



CONSEIL DE
L'UNION EUROPÉENNE

SECRÉTARIAT GÉNÉRAL

Bruxelles, le 15 septembre 2000
(OR. en)

SN 4216/00

DEUXIÈME RAPPORT SUR LA JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX NATIONAUX
RELATIVE À LA CONVENTION DE LUGANO
établi par H. Bull, G. Musger, F. Pocar

I. Introduction

Lors de sa réunion des 13 et 14 septembre 1999, le Comité permanent de la Convention de Lugano a reçu un rapport sur la jurisprudence des tribunaux nationaux relative à la convention, qui avait été établi à partir des décisions transmises à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) par les États signataires et adhérents, conformément au Protocole n° 2 annexé à la convention. Ce rapport portait sur les décisions contenues dans les sept premiers fascicules publiés par la Cour (par sa direction « Bibliothèque, recherche et documentation »). Le Comité permanent a décidé que les délégations autrichienne, italienne et norvégienne établiraient pour la réunion suivante un deuxième rapport analogue portant sur les décisions contenues dans le 8ème fascicule, diffusé en juillet 1999. Le 8ème fascicule contient 71 décisions relatives soit à la convention de Lugano, soit à la convention de Bruxelles, qui ont été prononcées par les juridictions suivantes :

Convention de Lugano:

Oberster Gerichtshof (Autriche): 22 décisions

Tribunal fédéral / Bundesgericht (Suisse): 7 décisions

Bundesgerichtshof (Allemagne): 1 décision

Corte di Cassazione (Italie): 4 décisions

Norges Høyesterett (Norvège): 1 décision

Korkein oikeus / Högsta domstolen (Finlande): 2 décisions*

* Les auteurs du rapport remercient de sa coopération de M. Gustav Bygglin de la Cour suprême finlandaise, qui leur a procuré des résumés de ces décisions en suédois.

Convention de Bruxelles :

Cour de justice des CE: 6 décisions

Bundesgerichtshof (Allemagne): 3 décisions

Tribunal Supremo (Espagne): 3 décisions

Cour de Cassation (France): 11 décisions

House of Lords (Royaume-Uni) : 2 décisions

Corte di Cassazione (Italie): 6 décisions

Supreme Court (Irlande): 1 décision

Décisions de renvoi à la Cour de justice des CE afin qu'elle statue à titre préjudiciel :

Hoge Raad (Pays-Bas) 1 décision (Affaire C-387/98 de la CJCE)

Cour d'appel de Versailles (France): 1 décision (Affaire C-412/98 de la CJCE)

Comme dans le premier rapport, seules les décisions portant sur la Convention de Lugano (37 décisions) seront présentées dans le présent rapport. Parmi ces 37 décisions, celle de la *Norges Høyesterett* (arrêt n° 69 du 8ème fascicule – décision du 15 mai 1997, 1.n° 286 K/1997, *Annie Haug*), figurait déjà dans le premier rapport. Nous renvoyons au résumé de la décision et aux commentaires que ce premier rapport faisait à son sujet.

Nous rappelons que la CJCE est tributaire des informations que lui fournissent les autorités des différents États sur la jurisprudence nationale. Les décisions nationales relatives aux Conventions de Bruxelles et de Lugano que la CJCE a été en mesure de diffuser ne constituent pas nécessairement une compilation complète des décisions relatives à ces conventions rendues par les juridictions nationales jugeant en dernier ressort. Il convient d'en tenir compte en lisant le rapport. Les décisions portent sur une large éventail de questions, mais l'article 5, point 1, sur le *forum solutionis* est manifestement la disposition ayant fait l'objet du plus grand nombre de décisions : 26 sur 71, dont 16 concernent la Convention de Lugano. Vient ensuite, pour le nombre de litiges, l'article 17 sur les conventions attributives de juridiction (13 sur un total de 71 décisions, dont 6 relatives à la Convention de Lugano). Deux points du rapport, les points III et IV, sont par conséquent consacrés respectivement à l'article 5, point 1, et à l'article 17, les autres décisions étant présentées au point II.

II. Relevé de la jurisprudence

Mis à part les arrêts relatifs à l'article 5, point 1, et à l'article 17, qui feront l'objet d'une analyse plus détaillée aux points III et IV, ainsi que quelques arrêts d'intérêt mineur, nous pouvons présenter le relevé ci-après de la jurisprudence :

1. Le Tribunal fédéral suisse a explicitement décidé le 20 août 1998 (arrêt n° 35), de s'aligner sur la jurisprudence de la CJCE relative à la Convention de Bruxelles pour l'interprétation de la notion de « matières civile et commerciale » figurant à l'**article 1er** (affaire n° 814/79, *Rüffer*), soulignant par là l'importance que revêt d'une manière générale une interprétation uniforme des Conventions de Bruxelles et de Lugano. La décision contenait cependant quelques considérations sur les circonstances dans lesquelles une interprétation divergente des conventions serait justifiée. Cela pourrait être le cas, note le Tribunal fédéral, si l'interprétation d'une disposition de la Convention de Bruxelles était influencée par l'application d'une disposition de droit communautaire, par exemple par l'application du principe de non-discrimination à raison de la nationalité.

L'arrêt est sur le fond parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour européenne relative à l'article 1er. Le simple fait que l'une des parties soit une autorité publique n'exclut pas la matière du champ d'application de la convention. La question déterminante est celle de savoir si l'autorité en question a agi dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique (*jure imperii*) ou non (*jure gestionis*). En l'espèce, le défendeur, une entité publique italienne, avait agi dans le domaine de l'assurance-crédit, sans user de prérogatives de puissance publique. L'application de la convention a donc été admise.

2. Un arrêt (*Oberster Gerichtshof* autrichienne, 28 août 1997, arrêt n° 10) concerne l'interprétation de l'**article 5, point 2** (obligations alimentaires). La demanderesse, une jeune femme domiciliée en Autriche, voulait intenter une action contre son père, domicilié en Suisse, pour le paiement d'une dot. Ignorant apparemment l'existence de l'article 5, point 2, elle demanda à la Cour suprême de désigner une juridiction compétente devant laquelle porter son action. Sa demande était fondée sur l'article 28 de la Jurisdiktionsnorm (loi autrichienne sur la procédure civile et l'organisation judiciaire). Cette disposition autorise la Cour suprême, si certaines conditions sont réunies, à désigner une juridiction compétente pour connaître d'une action pour laquelle les autres règles de droit national ou international ne désignent pas de juridiction territorialement compétente. La Cour a rejeté la demande, au motif que lorsque le droit autrichien est la *lex causae*, le paiement d'une dot relève de l'article 5, point 2. Cette disposition prévoyant que la compétence appartient au tribunal du domicile de demandeur, la Cour ne voyait pas de raison de désigner un tribunal compétent.

La question de savoir si le paiement d'une dot relève ou non de l'article 5, point 2, n'a été traitée que dans le cadre d'une question préjudicielle soumise à la Cour suprême. Néanmoins, on sait maintenant que cette obligation doit être qualifiée d'obligation alimentaire au sens de l'article 5, point 2. Compte tenu de la particularité des règles autrichiennes en matière de dot, il semble que cela soit conforme à la jurisprudence de la Cour de justice relative à cette disposition. Le droit autrichien considère la dot comme l'ultime effet de l'obligation alimentaire des parents. Ils doivent aider leurs enfants à démarrer dans la vie matrimoniale. La dot doit aller à l'enfant lui-même et non au conjoint. C'est pourquoi la Cour suprême a estimé que, lorsque le droit autrichien est la *lex causae*, la dot relève d'un concept autonome d'obligations alimentaires au sens de l'article 5, point 2.

3. Trois décisions portent, au moins en partie, sur l'article 5, point 3.

La première (*Oberster Gerichtshof* autrichienne, 27 janvier 1998, n° 18) concerne une action en restitution du prix dans une affaire dans laquelle la validité d'un contrat était contestée pour défaut de consentement. Le demandeur fondait la compétence des tribunaux autrichiens sur l'article 5, point 1, ou sur l'article 5, point 3. Le Cour suprême a accepté l'applicabilité de l'article 5, point 1, (voir ci-après point III, paragraphe 4), mais a refusé l'application de l'article 5, point 3. Elle a estimé que la notion de « matière délictuelle ou quasi délictuelle » devait être considérée comme une notion autonome – ainsi qu'en avait décidé la CJCE dans l'affaire *Kalfelis/Schröder* (affaire n° 189/87) – et qu'elle ne s'appliquait pas à une action fondée sur l'enrichissement sans cause après résolution du contrat.

