

# SEPTIÈME RAPPORT SUR LA JURISPRUDENCE NATIONALE DE LA CONVENTION DE LUGANO

## **I. Introduction**

Lors de sa 11<sup>ème</sup> Session, tenue à Neuchâtel (Suisse), les 6-7 septembre 2004, le Comité Permanent de la Convention de Lugano a chargé les délégués de l'Espagne, l'Italie et la Suisse de préparer le septième rapport sur la jurisprudence nationale de la Convention de Lugano sur le 13<sup>ème</sup> envoi (septembre 2004) issue par la Cour de Justice des Communautés européennes au titre du Protocole n° 2 annexé à la Convention de Lugano.

Des 38 décisions contenues dans cet envoi, seules neuf se réfèrent à la Convention de Lugano. Il s'agit des décisions suivantes :

- Arrêt du *Tribunal fédéral* suisse du 21 février 2003 (n° 2004/16)
- Arrêt du *Tribunal fédéral* suisse du 6 juin 2003 (n° 2004/17)
- Arrêt du *Tribunal fédéral* suisse du 23 juin 2003 (n° 2004/18)
- Arrêt du *Tribunal fédéral* suisse du 30 juillet 2003 (n° 2004/19)
- Arrêt du *Oberlandesgericht München* (Allemagne) du 15 mai 2003 (n° 2004/21)
- Arrêt du *Tribunal Supremo* (Espagne) du 9 octobre 2003 (n° 2004/25)
- Arrêt du *Hoyeserett* (Norvège) du 20 décembre 2003 (n° 2004/33)
- Arrêt du *Hoyeserett* (Norvège) du 5 février 2003 (n° 2004/34)
- Arrêt du *Sad Najwyzszy* (Pologne) du 19 décembre 2003 (n° 2004/38).

Quelques remarques à caractère préalable peuvent être faites.

D'abord, les auteurs ont eu connaissance d'une autre décision relative à la Convention de Lugano rendue dans la période considérée, l'arrêt du *Tribunal fédéral* suisse du 23 décembre 2003, qui est commenté dans le présent rapport. L'arrêt a été communiqué à la Cour de Justice qui s'est déclarée prête à l'inclure dans l'information officielle.

Ensuite, la délégation norvégienne a fait parvenir aux rapporteurs une traduction en anglais d'un arrêt de la Cour Suprême norvégienne du 14 juin 2004, pour laquelle les rapporteurs la remercient. Ils ont considéré cependant que l'arrêt appartiendra au 14<sup>ème</sup> envoi (septembre 2005), et par conséquent, cette décision sera commentée dans le huitième rapport. Comme les rapporteurs n'ont pas eu à disposition des traductions des autres décisions norvégiennes, ils se sont bornés à une brève référence à ces arrêts, sur la base du résumé qui se trouve dans le 13<sup>ème</sup> envoi.

## **II. Aperçu sur la jurisprudence**

### **1. Art. 1 al. 2 Convention de Lugano**

Dans l'arrêt du *Tribunal fédéral* suisse du 6 juin 2003 (*ATF 129 III 683*), une décision d'un tribunal autrichien devait être reconnue et exécutée en Suisse. Le jugement concernait une action révocatoire (*actio pauliana*) dans une faillite introduite en Autriche.

Le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence selon laquelle les procédures qui trouvent leur origine dans le droit des poursuites et de la faillite et qui, selon toute

vraisemblance, n'auraient pas été conduites sans l'existence d'une procédure spéciale prévue par ce droit, sont exclues du champ d'application matériel de la Convention de Lugano. Comme sa fonction est de faire grossir la masse de la faillite, une action paulienne révocatoire comme en l'espèce est une procédure dans le sens décrit.

