution du contrat ou sa validité/nullité.

S'agissant d'autre part de l'identification du tribunal compétent en vertu de l'art. 5.1, le raisonnement de la Court of Appeal est essentiellement guidé par des considérations pragmatiques, lui permettant de conclure que, dans la mesure où l'action est basée sur une prétendue violation du principe de bonne foi pendant les négociations, le tribunal mieux placé pour connaître du litige ne peut qu'être celui du lieu des négociations.

* Les auteurs remercient M. Van der Velden de la délégation néerlandaise pour ses observations au sujet de cette décision.

Sur l'ensemble l'interprétation retenue nous semble en conformité avec la Convention de Bruxelles, même si nous ne sommes pas en mesure d'étayer cette constatation de précédents jurisprudentiels communautaires ou, même, nationaux. Seul le deuxième aspect de la question sur l'applicabilité de l'art. 5.1 semble être connu de la jurisprudence communautaire, du fait notamment de l'arrêt Effer/Kantner, précité ; là, cependant, la nullité du contrat avait été invoquée à titre incident, dans le cadre d'une exception d'incompétence, et non pas à titre principal dans une procédure au fond, comme c'est le cas ici.

Nous pouvons cependant faire les constatations suivantes

La décision de la Court of Appeal fait sien le principe bien connu de la Convention de Bruxelles, suivant lequel l'interprétation de l'art. 5 doit se faire par référence aux objectifs de la Convention et non pas aux concepts des droits nationaux, et s'appuie dans une large mesure sur des arrêts de la CJCE relatifs à l'art. 5 (arrêts Bloos, Shenavai et Custom Made/Stawa Metallbau précités, ainsi qu'arrêt du 27.9.1988, dans l'affaire 189/87, Kalfelis/Schröder). La Court of Appeal procède en d'autres mots comme si elle avait à interpréter la Convention de Bruxelles.

L'interprétation retenue par la Court of Appeal sur l'applicabilité de l'art. 5.1 correspond à celle déjà préconisée par la doctrine dominante de la Convention de Bruxelles (Gaudemet-Tallon, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Paris, L.G.D.J., 1996, 2e, p.112, note 22), ainsi que par la jurisprudence nationale (Corte di cassazione italienne 17.2.1981, *Cahiers de droit européen* 1985.469, Cour de cassation française 25.1.1983, *Revue critique de droit international privé* 1983.516). De même pour la *culpa in contrahendo* en particulier (Donzallaz, *op.cit.*, Nos 4531-4534).

On dirait la même chose pour l'obligation retenue aux fins de l'application de l'art. 5.1, c'est-à-dire l'obligation d'agir en bonne foi pendant les négociations. La décision susmentionnée de la Cour de cassation française n'est pas suffisamment concluante et se prête peut-être à une double interprétation, mais la décision italienne est beaucoup plus claire et proche à celle de la Court of Appeal anglais. Il avait trait à un contrat

conclu verbalement en Italie, mais qui devait être par la suite formalisé à Paris, ce qui ne s'est jamais produit; même si plusieurs obligations devaient être exécutées en Italie, la Corte di cassazione s'est prononcée en vertu de la compétence des juridictions de Paris, au motif que pour l'application de l'art. 5.1 on devait prendre en compte l'obligation violée justifiant l'annulation du contrat (dans le même sens Donzallaz, Nos 4611 et 4612, qui cite la décision susmentionnée italienne ainsi que Schlosser, Kommentar, ch.9 ad Art. 5)

Last but not least, la décision commentée se réfère expressément au besoin d'interprétation uniforme des conventions de Bruxelles et de Lugano conformément au protocole No 2 de la Convention de Lugano.

En conclusion, la décision de la Court of Appeal semble partir de l'hypothèse de l'interprétation uniforme de deux conventions et apporte de nouveaux éléments d'interprétation sur une question sur laquelle la jurisprudence de la Convention de Bruxelles ne paraît pas entièrement fixée.