Dans un autre arrêt relatif à l'article 5, point 3, (*Oberster Gerichtshof* autrichienne, 24 février 1998, n° 21) la Cour a eu à juger de la localisation de pertes purement économiques. Le demandeur, domicilié en Autriche, avait livré des marchandises à une société allemande sur la base d'un contrat de crédit assorti d'une clause de réserve de propriété. Mais la société allemande a tout de même vendu les marchandises et les acheteurs en ont acquis la propriété en vertu des règles allemandes de l'acquisition de bonne foi. Avant la date à laquelle le paiement devait avoir lieu, la société est devenue insolvable en raison de malversations de son directeur général, et les factures du demandeur sont restées impayées.

Le demandeur a cherché à obtenir une indemnisation en intentant contre le directeur général une action en responsabilité extracontractuelle. Le directeur étant domicilié en Allemagne, la compétence des tribunaux autrichiens ne pouvait être fondée que sur l'article 5, point 3. La Cour suprême a invoqué la jurisprudence de la CJCE (*Bier/Mines de potasse*, affaire 21/76 ; *Dumez France SA*, affaire 220/88 ; *Shevill*, affaire 68/93), aux termes de laquelle le demandeur peut choisir d'intenter son action soit devant le tribunal du lieu où l'événement causal s'est produit, soit devant celui du lieu où le préjudice est survenu.

Étant donné que le défendeur avait commis ses malversations en Allemagne, seule la deuxième possibilité entrainait en pratique en ligne de compte. Invoquant deux décisions italiennes relatives à l'article 5, point 3, de la Convention de Bruxelles (qui vont plus ou moins dans le sens de la décision n° 60 citée ci-après), la Cour a considéré que la diminution du patrimoine du demandeur avait eu lieu à son domicile et que, étant la conséquence première et directe des malversations commises par le défendeur, le tribunal du domicile du demandeur était compétent aux termes de l'article 5, point 3.

Dans ses conclusions, le défendeur avait invoqué l'affaire *Marinari* jugée par la CJCE (affaire 364/93) pour montrer qu'une perte purement économique de patrimoine subie par le demandeur ne suffisait pas à établir la compétence en vertu de l'article 5, point 3. La Cour suprême a rejeté cet argument. Dans l'affaire *Marinari*, le CJCE avait estimé que les conséquences ultérieures d'un préjudice survenues dans un État différent de celui où est survenu le préjudice initial n'entraient pas en ligne de compte pour l'application de l'article 5, point 3. La Cour suprême a considéré en l'espèce que la perte initiale avait été subie au domicile du demandeur. Vu que la vente des marchandises par le défendeur, qui avait eu lieu en Allemagne, avait eu pour conséquence directe la perte de ses biens par le demandeur, on peut se demander si la Cour suprême a appliqué correctement la jurisprudence *Marinari*. On pourrait faire valoir que la perte des biens a été le préjudice initial subi par le demandeur, auquel cas, une réduction de son patrimoine situé en Autriche pourrait être qualifiée de conséquence n'entrant pas en ligne de compte pour l'application de l'article 5, point 3.

Le troisième arrêt relatif à l'article 5, point 3, (*Corte di Cassazione* italienne, 22 mai 1998, n° 60) concerne la détermination du lieu où le fait dommageable s'est produit. Le demandeur avait subi une opération chirurgicale en Suisse et s'était plaint, deux années plus tard, que son état de santé avait empiré en Italie, où il avait son domicile. Il a poursuivi le chirurgien en Italie en fondant la compétence des tribunaux italiens sur le droit du demandeur de choisir entre le lieu de l'événement causal et le lieu où le fait dommageable s'est produit, droit établi par la CJCE dans sa jurisprudence, et en soutenant que le fait dommageable s'était produit en Italie. La Cour suprême s'est livrée à une analyse détaillée de la jurisprudence de la CJCE pour parvenir à sa conclusion, favorable au demandeur. Elle a tout d'abord exclu, en se fondant sur les faits, que le demandeur ait invoqué l'article 5, point 1, ou l'article 5, point 3, comme chefs de compétence ; ensuite, elle a écarté l'argument avancé par le défendeur, selon lequel le for contractuel devait prévaloir conformément à l'arrêt *Kalfelis/Schröder* rendu par la CJCE dans l'affaire 189/87.

Sur la question principale, la Cour a passé en revue toutes les décisions de la CJCE, depuis l'arrêt *Bier/Mines de potasse* (affaire 21/76) jusqu'à l'arrêt *Marinari* (affaire 364/93), pour arriver à la conclusion que le fait dommageable invoqué par le demandeur pour fonder la compétence, à savoir l'aggravation de son état de santé, devait être considéré comme la conséquence directe du comportement du défendeur ayant causé le préjudice, et non comme un préjudice accessoire qui ne relèverait pas de l'article 5, point 3. Il semble que la Cour ait appliqué dans sa décision les principes affirmés par le CJCE dans l'affaire *Marinari*, dans la mesure où elle y admet qu'un préjudice accessoire consistant uniquement en une perte patrimoniale n'aurait pas été un critère de compétence justifié au titre de la convention.

4. Deux arrêts de la Cour suprême autrichienne concernent l'article 6.

Dans le premier (*Oberster Gerichtshof*, 24 février 1998, n° 20), la Cour suprême a appliqué correctement l'article 6, point 3 (demande reconventionnelle). À la différence de la disposition correspondante du droit autrichien de la procédure (l'article 96 de la *Jurisdiktionsnorm*), l'article 6, point 3, exige qu'il existe un lien entre la demande et la demande reconventionnelle. Ce lien n'existant pas dans l'espèce considérée, la Cour n'a pas admis la compétence pour la demande reconventionnelle.

Le deuxième arrêt (*Oberster Gerichtshof*, 24 novembre 1997, n° 14) ne concernait pas la Convention de Lugano à proprement parler, mais y faisait référence pour l'interprétation du droit procédural interne. Le droit autrichien ne connaît pas les demandes en garantie et en intervention visées à l'article 6, point 2, de la Convention de Lugano, mais les tiers peuvent être invités à comparaître devant un tribunal selon les règles de la *litis denuntiatio*. Il avait été jugé lors de décisions antérieures qu'à la suite d'une telle procédure l'arrêt rendu sur la demande originaire produisait des effets à l'égard du tiers, qu'il ait ou non comparu dans le cadre de cette procédure. Toutefois, pour obtenir une décision exécutoire contre le tiers, il faut intenter des actions distinctes - et c'est là que réside en fait la différence entre les systèmes allemand et autrichien de *litis denuntiatio*, d'une part, et les demandes en garantie et en intervention visées à l'article 6, point 2, d'autre part -, mais, selon la tradition jurisprudentielle, le tiers était forclos à faire valoir que la décision originaire était erronée. Vu l'absence, dans le Code de procédure civile, de règles concernant cet effet contraignant, cette jurisprudence a été sévèrement critiquée par la doctrine. Devant ces critiques, la Cour suprême a décidé de revoir sa position et elle a fait référence, dans une affaire de portée purement nationale, à l'article V du protocole n° 1 annexé à la Convention de Lugano.

Cette disposition tient compte des différents systèmes permettant de faire intervenir des tiers dans une procédure judiciaire. Elle porte non seulement sur les questions de compétence – l'article 6, point 2, et l'article 11 concernant les demandes en garantie et en intervention sont remplacés par la possibilité d'une *litis denuntiatio* -, mais aussi sur la reconnaissance des décisions. L'article V dit explicitement que les effets produits à l'égard des tiers par des jugements rendus en Autriche ou en Allemagne en application des dispositions relatives à la *litis denuntiatio* sont également reconnus dans les autres États contractants.

La Cour suprême considère que cette disposition n'aurait aucun sens si les *litis denuntiatio* ne produisaient pas d'effet à l'égard des tiers. Les autorités législatives autrichiennes ont donc accepté, en ratifiant la Convention de Lugano, que les *litis denuntiatio* produisent des effets au moins dans les affaires transfrontalières. La Cour ne voyant pas de raison de faire une distinction entre les affaires nationales et internationales, la jurisprudence traditionnelle relative aux effets contraignants de la *litis denuntiatio* a été confirmée.

Cette décision est un exemple très instructif des effets que peut avoir la Convention de Lugano sur l'interprétation et l'application du droit interne, mais elle n'est pas le seul exemple : plusieurs décisions de la Cour suprême autrichienne ont fait référence à la jurisprudence de la CJCE relative à l'article 21 de la Convention de Bruxelles lorsqu'il s'est agi de résoudre des questions touchant à la litispendance, à la force de la chose jugée et à l'estoppel (*Oberster Gerichtshof*, 15 décembre 1997, *Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen*, vol. 70 n° 261, 14 juillet 1999 et 13 octobre 1999, non encore publiées).