La question de la compatibilité de cette jurisprudence avec celle de la CJCE développée en relation avec les affaires *AS Autoteile* (n° C-220/84, datée du 4 juillet 1985) ainsi que *Reichert I* (n° C-115/88, datée du 10 janvier 1990) et *Reichert II* (n° 261/90, datée du 26 mars 1992) peut se poser. Dans les affaires mentionnées, il s'agissait d'apprécier diverses actions pauliennes (du droit français dans les deux derniers cas) au regard des fors de la Convention de Bruxelles. La Cour trouva dans ces trois cas que les actions pauliennes tombaient dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles; elle rejeta en outre explicitement la subordination de l'action paulienne à l'art. 16 para. 5 en tant qu'action en exécution (*Reichert II*). Il apparaît toutefois essentiel que les actions pauliennes mentionnées n'aient pas été en relation avec une procédure d'exécution générale (faillite), mais bien en rapport avec une procédure d'exécution spéciale (saisie). L'exception de l'art. 1 al. 2 para. 2 CB et CL ne se référant pas aux procédures d'exécution individuelles, le jugement en l'espèce concernant une action révocatoire dans le cadre d'une exécution collective est compatible avec la jurisprudence de la CJCE. Une exclusion pure et simple des procédures ayant leur origine dans le droit des poursuites et de la faillite du champ d'application de la Convention de Lugano serait, par contre, incompatible avec cette jurisprudence.

## 2. Art. 1, al. 4 Convention de Lugano

L'arrêt du *Tribunal Supremo* (Espagne) du 9 octobre 2003 applique correctement l'art. 1, al. 4 de la Convention de Lugano en rejetant l'application de la Convention pour l'exequatur d'une sentence arbitrale. Mais cette exclusion de l'arbitrage du domaine d'application de la Convention de Lugano, ainsi que de la Convention de Bruxelles pose des questions (à cet égard, arrêt de la Cour de Justice du 25 juillet 1991, affaire C 190/89, *Marc Rich*, et conclusions de l'Avocat générale Darmon, points 50-76 ; parmi les nombreux commentaires, M. Amores-J. Serra dans *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1991, pp. 85-93 ; A. Borrás, dans *Revista Jurídica de Catalunya*, 1992, pp. 571-574 ; G. Gaja, dans *Rivista de l'arbitrato*, 1992, pp. 116-121 ; T. Hartley, dans *European Law Review*, 1991, pp. 529-533 ; A. Huet, dans *Journal de Droit international*, 1992, pp. 488-493 ; R. Monaco, dans *Etudes de Droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, 1993, pp. 587-594 ; H. Tagaras, dans *Cahiers de Droit Européen*, 1992, pp. 668-671 ; P. Volken, dans *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht*, 1992, pp. 239-240). Mais, dans le cas d'espèce, seules les questions relatives à l'exequatur sont pertinentes.

Les faits sont les suivants : La société espagnole *Unión Naval de Levante S.A.* (ci-après : *Unión Naval*.) et la société de Panama *Bisca Comercial Inc* (ci-après : *Bisca*) ont soumis leur différend à l'arbitrage. La sentence arbitrale était rendue à Genève le 28 février 1997 par un Tribunal désigné par la Cour d'Arbitrage de la Chambre internationale de Commerce condamnant à *Unión Naval* à payer une certaine somme d'argent à *Bisca*. Contre cette sentence arbitrale, un recours a été interjeté auprès du *Tribunal Fédéral suisse*, lequel, par arrêt du 16 octobre, a refusé les deux recours d'annulation interposés par les parties.

Sur requête de *Bisba*, le *Juzgado de Primera Instancia* n° 3 de Madrid, a prononcé l'exequatur ; cette décision a été confirmée par la *Audiencia Provincial* de Madrid. Ainsi, la

voie prévue par les articles 32 et 37 de la Convention de Lugano doit être suivie. *Union Naval* a formé un pourvoi en cassation, invoquant la violation de l'art. 1, al. 4, de la Convention de Lugano, des articles I et III de la Convention de New York, de l'art. 1 de la Convention entre l'Espagne et la Suisse du 19 novembre 1896 pour la reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale par rapport à l'art. 55 de la Convention de Lugano, de l'art. 3 de ladite Convention, ainsi que de l'art. 24 de la Constitution espagnole relatif au droit à un procès contradictoire et aux droits de la défense.