IV. CONSIDÉRATIONS FINALES

Il semble résulter de l'analyse qui précède que la jurisprudence relative à la Convention de Lugano se développe de manière convergente à celle de la Convention de Bruxelles, tout en permettant parfois de l'explicitier et de l'approfondir davantage, ainsi que le démontrent p.ex. l'arrêt du *Bundesgericht* suisse du 21 février 1996 et de la *Court of Appeal* anglaise du 13 juillet 1997. Par ailleurs, à supposer même que telle ou telle décision diverge quelque peu de la jurisprudence relative à la Convention de Bruxelles, comme il semblerait être le cas de la décision du *Høyesterett* norvégien du 15 mai 1997, notre impression est que les divergences en question ne seraient pas dues aux particularités de la Convention de Lugano, mais qu'elles pourraient bel et bien apparaître dans le cadre de la seule Convention de Bruxelles.

Ces conclusions cependant ne peuvent qu'être provisoires et formulées avec réserve, dans la mesure où notre analyse détaillée de la jurisprudence se limite au seul art. 5.1, les décisions relatives aux autres dispositions de la Convention n'ayant été examinées

que dans l'aperçu « général » du chapitre II ci-dessus. Nous suggérons, par conséquent, au Comité permanent que l'analyse jurisprudentielle entreprise dans ce rapport au regard du seul art. 5.1 soit étendue à toutes les dispositions de la Convention de Lugano ayant fait l'objet de jurisprudence. De la sorte, d'une part il pourra être vérifié dans quelle mesure nos conclusions relatives à l'art. 5.1 ont une portée générale, d'autre part le matériel jurisprudentiel recueilli en application du protocole No 2 recevrait une valeur ajoutée, car plus facile à utiliser.

La méthode la plus appropriée serait à notre avis d'établir dans une première phase un rapport consolidé couvrant tout le matériel jurisprudentiel actuellement disponible, à savoir du 1er au 8ème fascicule, et de procéder par la suite par des mises à jour annuelles, au fur et à mesure que de nouveaux fascicules paraissent. Au vu de notre expérience nous nous permettons d'ajouter qu'un tel travail serait substantiellement facilité en cas de soutien matériel, visant essentiellement à couvrir les frais de quelques traductions et/ou de secrétariat.

Les rédacteurs du rapport relèvent par ailleurs que plusieurs décisions des fascicules de langues « non habituelles » sont par la suite traduites, notamment en anglais, pour être publiées, en entier ou en résumé, dans des revues juridiques. Les fascicules font mention de ces traductions, dans la mesure où celles-ci existent au moment de la préparation de chaque fascicule, mais plusieurs traductions apparaissent ultérieurement. Dans notre rapport nous avons pris soin de mentionner ces « nouvelles » traductions, à savoir celles qui n'existaient pas au moment de la préparation de chaque fascicule et qui n'apparaissent pas sur la page de garde de chaque décision comprise dans les fascicules, et nous pensons qu'il sera utile que les futurs rapports (ainsi que les publications de l'Institut suisse de droit comparé) fassent de même.

Pour terminer, les rapporteurs souhaitent remercier les services de la Commission pour le concours qu'ils leur ont apporté en s'assurant de la traduction en français des décisions (c) et (f) du chapitre III et ils se doivent par ailleurs reconnaître que leur tâche a été largement facilitée par l'examen préliminaire de la jurisprudence effectuée par les services compétent de la Cour de justice en application du protocole No 2. Ils doivent également remercier les membres du Comité permanent de la confiance qu'ils

leurs ont témoigné en les chargeant de l'établissement de ce premier rapport
experimental et expriment le souhait que ce rapport pourra effectivement servir de

base à un débat utile sur les méthodes de suivi de la jurisprudence nationale recueillie par les services de la Cour de justice en application du protocole No 2.

Barcelone, Berne, Athènes, mai 1999

Prof. Alegría Borrás (Espagne)

Dr. Alexander R. Markus (Suisse)

Prof. Haris Tagaras (Grèce)