5. Dans un arrêt déjà mentionné à propos de l'article 2 (Tribunal fédéral suisse, 20 août 1998, n° 35), le Tribunal fédéral suisse a jugé que le tribunal du domicile du preneur d'assurance (**article 8, point 1**) pouvait aussi être compétent pour connaître d'actions intentées contre l'assureur par l'assuré ou le bénéficiaire.

6. L'**article 14, premier alinéa**, prévoit que l'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État sur le territoire duquel est domicilié le consommateur soit devant ceux de l'État sur le territoire duquel est domiciliée l'autre partie. Cette disposition ne concerne que la compétence internationale ; la question de la juridiction territorialement compétente est réglée par la *lex fori*. Des problèmes se posent lorsque le droit procédural interne ne connaît pas de concept analogue de protection des consommateurs dans les affaires sans implications transfrontières et qu'il n'existe donc pas de tribunal (territorialement) compétent au domicile du consommateur (comme c'est le cas en Allemagne et en Autriche). En pareils cas, l'article 14, premier alinéa, peut offrir une compétence internationale, mais il n'existe pas de tribunal qui soit réellement compétent.

Le droit procédural autrichien prévoit ce type de situations à l'article 28 de la Jurisdiktionsnorm, que l'on a déjà cité à propos de l'article 5, point 2. Si les tribunaux autrichiens ont une compétence internationale en vertu d'un traité international, mais que le droit procédural interne ne permet pas de trouver un tribunal compétent, la Cour suprême doit désigner un tribunal qui deviendra ainsi territorialement compétent. Une décision de la Cour suprême contenue dans le dossier (*Oberster Gerichtshof*, 15 octobre 1998, n° 9) illustre parfaitement cette procédure particulière, qui est assez fréquente. Dans les procédures non contradictoires, la Cour suprême vérifie –en se fondant uniquement sur les conclusions du demandeur – s'il existe ou non une compétence internationale. Si celle-ci est admise et si un tribunal de première instance est désigné, sa compétence territoriale ne peut être contestée par le défendeur dans la suite de la procédure.

Nous ne pouvons mentionner ici qu'un seul des problèmes que cette procédure est susceptible de poser : étant donné que le défendeur n'est pas entendu devant la Cour suprême, on peut se demander s'il lui est possible de contester la compétence internationale des tribunaux autrichiens dès le début de la procédure devant le tribunal désigné. Compte tenu de l'article 20 de la Convention de Lugano et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, cela devrait être possible.

7. Trois décisions autrichiennes doivent être citées s'agissant de l'**article 16** (compétences exclusives), dont deux concernent le point 1, et une le point 5.

Dans les arrêts relatifs à l'**article 16, point 1**, (*Oberster Gerichtshof*, 15 octobre 1998, n° 17, et *Oberster Gerichtshof*, 25 juin 1998, n° 25), la Cour suprême autrichienne a explicitement suivi la jurisprudence de la CJCE sur la Convention de Bruxelles. Elle a souligné dans les deux affaires l'importance d'une interprétation autonome des notions utilisées dans la convention et a considéré que la qualification des actions selon la *lex fori* ou la *lex causae* n'était pas pertinente.

Dans l'arrêt n° 17, la Cour suprême était saisie d'une action intentée par un créancier contre des actes du débiteur concernant un droit réel sur des biens immobiliers (action paulienne). En droit interne, ce type d'actions relèvent de l'article 81 de la Jurisdiktionsnorm, disposition qui correspond à l'article 16, point 1, de la Convention. En dépit de cette qualification par la *lex fori*, la Cour suprême a suivi l'arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire *Reichert/Dresdner Bank* (affaire n° 115/88), dans lequel celle-ci excluait l'action paulienne du champ d'application de l'article 16, point 1.

Dans la décision n° 25, la Cour suprême a eu à statuer sur la situation suivante : le demandeur était propriétaire d'un bien immobilier situé en Autriche. Il avait loué ce bien à bail à une personne domiciliée en Allemagne. Les parties n'ayant pas demandé pour ce contrat l'autorisation prescrite par la loi réglementant la vente et l'affermage des terres (*Grundverkehrsrecht*), le contrat était nul *ab initio*. Comme le défendeur avait utilisé le terrain pendant quelques mois, le requérant a demandé une compensation pour la jouissance du bien en question. Il s'est appuyé sur l'article 16, point 1, pour invoquer la compétence des tribunaux autrichiens. La Cour suprême a rejeté cette conclusion. S'appuyant sur l'arrêt CJCE *Liber/Göbel* (affaire C 292/93), elle a considéré que l'usage d'un bien immobilier dans le cadre d'un contrat frappé de nullité *ab initio* ne relevait pas de l'article 16, point 1, et que le type du contrat frappé de nullité (vente de terrain dans l'affaire *Liber/Göbel*, location à bail d'un terrain dans l'espèce considérée) ne devait pas entrer en ligne de compte.

Dans un arrêt relatif à l'**article 16, point 5**, la Cour suprême autrichienne a souligné l'importance d'une interprétation restrictive de cette disposition (*Oberster Gerichtshof*, 5 janvier 1998, n° 15). Un débiteur condamné, domicilié en Autriche, avait intenté une action contre le créancier en vue d'obtenir une décision déclarant qu'il s'était acquitté de son obligation. Comme ce dernier était domicilié en Allemagne, le demandeur a voulu fonder la compétence des tribunaux autrichiens sur l'article 16, point 5, au motif que le créancier avait menacé d'entamer une procédure d'exécution. Comme cette procédure n'était pas engagée, la Cour suprême a refusé d'appliquer cette disposition.

8. Il arrive assez souvent que les jugements aient entre autres à régler la question de savoir si un tribunal est rendu compétent par la comparution du défendeur (**article 18**). Vu que la plupart des décisions en la matière sont conformes à la jurisprudence de la CJCE (*Elefanten Schuh/Jacqmain*, affaire 150/80), il nous a semblé qu'une seule décision méritait d'être mentionnée (*Oberster Gerichtshof*, 25 février 1998, n° 22). Le cas soumis à la Cour était assez classique : la procédure autrichienne d'injonction de payer (*Mahnverfahren*) prévoit que le tribunal délivre une ordonnance en ce sens, uniquement sur la base des conclusions du créancier. En l'absence d'opposition (*Einspruch*) de la part du débiteur dans les deux semaines, l'ordonnance est exécutoire. Dans le cas contraire, une procédure civile normale est ouverte. L'opposition n'a pas besoin d'être motivée, le débiteur doit simplement déclarer qu'il n'est pas d'accord sur l'ordonnance. Toutefois, les oppositions contiennent souvent des conclusions sur le fond de l'affaire, notamment lorsqu'elles sont rédigées par un avocat.

C'est ce qui s'était produit dans l'affaire dont la Cour suprême avait à connaître. Dans son opposition écrite, le défendeur avait contesté l'action sur le fond. Lors de la première audition, il avait en outre excipé de l'incompétence des tribunaux autrichiens. Le requérant avait rétorqué que l'opposition devait être qualifiée de comparution conférant compétence au sens de l'article 18. La Cour suprême a déclaré que la question de savoir quelles sont les conclusions qui valent comparution devait être tranchée selon la *lex fori*. Le droit autrichien de la procédure permettant de soulever la question de la compétence lors de la première audition, même si celle-ci n'a pas été contestée dans l'opposition, la Cour a refusé d'appliquer l'article 18.

Cette décision, qui a été suivie de plusieurs autres allant dans le même sens, résisterait-elle à une analyse approfondie effectuée sur la base de la jurisprudence de la CJCE ? Il est exact que la jurisprudence *Elefanten Schuh/Jacqmain* renvoie à la *lex fori* en affirmant que la compétence doit être contestée avant les conclusions considérées, *par le droit procédural national*, comme la première défense adressée au juge saisi. On pourrait cependant se demander si l'application de l'article 18 doit réellement dépendre du type particulier de conclusions (comme par exemple l'opposition à une ordonnance enjoignant le paiement) censées conférer une compétence au regard du droit national. Comment ce critère pourrait-il fonctionner dans un État contractant où la notion de comparution conférant compétence n'existe tout simplement pas ? Il s'agit ici de savoir si l'opposition doit être considérée, selon la *lex fori*, comme une *défense* contre l'action intentée par le demandeur. Étant donné qu'en l'absence d'opposition dans les deux semaines, l'ordonnance enjoignant de payer devient exécutoire sans aucun recours possible, cette hypothèse paraît incontestable. Il n'est donc pas étonnant que la décision de la Cour suprême ait été sévèrement critiquée par la doctrine. En outre, dans une opinion incidente récente (*Oberster Gerichtshof*, 24 novembre 1999, non encore publiée), une autre chambre de la Cour suprême s'est demandé si le simple critère de la *lex fori* était valable. On peut s'attendre à ce que tôt ou tard la CJCE soit saisie de cette question (dans le cadre de la Convention de Bruxelles).