Le *Tribunal Supremo* a fait une distinction claire entre l'exequatur de l'arrêt du *Tribunal fédéral* et l'exequatur de la sentence arbitrale.

Selon le *Tribunal Supremo*, s'agissant de l'arrêt du *Tribunal fédéral*, la Convention de Lugano devrait s'appliquer, à l'exclusion de la Convention bilatérale entre l'Espagne et la Suisse, en conformité avec la dérogation expresse faite à l'art. 55, deuxième tiret, de la Convention de Lugano. Cette décision prend partie dans le débat entre ce que dit le Rapport Schlosser (Point 65 du Rapport relatif à la Convention d'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume Uni à la Convention de Bruxelles, et, dans le même sens, point 35 du Rapport Evrigenis et Kerameus à la Convention relative à l'adhésion de la Grèce à la Convention de Bruxelles) en ce que les décisions des tribunaux étatiques annulant la sentence, ou encore accordant ou refusant l'exequatur à cette sentence échappent aussi au champ d'application de la Convention et l'opinion du même Schlosser (dans son article « The 1968 Brussels Convention and Arbitration », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1989, p. 545), lequel, contrairement à l'opinion exprimée dans son rapport, estime que la Convention de Bruxelles doit s'appliquer à toutes les instances judiciaires étatiques ayant trait à une question d'arbitrage. C'est un point dont il faut tenir en compte, bien que dans le cas d'espèce cette question ne soit pas importante parce que l'arrêt du *Tribunal fédéral* suisse n'a pas annulé la sentence arbitrale.

S'agissant de la sentence arbitrale, le *Tribunal Supremo* a clairement jugé que la Convention de Lugano n'est pas applicable, en raison du fait que l'arbitrage est exclu de son champ d'application en vertu de l'art. 1, al. 4. En conséquence, l'exequatur de la sentence arbitrale doit suivre la procédure établie aux articles I et III de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. L'arrêt du *Tribunal Supremo* espagnol mentionne aussi, sans nécessité, l'éventuelle violation des articles 1 et 3 de la Convention entre la Suisse et l'Espagne, pour le cas où la Convention de New York ne serait pas applicable.

Il faut rappeler qu'au moment où l'arrêt a été rendu, la requête d'exequatur devait dans tous les cas être présentée, en conformité avec l'art. 955 de la Loi espagnole de procédure civile de 1881, devant le *Tribunal Supremo*. Toutefois, en vertu des Conventions internationales, telles que la Convention de Bruxelles, la Convention de Lugano ou toute autre Convention bilatérale, il était possible de présenter la requête devant le *Juzgado de Primera Instancia*. La décision sur l'exequatur de la sentence arbitrale était de la compétence du *Tribunal Supremo* parce que, en vertu de l'art. III de la Convention de New York, la procédure d'exequatur est régie par les règles de procédure en vigueur dans l'Etat où l'exequatur est demandé. On peut ajouter que, par Loi 62/2003, de 30 décembre XXX(ANNEE ???), l'art. 955 a été modifié et le *Juzgado de Primera instancia* est compétent

en matière d'exequatur de manière générale et aux conditions établies par ledit article pour la détermination de la compétence territoriale.

### **3. Art 5, al. 1 Convention de Lugano**

Aux termes de l'arrêt du *Hoyeserett* (Norvège) du 20 décembre 2003, un acheteur de marchandises domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, en application de l'art. 5, point 1, de la convention de Lugano, dans un autre Etat contractant, devant le tribunal du lieu où l'obligation de payer le prix de vente doit être exécutée, bien que ce lieu ne soit pas déterminé par le contrat de vente, mais par la loi du for et la Convention des Nations Unies de 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises à laquelle deux Etats contractants ont adhéré et dont l'art. 57 prévoit que le lieu d'exécution de l'obligation de payer le prix de vente est le domicile commercial du vendeur.