9. Trois décisions figurant dans le fascicule de 1999 sur la Convention de Lugano concernent l'article 21, toutes les trois en liaison avec l'article 54.2. Une seule décision avait pour objet principal l'interprétation de l'article 21 et sera traitée ci-après. Les deux autres seront examinées plus loin (cf. point II, paragraphe 12).

Dans l'affaire dont il s'agit ici (*Corte di Cassazione* italienne, 13 février 1998, n° 61), l'action avait été intentée devant les tribunaux suisses et italiens, avant l'entrée en vigueur de la convention, par A contre B à Bâle et contre C à Rome. Après l'entrée en vigueur de la convention, C était intervenu dans l'action pendante à Bâle contre B et avait appelé B à comparaître dans l'action pendante à Rome. Il était demandé à la Cour d'examiner si la question de la litispendance devait être tranchée sur la base de la demande originaire, auquel cas la convention ne serait pas applicable, ou sur la base de l'action intentée après l'entrée en vigueur de la convention. La Cour a invoqué la notion de « demande formée » figurant à l'article 21 et a très justement fait observer que l'identité des parties à la suite d'une jonction facultative et d'une jonction obligatoire d'actions devait être appréciée au moment de la jonction et non au moment où les demandes originaires ont été formées. Elle a donc appliqué en l'espèce l'article 21. La décision de la Cour suprême italienne peut être considérée comme une application des principes affirmées par la CJCE dans l'affaire *Tatry/Maciej Rataj* (affaire n° C-406/92).

10. La Cour suprême autrichienne avait été saisie de plusieurs questions relatives à la **compétence en matière de mesures provisoires** (*Oberster Gerichtshof*, 13 janvier 1998, n° 16). La Fédération internationale de ski (FIS), qui a son siège en Suisse, avait, en vertu de ses statuts, refusé à un skieur professionnel autrichien l'autorisation de participer à des compétitions de la coupe du monde sans posséder la licence de la fédération autrichienne de ski. Le skieur a demandé des mesures provisoires ordonnant à la FIS d'accepter une licence délivrée par une fédération caraïbe de ski.

La Cour suprême a anticipé dans un attendu la jurisprudence *Van Uden* de la CJCE (affaire C 391/95) en jugeant que pour les mesures provisoires la compétence internationale pouvait être fondée *soit*, en application de l'article 24, sur le droit national, *soit* sur les règles de compétence de la convention. Contrairement au point de vue défendu par le demandeur, la Cour a estimé que l'article 24 prévoyait simplement l'application du droit national, et que les États contractants n'étaient nullement tenus de prévoir des tribunaux spécialement compétents pour ordonner des mesures provisoires dans le contexte de la Convention de Lugano (ou de Bruxelles).

La Cour a aussi examiné rapidement s'il était possible d'appliquer les dispositions en matière de compétence de la convention elle-même pour la mesure provisoire considérée. Le demandeur avait invoqué l'article 5, point 3 et – pour une action intentée contre la Fédération autrichienne de ski – l'article 6, point 1. Les deux chefs de compétence ont été refusés.

Concernant l'article 6, point 1, le demandeur n'avait pas démontré l'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'action dirigée contre la Fédération autrichienne de ski et la mesure provisoire qu'il avait demandée contre celle-ci. Cet argument incontestable suffisait à lui seul à exclure l'application de cette disposition, mais la Cour suprême a ajouté une opinion incidente intéressante : vu que le droit autrichien ne permet pas de rendre une décision jointe portant à la fois sur une demande au fond et sur une demande de mesure provisoire, elle a estimé que le recours à l'article 6, point 1, était impossible en pareil cas pour les mesures provisoires.

À première vue, cela semble aller trop loin. Dans l'arrêt *Van Uden*, la CJCE a simplement fait référence aux dispositions de la convention sur la compétence en tant que telles sans subordonner la compétence à d'autres conditions. En cas d'actions jointes au sens propre du terme, l'article 6, point 1, ne précise pas si une décision jointe sur les actions est possible, voire requise par le droit procédural interne, ou non. C'est pourquoi l'article 6, point 1, devrait a priori être applicable même si le droit national ne connaît pas la notion de décision jointe ou d'actions connexes. Tel étant le cas, il n'y a a priori aucune raison de traiter différemment les demandes de mesures provisoires. Il pourrait cependant être intéressant d'examiner l'affaire de plus près en tenant compte du véritable objet de l'article 6, point 1. Selon la jurisprudence *Kalfelis/Schröder* de la CJCE (affaire 189/87), cette disposition a pour objet d'éviter les jugements inconciliables. On pourrait se demander s'il ne faut pas pour cela au moins des procédures jointes pour toutes les actions connexes (au besoin avec des décisions distinctes). Si le droit national ne le permet pas – comme c'est le cas en Autriche pour les demandes au fond et les demandes de mesures provisoires – l'objet principal de l'article 6, point 1, semble être mis en échec. On serait tenté d'en conclure que l'opinion incidente de la Cour suprême pourrait se justifier.

La Cour a également refusé d'appliquer l'article 5, point 3, au motif que la mesure provisoire demandée « n'avait pas pour objet de préserver un droit établi du demandeur ». On peut regretter que la Cour n'ait pas précisé davantage ce qu'elle entendait pas là. Le demandeur était un skieur professionnel et le risque d'une perte financière était donc évident. Compte tenu de l'interprétation assez large que fait la Cour suprême de l'article 5, point 3 (cf. ci-dessus, point II, paragraphe 3, décision n° 21), la compétence aurait pu être fondée sur le simple fait que le patrimoine du demandeur se trouvaient en Autriche. Et même si cet argument n'avait pas été accepté, au moins certaines des compétitions dont le demandeur était exclu avaient lieu en Autriche. L'attitude de la FIS avait donc des conséquences dommageables immédiates dans l'État du for.

Mais la véritable question n'est pas là (elle a été explicitement laissée de côté par la Cour suprême). Est-il possible de recourir à l'article 5, point 3, pour les actions préventives, ou le for que cette disposition désigne est-il limité aux cas où le fait dommageable s'est déjà produit ? La doctrine privilégie, semble-t-il, une interprétation plus large de cette disposition. On peut cependant regretter qu'une question préjudicielle de la *Bundesgerichtshof* allemande portant sur cette question ait été retirée avant que le CJCE n'ait eu l'occasion de se prononcer. La Cour suprême autrichienne vient de nouveau de saisir la CJCE de ce point (*Oberster Gerichtshof*, 6 Ob 50/00x, concernant l'action préventive d'une association de consommateurs contre des dispositions inéquitables figurant sur des formulaires types du défendeur).

11. Dans une décision du 17 juin 1998 (n° 70) sur l'exécution d'un jugement français en Finlande, la *Korkein oikeus* finlandaise a rejeté l'argument par lequel le défendeur condamné faisait valoir que l'exécution devait être refusée au motif que l'acte introductif d'instance devant le tribunal français ne lui avait pas été notifié en temps utile pour qu'il puisse se défendre, cf. **article 27, point 2** de la convention. Le jugement français avait été rendu par défaut après remise au parquet de l'acte en France et après une tentative des autorités finlandaises pour le notifier au défendeur dans sa version originale française. D'après les autorités finlandaises, le défendeur connaissait le français, mais il avait refusé d'accepter le document en français. Le ministère finlandais de la justice avait dû le renvoyer en France en demandant sa traduction pour qu'il soit de nouveau notifié. La *Korkein oikeus* a estimé que le document avait été dûment notifié au défendeur selon la loi française. Elle a également considéré que, vu la tentative faite pour lui notifier le document dans sa version française, qui avait eu lieu quatre mois avant le prononcé du jugement, l'affaire avait été portée à sa connaissance et il avait eu suffisamment de temps pour préparer sa défense.

12. Ainsi qu'on l'a indiqué plus haut, trois décisions concernent la disposition transitoire de l'article 54, deuxième alinéa, en liaison avec la question de la litispendance faisant l'objet de l'article 21. L'une d'entre elles a été examinée sous l'angle de cette dernière disposition, mais les deux autres portent principalement sur le champ d'application et l'effet de l'article 54, deuxième alinéa. Dans la première affaire (Tribunal fédéral suisse, 9 septembre 1998, n° 36), le Tribunal devait décider si, aux fins de l'application de l'article 54, deuxième alinéa, la disposition sur la litispendance faisait partie des dispositions sur la compétence à prendre en considération pour la reconnaissance et l'exécution d'une décision rendue après la date d'entrée en vigueur de la convention dans une action intentée avant cette date.

Le Tribunal fédéral a estimé que pour l'application de l'article 54, deuxième alinéa, seules les règles prévoyant une compétence directe devaient être prises en considération et que seules les dispositions des articles 2 à 18 de la convention répondaient à ce critère, la disposition sur la litispendance ayant, quant à elle, pour seul objet d'indiquer au juge comment il doit agir dans une situation particulière, à savoir celle dans laquelle une autre juridiction est saisie de la même affaire. Par conséquent, la violation de cette disposition par la juridiction de l'État d'origine ne saurait justifier un refus de reconnaissance, lorsque le tribunal étranger a fondé sa compétence sur un critère prévu dans la convention. Tout autre point de vue serait aussi incompatible avec la considération selon laquelle une violation de l'article 21 ne pourrait en soi entraîner la non-reconnaissance en vertu des règles générales d'exécution applicables en dehors du régime transitoire.

La Corte di Cassazione italienne (28 mai 1998, n° 67) ne paraît pas partager le point de vue du Tribunal fédéral suisse. Dans une affaire similaire, la Cour de cassation a en effet reconnu que l'article 54, deuxième alinéa, n'avait pas pour objet de régler la question de la compétence directe pour les actions pendantes à la date d'entrée en vigueur de la convention, mais elle a exclu qu'une décision rendue dans un État contractant après cette date puisse affecter une action pendante dans un État où la reconnaissance de ladite décision est demandée, si cette dernière action répond aux critères de litispendance prévus à l'article 21 ou de connexité prévus à l'article 22 de la convention. C'est pourquoi, en cas de demande formée par les mêmes parties en Suisse et en Italie avant la date d'entrée en vigueur de la convention, la décision rendue par le tribunal suisse après cette date et établissant la compétence du tribunal suisse ne devrait pas être reconnue en Italie, en application de l'article 54, deuxième alinéa. La Cour suprême italienne a fait observer qu'il ne serait pas raisonnable de supposer que dans la disposition transitoire le principe général d'antériorité établi dans la Convention pour la décision relative à la compétence ait été abandonné au profit du principe opposé de priorité de la décision rendue en premier lieu comme critère de compétence. Il ne serait possible de s'écarter ainsi du principe général qu'en présence d'une disposition excluant clairement toute autre interprétation, ce qui n'est pas le cas de l'article 54, deuxième alinéa, dont le texte est compatible avec le principe général.

Les points de vue divergents exprimés par les deux Cours suprêmes dans les affaires mentionnées ci-dessus montrent que le régime transitoire peut générer une insécurité et que la question doit être approfondie. En effet, même s'il s'agit d'un problème à caractère transitoire dont l'importance dans les relations futures entre les États contractants d'origine est limitée, il pourra encore jouer un rôle en ce qui concerne les nouveaux États adhérents.

Une autre décision concerne l'article 54, deuxième alinéa, en liaison avec la prorogation de compétence (Tribunal fédéral suisse, 19 août 1998, n° 34) : il s'agit d'une convention attributive de juridiction conclue avant l'entrée en vigueur de la convention, qui est invoquée dans un action intentée après cette date. Constatant que la clause attributive de juridiction, bien que valide au moment de sa conclusion, ne répondait pas aux conditions prévues à l'article 12 de la convention, le Tribunal a décidé que, compte tenu de l'article 54, deuxième alinéa, la convention devait être appliquée et que la clause était, de ce fait, invalide. Il semble que cette décision fasse une application correcte de la disposition transitoire, conforme à ce que suggérait la CJCE dans l'affaire *Sanicentral/Collin* (affaire n° 25/79).

III. Compétence en matière contractuelle (article 5, point 1)

Comme on l'a déjà indiqué (voir point I), sur les 37 jugements relatifs à la Convention de Lugano repris dans le 8ème fascicule de 1999, pas moins de 16 concernent – au moins partiellement - la première partie de l'article 5, point 1, ce qui prouve non seulement l'importance pratique mais le caractère problématique de cette disposition.

A l'exception peut-être de quatre décisions autrichiennes portant sur la restitution du prix à la suite de l'annulation d'un contrat et sur la question de savoir si le lieu de livraison des marchandises peut être qualifié de lieu d'exécution au sens de l'article 5, point 1 (cf. point III, paragraphes 3 et 4), la plupart de ces jugements sont conformes à la jurisprudence de la CJCE relative à l'article 5, point 1, de la Convention de Bruxelles. Elles admettent en principe aussi bien le fonctionnement des obligations contractuelles au sens de la jurisprudence *De Bloos/Bouyer* (affaire 14/76) que la notion de *lex causae* de la jurisprudence *Tessili/Dunlop* (affaire 12/76).

Dans une décision (Tribunal fédéral suisse, 9 mars 1998, n° 33), le Tribunal fédéral suisse a expressément mentionné les critiques sévères de la doctrine contre les deux interprétations. Le Tribunal a néanmoins décidé de s'aligner sur la jurisprudence de la CJCE relative à la Convention de Bruxelles, affirmant qu'une interprétation qui s'en écarterait entraînerait une insécurité juridique que les États contractants ont essayé d'éviter par l'adoption des dispositions du protocole n° 2 et les déclarations qu'ils ont faites au moment de la signature de la convention.

1. *Actions en paiement*

La première série de jugements citée concerne le paiement de sommes d'argent en tant qu'obligation contractuelle principale (*Oberster Gerichtshof autrichienne*, 28 octobre 1997, n° 12 ; 28 octobre 1997, n° 13 ; 25 février 1998, n° 22 ; 28 juillet 1998, n° 26 ; 12 novembre 1998, n° 30 ; Tribunal fédéral suisse, 23 août 1996, n° 31 ; *Høyesterett* norvégienne, 15 mai 1997, n° 69 ; *Korkein oikeus* finlandaise, 12 novembre 1998, n° 71). Aucun d'eux ne tente de trouver un lieu d'exécution uniforme pour toutes les obligations contractuelles par une interprétation autonome de l'article 5, point 1. Les Cours se sont au contraire alignées sur la jurisprudence de la CJCE et ont cherché à déterminer le lieu d'exécution de l'obligation de paiement en tant qu'obligation servant de base à la demande. Elles ont appliqué la règle de la *lex causae* de la jurisprudence *Tessili/Dunlop* (affaire n° 12/76).

On constate une fois de plus que les différences existant entre les systèmes juridiques européens sur la question du lieu d'exécution de l'obligation de paiement – domicile du créancier ou du débiteur – ont conduit à des résultats purement fortuits.

En Autriche et en Allemagne, les obligations pécuniaires doivent en principe être exécutées au lieu où le débiteur avait son domicile au moment de la conclusion du contrat. L'utilité pratique de l'article 5, point 1, est alors limitée aux cas où le débiteur a changé de domicile après la conclusion du contrat (décision n° 26). En dehors de ces cas, la compétence déterminée en application de l'article 5, point 1, ne s'écarte pas de la règle générale de l'article 2 (décisions n° 22 et 30). Il peut néanmoins arriver que la *lex causae* s'écarte, elle, quelque peu du principe du domicile du débiteur. Il en est ainsi, selon la Cour suprême autrichienne, dans le cas des contrats d'hébergement en droit autrichien (décision n° 12). L'usage étant de payer les notes d'hôtel au moment du départ, la Cour suprême a estimé que, compte tenu de la nature du contrat, les obligations des deux parties devaient être exécutées au lieu de l'hébergement. Cette décision a été rendue en application de la loi autrichienne en tant que *lex causae*, elle n'est donc pas en contradiction avec la règle de la jurisprudence *de Bloos*, qui prévoit d'appliquer un traitement distinct à chaque obligation contractuelle concernée. La Cour n'en a pas moins refusé d'étendre cette solution à d'autres types de contrats. Dans le cas d'un contrat entre un avocat autrichien et son client allemand, la règle du domicile du débiteur a été appliquée, sans que la possibilité de s'en écarter pour tenir compte du caractère spécifique du contrat ait été évoquée (arrêt n° 26).

La situation est différente lorsque la *lex causae* prévoit que l'obligation de paiement doit être exécutée au domicile du créancier. Dans une affaire portée devant le Tribunal fédéral suisse (n° 9), les parties avaient conclu un contrat de courtage. Le demandeur, domicilié en Suisse, a intenté une action contre le défendeur, domicilié en Angleterre, pour obtenir le paiement de la commission. Se fondant sur le droit suisse, applicable en vertu du droit international privé suisse, le Tribunal a déclaré que cette obligation devait être exécutée au lieu du domicile du créancier. L'application de l'article 5, point 1, a donc conduit à la compétence du tribunal du domicile du demandeur (*forum actoris*).