### **4. Art. 2 et 5 ss Convention de Lugano**

L'arrêt du *Tribunal fédéral suisse* du 23 décembre 2003 (ATF 130 III 285) concerne un litige entre A., domicilié à Genève, et la banque X., sise à Lyon. L'application correcte de l'action en libération de dette (*Aberkennungsklage*) selon la Convention de Lugano se trouve au cœur de ce litige. L'action en libération de dette est une particularité du droit suisse d'exécution brièvement expliquée ci-après afin de permettre une meilleure compréhension de l'arrêt.

La procédure suisse d'exécution forcée applicable aux créances se déroule en deux phases: la procédure d'introduction et la procédure d'exécution forcée proprement dite. La procédure d'introduction prépare l'exécution forcée proprement dite: Tout d'abord, dans le cadre de la procédure d'introduction, un commandement officiel de payer sera adressé au débiteur. Cette procédure offre ensuite le cadre et l'occasion de clarifier – par diverses procédures– la légitimité du créancier à exiger l'exécution forcée.

Dans la première phase, l'Office des poursuites – donnant suite à la demande du créancier – notifie au débiteur un commandement de payer sans procéder à un examen de l'existence et de l'exigibilité de la créance alléguée. Cet acte ordonne au débiteur soit de payer la créance dans les 20 jours, soit de faire opposition au commandement de payer dans les 10 jours. Dans le cas où le débiteur n'a ni payé ni fait opposition dans le délai imparti, la procédure de poursuite entre dans la seconde phase, celle de l'exécution forcée proprement dite. Une opposition au commandement de payer, qui, soit dit en passant, ne doit pas être nécessairement motivée, suspend la poursuite dans tous les cas.

Dans le cas où aucun jugement n'a été prononcé en faveur du créancier, celui-ci doit initier une procédure civile ordinaire dans laquelle il conclura, en plus des conclusions au fond, à la levée définitive de l'opposition ("mainlevée définitive"). Si, par contre, il produit une reconnaissance (écrite) de dette, il peut, basé sur ce moyen de preuve, requérir la levée provisoire de l'opposition dans une procédure sommaire ("mainlevée provisoire"). La partie adverse peut opposer toute exception à condition qu'elle la rende immédiatement vraisemblable.

Lorsque la mainlevée provisoire a été accordée, le débiteur peut tenter une action dite en libération de dette au for de la poursuite dans les 20 jours à compter de la mainlevée. Cette action est une action négatoire de droit matériel visant la constatation de l'inexistence ou de l'inexigibilité de la créance invoquée. Lors de cette procédure – comme lors de procès

civils ordinaires – la cognition du juge n'est limitée dans aucune mesure. Si le débiteur n'utilise pas de son droit d'intenter une action en libération de dette ou s'il est débouté de celle-ci, la mainlevée provisoire ainsi que, le cas échéant, la saisie provisoire deviennent définitives et le créancier peut demander l'exécution forcée.

Dans le cas présent, la banque X., sise à Lyon, avait fait notifier à A., par l'Office des poursuites de Genève, un commandement de payer auquel A a fait opposition. La banque X. a requis et obtenu la mainlevée provisoire. Par la suite, A. a intenté une action en libération de dette auprès de la même juridiction – le tribunal genevois. La banque X. a alors contesté la compétence de ce tribunal et soutenu que, selon l'art. 2 CL, l'action en libération de dette devait être intentée au for de son siège à Lyon.

Se basant sur le principe de la primauté de la Convention de Lugano en tant que traité international sur toute disposition contraire de la loi nationale, le Tribunal fédéral a examiné si, à la lumière de cette Convention, le tribunal genevois était compétent pour statuer sur l'action en libération de dette exercée devant celui-ci, c'est-à-dire au for de la poursuite.