Quant à la question de savoir si l'article 5, point 1, couvre les sûretés, la *Korkein oikeus* finlandaise y a répondu par l'affirmative dans une décision du 12 novembre 1998 (n° 71). Le tribunal finlandais de première instance avait estimé que cette disposition n'était pas applicable à la sûreté, puisqu'il s'agit d'une offre unilatérale de celui qui se porte caution de payer au cas où le premier débiteur n'a pas payé à l'échéance, et non d'un accord mutuel établissant des droits et des obligations pour les deux parties. La *Korkein oikeus* finlandaise a considéré que la sûreté, bien qu'étant une offre unilatérale de celui qui se porte caution, n'en est pas moins un contrat au sens de l'article 5, point 1. La *Högsta Domstolen* suédoise est parvenue à la même conclusion dans une décision du 13 juin 1997, parue dans les *Nytt Jurisdiskt Arkiv* de 1997 : 76 (non reprise dans le 8ème fascicule). La CJCE a jugé (*Zelger/Salinitri*, affaire 56/79 ; mais voir aussi *MSG/Les Gravières rhénanes*, affaire n° C 106/95) qu'un accord sur le lieu d'exécution qui était valide en application de la *lex causae*, l'était aussi aux fins de l'article 5, point 1, sans qu'il soit besoin de remplir les conditions de forme prévues à l'article 17 (arrêts n° 13 et 22). La charge de la preuve a été attribuée au demandeur (n° 22).

2. Actions en exécution d'autres obligations contractuelles

Dans une affaire portée devant la Cour suprême autrichienne (*Oberster Gerichtshof*, 9 septembre 1997, n° 11), une banque autrichienne avait émis une garantie bancaire au bénéfice du défendeur. Celui-ci avait ensuite transféré cette garantie au demandeur, tout en s'opposant à ce que la banque la lui paye. Le demandeur a donc cherché à obtenir une décision judiciaire ordonnant au défendeur de consentir au paiement.

Le demandeur et le défendeur étaient tous deux domiciliés en Allemagne, ce qui n'a pas empêché le demandeur de porter l'action devant le tribunal du siège de la banque en Autriche. Invoquant l'article 5, point 1, il a fait valoir que l'obligation servant de base à la demande était l'obligation de la banque de payer la garantie.

La Cour suprême autrichienne a rejeté cet argument, jugeant l'idée abstruse. L'obligation servant de base à la demande était manifestement l'obligation du défendeur d'adresser à la banque une déclaration par laquelle il consentait au paiement de la garantie et la Cour devait donc examiner où cette obligation devait être exécutée selon le droit applicable. Comme le droit allemand et le droit autrichien, qui étaient les *leges causae* potentielles, connaissent tous deux la règle du domicile du débiteur, le défendeur devait faire sa déclaration en Allemagne. La Cour autrichienne a aussi refusé l'idée qu'il existait une obligation contractuelle implicite pour le défendeur de se rendre au siège de la banque pour faire la déclaration.

Le véritable problème que posait cette décision n'était pas l'application de l'article 5, point 1, en tant que tel, mais la détermination du droit applicable. Se fondant sur le droit international privé autrichien de l'époque (c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome), la Cour a opté pour l'application du droit autrichien. Cependant, comme l'application du droit autrichien et du droit allemand aboutissait au même résultat, la Cour a pu ne pas trancher la question.

3. Actions en réparation pour cause de rupture de contrat

Dans plusieurs décisions, le demandeur cherchait à obtenir réparation de la violation d'obligations contractuelles (*Oberster Gerichtshof autrichienne*, 10 septembre 1998, n° 27 ; 10 septembre 1998, n° 28 ; 10 septembre 1998, n° 29 ; Tribunal fédéral suisse, 9 mars 1998, n° 33, déjà citée plus haut). Toutes ces décisions sont, d'un point de vue formel au moins, conformes à la jurisprudence de la CJCE sur la détermination de « l'obligation qui sert de base à la demande » (*de Bloos/Bouyer*, affaire n° 14/76) : si une action en réparation ou en dissolution d'un contrat est fondée sur la non-exécution d'une obligation contractuelle, c'est le lieu d'exécution de cette obligation qui entre en ligne de compte.

Deux de ces décisions (n° 27 et n° 29) concernaient une situation assez courante. Dans un contrat de vente internationale, les parties étaient convenues, explicitement dans la décision n° 27 et en insérant la clause « livraison au domicile de l'acheteur » dans la décision n° 29, que le vendeur devait livrer les marchandises en un certain lieu. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises était applicable dans les deux cas. Comme les marchandises étaient défectueuses, l'acheteur a intenté une action en réparation. Il a fait valoir, aux fins de l'article 5, point 1, que le lieu de la livraison devait être considéré comme le lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande.

Dans les deux cas, la Cour suprême autrichienne a rejeté cet argument. Citant la doctrine relative à l'article 31, de la convention sur les contrats de vente, elle a considéré que la désignation d'un lieu de livraison ne concernait généralement que les modalités de livraison ainsi que les risques et les frais de transport. Il était dès lors impensable que les parties aient eu aussi l'intention, en convenant d'un lieu de livraison, d'établir un lieu d'exécution au sens de l'article 5, point 1. Elle en a conclu que la compétence ne pouvait être fondée sur cette disposition.

D'un point de vue formel, les deux décisions sont conformes à la jurisprudence de la CJCE. La Cour suprême autrichienne n'a pas présupposé une interprétation autonome des termes « lieu de l'exécution » figurant à l'article 5, point 1 ; elle a fondé tous ses arguments sur l'application de la Convention sur les contrats de vente internationale en tant que *lex causae*. Elle semble néanmoins supposer que cette convention comporte des règles implicites sur le lieu de l'exécution pour les questions de compétence, du moins dans la mesure où un accord sur le lieu de livraison n'a aucune conséquence en matière de compétence. C'est également la conclusion que l'on peut tirer d'une opinion incidente accompagnant la décision n° 27 : aux termes de l'article 31, point a), de la convention sur les contrats de vente, en l'absence d'accord sur le lieu de livraison et si le contrat implique le transport des marchandises, l'obligation du vendeur consiste à remettre les marchandises au premier transporteur. On pourrait penser que le lieu de remise serait aussi le lieu de l'exécution au sens de l'article 5, point 1. Or la Cour a dit pour droit – sans s'appuyer sur le texte de la convention – qu'en pareil cas, le lieu de l'exécution serait le lieu où le vendeur a son établissement.

Si l'on considère que la convention sur les contrats de vente internationale ne traite pas du tout de la compétence, la solution à laquelle est arrivée la Cour suprême autrichienne est loin d'être évidente. En se fondant sur ses arguments, on pourrait aussi affirmer que l'article 57 de la convention sur les ventes – l'obligation pour l'acheteur de payer le prix au lieu où le vendeur a son établissement – ne concerne que les coûts et les risques du transfert d'argent et n'a donc aucune conséquence sur le plan de la compétence. Mais cela serait bien sûr contraire à la décision de la CJCE dans l'affaire *Custom Made Commercial/Stawa Metallbau* (affaire n° C-288/92).

En examinant les décisions n° 27 et n° 29 en liaison avec la décision n° 12 (voir ci-dessus point III, paragraphe 1), on peut déceler, dans le contexte de l'article 5, point 1, une légère tendance de la Cour suprême autrichienne à opter pour des « solutions *lex causae* » : dans l'interprétation de la loi applicable, la Cour admet certains des arguments avancés par la doctrine contre la jurisprudence de la CJCE relative à la Convention de Bruxelles sans s'en écarter officiellement. Les résultats que donne cette approche étant valables dans l'ensemble, on devrait se garder de la critiquer avec trop de véhémence.

Les deux autres jugements (n° 28 et n° 33) ne présentent pas d'intérêt particulier. Dans l'affaire n° 28, les parties avaient conclu un contrat de service de traiteur pour un soirée après-ski à Kitzbühel. Le défendeur, une société allemande, a annulé sa commande ; le traiteur, domicilié en Autriche, l'a poursuivi pour le manque à gagner qu'il avait subi, en considérant que Kitzbühel était le lieu d'exécution au sens de l'article 5, point 1. La Cour suprême autrichienne a rejeté cette idée, estimant que l'obligation servant de base à la demande était celle du défendeur de payer le prix du service de traiteur. La loi autrichienne étant applicable, cette obligation devait, en application de la règle générale visée plus haut (point III, paragraphe 1), être exécutée là où le débiteur avait son établissement.