S'appuyant sur le principe général *actor sequitur forum rei* posé à l'art. 2 CL, le Tribunal fédéral a d'abord constaté que si la banque X. avait intenté une action en paiement contre A., le tribunal genevois aurait été compétent. La banque X. a néanmoins préféré faire d'abord notifier à A. un commandement de payer à son lieu de domicile à Genève. Le commandement de payer ne peut vraisemblablement pas être qualifié d'acte juridictionnel au sens de la Convention de Lugano puisqu'il est émis par une autorité administrative. Le Tribunal fédéral a cependant laissé la question de la soumission du commandement de payer à la Convention ouverte puisque l'autorité émettrice au domicile de A. aurait été compétente en vertu de l'art. 2 CL. Comme le for du lieu de la poursuite auquel a été aussi déposée l'action en mainlevée provisoire de l'opposition correspond au domicile du débiteur poursuivi, le Tribunal fédéral laissa également ouverte la question de savoir si la décision de mainlevée provisoire correspond à un procès au fond au sens de l'art. 2 et ss CL.

Le Tribunal fédéral a toutefois constaté que l'action en libération de dette est un procès au fond et que par conséquent les dispositions des arts 2 ss. CL s'appliquent. Il observe que l'action en libération de dette est une action négatoire de droit matériel, mais explique le renversement du rôle procédural des parties par le fait que la procédure est intégrée dans la phase introductive de la procédure de poursuite. Le fardeau de la preuve reste ainsi le même que lors d'une action en reconnaissance de dette. Comme l'art. 2 CL ne mentionne pas expressément le défendeur mais fait référence à la personne atraite devant les juridictions de l'Etat contractant de son domicile, il apparaît que le rôle formel des parties n'est pas nécessairement décisif.

Selon la doctrine dominante concernant les Conventions de Bruxelles et de Lugano, les actions négatoires de droit matériel doivent également être initiées au for du défendeur (sur le plan formel). Dans son jugement, le Tribunal fédéral s'appuie sur l'arrêt, AS-Autoteile de la CJCE (n° 220/84, daté du 4.7.1985). La Cour avait alors décidé que les actions en opposition à exécution prévues par l'art. 767 du code allemand de procédure civile peuvent en principe tomber dans le champ d'application des arts 2 et ss CB. AS-Autoteile, partie défenderesse dans la procédure de poursuite, avait intenté une action en opposition à exécution en Allemagne et invoqué une créance compensatoire contre le demandeur. En relation avec cette créance, la Cour négligea la position des parties sur le plan formel et retint uniquement des considérations matérielles. Elle admit finalement la compétence des tribunaux qui auraient été compétents pour statuer si la créance avait fait l'objet d'une action autonome.

Dans son argumentation concernant le cas présent, le Tribunal fédéral se réfère expressément à l'art. 2 CL en tant que principe fondamental; malgré tout, il convient d'admettre que les fors alternatifs pour le procès au fond sont également examinés. Lorsque

leurs conditions spéciales sont remplies, le demandeur a le choix entre les fors spéciaux de la CL et le for général de l'art. 2 CL.

Plusieurs autres raisons pourraient être citées pour la prise en compte de considérations matérielles lors de l'évaluation d'une action négatoire de droit matériel en relation avec une procédure d'exécution. La situation qui nous occupe est ainsi comparable à celle d'une demande reconventionnelle au sens de l'art. 6 para. 3 CL. Leur point commun est que le demandeur sur le plan formel se trouve dans une situation de défense sur le plan matériel. Une comparaison avec le cas de figure de la comparution au sens de l'art. 18 CL paraît également possible: Dans le cas d'espèce, la demanderesse sur le plan formel avait fait notifier le commandement de payer et initié la procédure de mainlevée à Genève, il convient donc d'admettre que l'action en libération de dette doit également pouvoir être déposée à ce même for par le débiteur poursuivi.