Le jugement n° 33 concerne un contrat de vente exclusive. Le défendeur, une société danoise, avait enfreint ses obligations à l'égard du demandeur, domicilié en suisse, en livrant des marchandises à une autre société suisse. Le Tribunal fédéral suisse a fait une distinction entre deux obligations du vendeur, l'une concernant la distribution des marchandises et l'autre leur livraison proprement dite. Au regard de l'article 5, point 1, ces obligations devaient être traitées séparément. Les juridictions inférieures ayant établi que le demandeur avait fondé son action uniquement sur le non-respect de l'obligation relative à la distribution, le Tribunal fédéral, qui était lié par cette constatation, s'est borné à l'examen de cette obligation. D'après le droit suisse des obligations, qui était applicable en vertu du droit international privé suisse, cette obligation devait être exécutée au domicile du débiteur. La Cour a donc considéré que les tribunaux suisses n'étaient pas compétents.

4. Actions en restitution du prix après l'annulation d'un contrat

Dans deux décisions (27 janvier 1998, n° 18 et 10 mars 1998, n° 23), la Cour suprême autrichienne (*Oberster Gerichtshof*) a estimé que les demandes en restitution de sommes d'argent déjà payées en vertu d'un contrat dont, dans le premier cas, le demandeur affirmait qu'il était nul et non avenue ou qui, dans le second cas, avait été annulé par consentement mutuel entre les parties, entrent dans le champ d'application de l'article 5, point 1. Cela signifie aussi que, pour la Cour suprême autrichienne, l'article 5, point 1, s'applique à une obligation qui n'est pas l'une des obligations principales du contrat, ni une obligation accessoire découlant du non-respect de ces obligations, mais une obligation reposant sur le principe de l'enrichissement sans cause.

Il s'agissait, dans le premier cas, d'un contrat ayant pour objet le transfert à des personnes domiciliées en Autriche du droit de propriété d'une GmbH (une discothèque) appartenant à des personnes domiciliées en Allemagne. Après avoir pris possession de l'affaire, les nouveaux propriétaires se sont rendus compte que, contrairement à ce que les vendeurs avaient voulu, selon eux, leur faire croire, la discothèque n'avait pas les autorisations publiques requises.

Ils ont intenté devant les tribunaux autrichiens une action en recouvrement de la somme d'argent qu'ils avaient déjà payée aux vendeurs, à qui ils rendraient en échange leurs parts dans la GmbH, au motif que le contrat était nul et non avenu. Se réclamant de la doctrine (Kropholler), la Cour suprême a considéré que l'article 5, point 1, couvrait aussi les litiges relatifs à la conclusion en tant que telle du contrat. Elle est également parvenue à la conclusion que, puisque « l'obligation servant de base à la demande » n'était pas l'une des obligations principales du contrat (à savoir l'obligation des vendeurs de transférer la propriété des parts de la GmbH ou l'obligation de l'acheteur de payer), elle serait l'obligation des vendeurs de restituer l'argent qu'ils avaient reçu, si le contrat était déclaré nul et non avenu. La Cour suprême a toutefois estimé que le lieu de l'exécution de cette obligation était le domicile des vendeurs en Allemagne, puisque, en vertu du droit applicable, le lieu de l'exécution d'une obligation pécuniaire était le domicile du débiteur.

Dans le deuxième cas, le contrat était valide au départ, mais les parties y ont mis fin par consentement mutuel avant son exécution, ce qui signifiait que l'acompte versé par l'acheteur (domicilié en Autriche) devait être rendu, mais le vendeur (domicilié en Suisse) l'a fait en compensant la créance de l'acheteur par une créance que le vendeur affirmait avoir sur l'acheteur au titre d'un contrat antérieur. L'acheteur n'a pas accepté la compensation, et a donc intenté une action. La Cour suprême autrichienne a invoqué l'affaire précédente et fait observer que dans les deux cas il s'agissait de demandes en restitution reposant sur le principe de l'enrichissement sans cause (« bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch »). Le fait que la demande de restitution soit en l'espèce fondée sur un contrat valide, auquel il avait été mis fin d'un commun accord, alors que dans l'affaire précédente il s'agissait d'une demande en restitution fondée sur l'invalidité (contestée) du contrat, ne changeait, selon elle, rien au résultat. La demande en restitution avait en l'espèce pour origine le versement d'un acompte par l'acheteur, et cet acompte était une obligation prévue dans le contrat auquel il avait été mis fin. Le lieu d'exécution de l'obligation de restituer l'acompte devait cependant être vu comme distinct de lieu d'exécution de l'obligation de l'acheteur de payer le vendeur, qui était prévue dans le contrat. Alors qu'il aurait dû être statué sur cette dernière obligation selon l'article 57 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente, applicable tant en Autriche qu'en Suisse, la Cour suprême autrichienne a estimé que cet article ne s'appliquait pas à la demande en restitution. La décision devait être fondée sur le principe général du droit suisse, selon lequel le lieu d'exécution des créances pécuniaires est le domicile (ou le siège social) du créancier, situé en l'occurrence en Autriche.

Les deux décisions autrichiennes sont difficiles à concilier avec une décision de la *House of Lords* anglaise rendue le 30 octobre 1997 (n° 56 du 8ème fascicule), qui découlait d'une décision précédente dans laquelle cette Cour avait estimé que certains accords swap conclus par plusieurs collectivités locales du Royaume-Uni étaient nuls *ab initio* car leur conclusion dépassait les compétences d'une collectivité locale. Une banque a ainsi été amenée à intenter contre le Conseil municipal (City Council) de la ville de Glasgow une action, devant des tribunaux du Royaume-Uni, en restitution d'une somme d'argent qu'elle avait versée audit Conseil municipal dans le cadre de sept accords swap. L'action était fondée en droit anglais sur le principe de l'enrichissement sans cause et a été considérée comme relevant de la loi sur la restitution et non du droit des contrats. L'affaire concernait l'application au Royaume-Uni des règles de la Convention de Bruxelles sur l'attribution de compétence, c'est pourquoi la CJCE avait refusé de se prononcer à titre préjudiciel. Dans une décision rendue à la majorité (3-2), la House of Lords a conclu que l'article 5, point 1, n'était pas applicable. Bien que cette affaire soit différente des affaires autrichiennes, puisqu'il ne s'agissait plus de l'invalidité *ab initio* des contrats concernés, il semble, à en juger par les motifs invoqués par la majorité des membres de la chambre, que le fait que l'invalidité soit déjà établie n'ait pas été un point déterminant à leurs yeux. La majorité a admis que l'on devait interpréter de manière autonome la notion de « contrat », mais a estimé qu'une demande en restitution fondée sur le principe de l'enrichissement sans cause et formée en vertu d'un contrat qui n'a jamais existé en droit n'entrait pas dans le champ d'application de l'article 5, point 1, qui, constituant une exception à l'article 2, devait faire l'objet d'une interprétation restrictive. La minorité a admis le principe de l'interprétation restrictive, de l'article 5, point 1, tout en maintenant que, pour des raisons pratiques, les demandes en restitution résultant du fait qu'un contrat s'est avéré invalide devaient relever de cette disposition.

Il faut reconnaître que la CJCE n'a pas, jusqu'ici, statué clairement sur la question de savoir si l'article 5, point 1, doit s'appliquer aux situations dont la Cour suprême autrichienne et la Chambre des Lords ont eu à connaître.

Dans l'affaire 38/81, *Effer/Kantner*, Rec. 1982, p. 825, la CJCE a jugé que l'article 5, point 1, était applicable, « même si la formation du contrat qui est à l'origine du recours est litigieuse entre les parties ». Dans cette affaire, cependant, c'était le défendeur qui affirmait qu'il n'y avait pas de relations contractuelle entre les parties, mais qu'en réalité le contrat avait été conclu entre le demandeur et un tiers. En outre, l'arrêt laisse entendre que, si la juridiction saisie conclut à l'absence de contrat, elle devrait décliner sa compétence.