Le Tribunal fédéral fait allusion à ces considérations sans toutefois entrer dans les détails. Nous retenons en l'espèce que le Tribunal fédéral a suivi la jurisprudence de la CJCE du cas AS-Autoteile et qu'il l'a appliquée de façon analogue aux particularités de la procédure suisse d'initiation de poursuite. Ceci lui donne la possibilité de développer ultérieurement sa jurisprudence de manière conséquente et de qualifier expressément de procédure au sens des arts 2 et ss CL la procédure de mainlevée provisoire. Une décision du Oberlandesgericht Düsseldorf du 16 mars 2004 (I-3 W 373/03) s'exprime d'ailleurs aussi en faveur d'une telle qualification. Ce tribunal a statué qu'une décision de mainlevée provisoire suisse est une décision au sens de l'art. 25 CL et peut être déclarée exécutoire en Allemagne selon la CL.

## 5. Art. 16 para. 4, Convention de Lugano

A) Dans le cas de l'arrêt du *Tribunal fédéral* suisse du 21 février 2003 (ATF 129 III 295), le demandeur, une société italienne, avait fait établir par le tribunal cantonal des Grisons qu'il ne violait pas les droits découlant d'un brevet européen appartenant au défendeur, une société anonyme domiciliée en Suisse, dans les six Etats européens en cause.

Le Tribunal fédéral constatait que le cas considéré n'entraîne pas dans le champ d'application de l'art. 16 para. 4 de la Convention de Lugano, il entraîne donc en matière. Cette interprétation de l'art. 16 para. 4 CL semble en ligne avec celle de la CJCE. En effet, bien que la CJCE n'ait pas encore décidé ce genre de cas précisément, il est possible de se baser sur la décision Duijnsteer (n° 288/82, datée du 15 novembre 1983). La CJCE distinguait un litige portant sur les droits respectifs d'un employé, auteur d'une invention pour laquelle un brevet a été demandé ou obtenu, et de son employeur – litige découlant de leur relation de travail – de ceux concernant l'inscription ou la validité du brevet et tombant dans le champ d'application de l'art. 16 para. 4 CB. Pour ce faire, la Cour se basait sur la distinction retenue tant par la Convention de Munich du 5 octobre 1973 sur le brevet européen que par la Convention de Luxembourg du 15 décembre 1975 sur le brevet communautaire entre la compétence pour les litiges concernant le droit au brevet et la compétence pour les litiges en matière d'inscription et de validité d'un brevet. La CJCE déclarait également dans cet arrêt que "si [...] le litige ne porte pas lui-même sur la validité du brevet ou l'existence du dépôt ou de l'enregistrement, il faut estimer qu'aucune raison particulière ne plaide pour l'attribution d'une compétence exclusive aux juridictions de l'Etat contractant ou le brevet a été demandé ou délivré et que, par conséquent, un tel litige ne relève pas de l'art. 16 para. 4 [CB]" ; la Cour appliquera donc "les règles générales de la Convention" à ces "autres actions".

De plus, l'avocat général L.A. Geelhoed reprend dans ses conclusions concernant l'affaire pendante *Gesellschaft für Antriebstechnik* (n° C-4/03) l'argumentation de la CJCE

dans le cas Duijnsteer qui justifie l'art. 16 para. 4 CB aussi par le fait que "les juridictions [nationales] sont les mieux placées pour connaître des cas dans lesquels le litige porte lui-même sur la validité du brevet ou l'existence du dépôt ou de l'enregistrement". L'avocat général donne finalement le cas d'un litige concernant la violation d'un brevet comme exemple type d'une "autre action" pour laquelle l'art. 16 para. 4 CB n'est pas applicable.

**B)** Parmi les jugements qui traitent de l'art. 16 para. 4 de la Convention de Lugano s'inscrit également l'arrêt de l'*Oberlandesgericht München* (Allemagne) du 15 mai 2003 (*MarkenR*, 2003, 397-401), qui présente une raison supplémentaire (???) d'intérêt parce qu'il interprète et applique à la fois cette disposition et la disposition correspondante de la Convention de Bruxelles.