C'est ainsi que la *Høyesterett* norvégienne a compris cette décision, à en juger par les affaires 1.n° 267 K/1996, *Deutsche Bank/Den norske Bank*, et 1.n° 45 K/1998 *Terje Karlung/Svänska Vägguide Comertex*, décisions du 10 mai 1996 et du 27 janvier 1998, publiées dans *Norsk Retstidende* de 1996, p. 822, et de 1998, p. 136, respectivement (aucune des deux ne figure dans le 8ème fascicule). Dans les deux cas le demandeur soutenait que sa demande concernait l'obligation du défendeur de payer au titre d'un contrat qui existait (toujours) entre les parties, mais dans la première affaire, le défendeur affirmait qu'il n'y avait jamais eu de contrat couvrant l'action du demandeur et que la demande relevait donc au mieux de la législation en matière délictuelle ou quasi délictuelle. Dans la deuxième affaire, le défendeur soutenait que la demande portait sur une commission relative à une chose que le défendeur avait faite après que le demandeur eut lui-même mis fin à un contrat de représentation et pour laquelle le demandeur n'avait donc pas le droit de réclamer de commission. Aucune de ces deux affaires n'est directement comparable aux affaires autrichiennes et britannique, dans lesquelles la demande résultait, même en la considérant du point de vue du défendeur, d'un contrat qui avait existé un jour, ou du moins devait exister un jour, entre les parties.

Dans l'affaire C-51/97, *Réunion européenne contre Spliethoff's Bevrachtingskantoor*, Rec. 1998, p. I-6511, (n° 1 du 8ème fascicule, l'arrêt a été rendu après les arrêts autrichiens et britannique), la CJCE a déclaré que l'article 5, point 1, « ne saurait être compris comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre ». Elle s'est toutefois servi de cette assertion pour rejeter l'idée que l'article 5, point 1, puisse s'appliquer à une demande portant sur la réparation d'un préjudice dû à un dommage causé à des marchandises pendant leur transport, lorsque la demande est fondée sur un connaissance et que l'action n'a pas été intentée contre la personne qui l'avait délivré, mais contre celle que le demandeur tient pour le transporteur maritime réel des marchandises. On pourrait par conséquent faire valoir que cette assertion avait pour objet d'exclure du champ d'application de l'article 5, point 1, les actions dirigées contre des défendeurs avec qui le demandeur (où la personne subrogée dans ses droits) n'a même jamais essayé de nouer une relation contractuelle.

Sans doute convient-il dans cette affaire de ne pas attacher trop d'importance à l'usage du présent (« situation dans laquelle il n'y a pas d'obligation »). On pourrait alors considérer que la décision de la CJCE n'exclurait pas l'application de l'article 5, point 1, à « des situations » qui, de l'avis tant du demandeur que de défendeur, concernent les conséquences entre les parties de la cessation ou de l'invalidité d'un contrat qui a un jour existé, ou qui devait un jour exister, entre elles.

IV. Clauses attributives de juridiction (article 17)

Cinq décisions rendues au cours de la période considérée concernent l'article 17. Comme on l'a indiqué ci-dessus, l'une d'elles concerne des clauses attributives de juridiction en liaison avec la disposition transitoire de l'article 54, deuxième alinéa, et a déjà été examinée (cf. point II, paragraphe 12) ; les autres concernent les conditions exigées pour que la clause et ses effets soient valides.

1. Dans la première affaire (*Oberster Gerichtshof autrichienne*, 23 février 1998, n° 19), il s'agissait d'une clause attribuant la compétence à une juridiction autrichienne, qui avait été conclue entre une société domiciliée en Autriche et une société domiciliée en Turquie. La Cour suprême autrichienne était saisie de la question de savoir si, pour l'application de l'article 17, il faut en pareil cas que l'une des parties soit domiciliée dans un autre État contractant. Elle a analysé la doctrine en la matière ainsi que la jurisprudence d'autres États contractants, notamment de l'Allemagne et de l'Italie, pour arriver à la conclusion qu'en l'absence de lien additionnel avec un autre État contractant, l'application de l'article 17 ne serait pas justifiée. La Cour suprême autrichienne a estimé que cette disposition ne serait applicable que si, de l'avis du juge autrichien, ni le domicile d'une partie, ni le for convenu, n'est situé en Autriche. Il s'agit là d'une question délicate sur laquelle des points de vue divers ont été et peuvent être exprimés, même si le texte de l'article 17 ne semble pas exclure la validité de la clause lorsque le for choisi et le domicile de la seule partie domiciliée dans un État contractant coïncident. Il convient de noter que la Cour suprême autrichienne a ajouté que la condition additionnelle prévue par l'article 17 serait également nécessaire pour l'application de l'article 18.

2. La deuxième affaire (Tribunal fédéral suisse, 15 janvier 1998, n° 32) concerne les conditions qui doivent être réunies pour qu'une clause attributive de juridiction conclue en vertu de l'article 17 soit valide, compte tenu des conditions fixées par le droit national régissant le contrat dans lequel la clause a été insérée. Dans l'affaire relative à un contrat de cautionnement comportant une prorogation de compétence en faveur d'un tribunal suisse, conclu par le maire d'une municipalité française et une société financière suisse, le Tribunal fédéral devait décider si la validité de la clause devait être examinée au regard du droit administratif français ou du droit suisse. Le Tribunal a retenu la deuxième solution, en expliquant que l'article 17 ne fait pas obstacle à cette solution, puisqu'il ne traite pas de la validité quant au fond de la clause attributive de juridiction ; toute décision en la matière appartient donc à la juridiction saisie. Il semble que la solution retenue suive à juste titre le raisonnement suivant : vu que la convention n'affecte pas le droit matériel, elle ne devrait pas affecter la manière dont les juridictions nationales abordent cette question, même si leur approche peut aboutir à des conclusions qui diffèrent d'un État contractant à l'autre (cf. O'Malley-Layton, *European Civil Practice*, 1989, p. 569).

3. Les deux affaires restantes (*Bundesgerichtshof* allemande, 23 juillet 1998, n° 39 et *Corte di Cassazione* italienne, 1er février 1999, n° 66) portent sur des clauses attributives de juridiction en faveur d'une seule des parties. Dans la première décision, la Cour suprême allemande a soutenu que, pour établir si une clause n'a été stipulée qu'en faveur de l'une des parties, il faut se référer non seulement au libellé de la clause, mais aussi au contexte général du contrat et aux circonstances dans lesquelles il a été conclu. Dans la mesure où la décision se fonde sur l'interprétation du contrat dans chaque cas d'espèce, elle est conforme à la jurisprudence de la CJCE dans l'affaire *Anterist/Crédit Lyonnais* (affaire 22/85). Il en va de même de l'autre décision, dans laquelle la Cour suprême italienne a soutenu qu'une clause ne peut être considérée comme stipulée en faveur d'une des parties que lorsque l'intention des parties ressort clairement des termes de la clause attributive de juridiction ; elle a ajouté que la désignation d'une juridiction de l'État contractant sur le territoire duquel l'une des parties est domiciliée ne permet pas en elle-même de conclure que l'intention commune des parties était de conférer un avantage à cette partie. Le texte de la décision suit à la lettre l'arrêt de la CJCE que l'on a cité.

V. Conclusions

Il convient de tirer quelques brèves conclusions de cette revue de la jurisprudence des tribunaux nationaux relative à la Convention de Lugano.

1. Les juridictions nationales ont clairement tendance à s'aligner sur la jurisprudence de la CJCE. Cette tendance ressort non seulement des solutions adoptées dans diverses décisions, mais aussi des références fréquentes faites dans le texte des décisions aux arrêts de la CJCE.
2. Toutefois, les affaires portées devant les juridictions nationales ne coïncident pas toujours entièrement avec celles qu'examine la CJCE. Les tribunaux nationaux ont alors tendance à donner leur propre interprétation des arrêts de la CJCE, tirant ainsi des principes affirmés dans ces arrêts des conclusions que la CJCE n'aurait peut-être pas admises.
3. Les juridictions nationales ont parfois à traiter d'affaires et de problèmes dont la CJCE n'a encore jamais été saisie. Lorsqu'elles statuent sur ces affaires, elles ont tendance à trouver des solutions qui parfois sont conformes à la jurisprudence de la CJCE, et parfois ne le sont pas.
4. Certaines juridictions ont une bonne connaissance de la jurisprudence des autres tribunaux nationaux et ont l'esprit d'en tenir compte. Certaines considèrent aussi qu'une juridiction ne doit s'écarter du point de vue déjà adopté par une autre juridiction nationale que s'il y a de bonnes raisons de la faire (cf., par exemple, l'affaire n° 19).
5. Les efforts visant à harmoniser la jurisprudence pourraient notamment consister à encourager les autorités nationales à signaler aux juridictions nationales l'existence du site internet de la CJCE sur la jurisprudence relative aux Conventions de Bruxelles et de Lugano. On pourrait aussi encourager les autorités nationales à envoyer le texte intégral des décisions nationales sous forme électronique à la CJCE, en y annexant, autant que possible, des résumés des décisions dans d'autres langues (accessibles).