Il s'agissait en effet dans l'espèce d'une demande introduite par les demanderesse devant le *Landgericht München* simultanément à l'encontre d'un défendeur domicilié en Suisse et d'un défendeur domicilié en Autriche. L'action visait à constater l'inefficacité sur le territoire allemand d'une marque de fabrique internationale enregistrée en Suisse, auprès de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), par le premier défendeur (D1), lequel agissait en tant que fiduciaire du deuxième défendeur (D2), qui était le seul bénéficiaire des droits de propriété découlant de l'inscription de la marque, suite à son dépôt prioritaire en Autriche. Le *Landgericht München* a rejeté la demande en statuant que tant en vertu de l'art. 16 para. 4 de la Convention de Lugano qu'en vertu de la disposition correspondante de la Convention de Bruxelles les tribunaux suisses étaient seuls compétents, au détriment des tribunaux allemands.

L'*Oberlandesgericht* s'est prononcé de la manière contraire, et a affirmé l'existence de la juridiction des tribunaux allemands à l'encontre des défendeurs. D'abord, il a remarqué que les dispositions de la Convention de Lugano, notamment celles de la section prévoyant des compétences exclusives, doivent être appliquées d'office, alors même que le demandeur ne les a pas invoquées expressément en instance. Pour ce qui est du défendeur D1, domicilié en Suisse, il a observé que l'art. 16 para. 4 de la Convention de Lugano donne la compétence en la matière, sans considération de domicile, aux juridictions de l'Etat contractant sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale. L'enregistrement ayant été effectué aux termes de l'Arrangement de La Haye concernant le dépôt international des dessins ou modèles industriels, il a ensuite observé que c'est à ce dernier qu'il faut se référer pour déterminer le territoire visé par la fiction contenue dans l'art. 16 para. 4 de la Convention de Lugano. D'après l'art. 7 al. 1 let. a de l'Arrangement de La Haye tout dépôt au Bureau international produit, dans chacun des Etats contractants désignés par le déposant dans sa demande, les mêmes effets que si toutes les formalités et tous les actes administratifs prévus par la loi nationale pour obtenir la protection avaient été respectés et accomplis par le déposant. A son tour, l'art. 7 al. 1 let. b prévoit que la protection des dessins ou modèles enregistrés auprès du Bureau international est régie dans chacun des Etats contractants par les dispositions de la loi nationale qui s'applique dans ledit Etat aux dessins ou modèles dont la protection est revendiquée par la voie du dépôt national et pour lesquels toutes les formalités ont été remplies et tous les actes administratifs ont été accomplis. Il en résulte, selon l'*Oberlandesgericht*, qu'en cas de litige portant sur l'efficacité ou l'inefficacité, sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne, d'une marque de fabrique internationale, ce sont les tribunaux allemands qui sont compétents, sans considération du domicile du défendeur.

Des considérations analogues ont conduit le tribunal, dans la décision examinée, à affirmer la compétence des tribunaux allemands pour connaître de l'action en constatation de

droit intentée par les demanderessees à l'encontre du défendeur D2, domicilié en Autriche, en vertu de l'art. 16 para. 4 de la Convention de Bruxelles. Le texte des dispositions concernées dans les deux conventions étant le même, la cour en donne la même interprétation.

Il faut encore remarquer que l'*Oberlandesgericht* s'est prononcé en faveur de la recevabilité de l'action en constatation de la non-existence d'un rapport de droit, en considérant qu'il y avait un intérêt juridique pour les demanderessees à intenter l'action. Leur situation juridique était menacée par un danger actuel du fait que D2 avait intenté une action à leur encontre pour violation de la marque internationale en question devant le tribunal NF, et que le procès était pendant au moment du jugement. L'action en constatation de droit a été considérée par la cour allemande comme une mesure visant à clarifier le rapport de droit, dans la mesure où l'action pendant devant le tribunal NF repose sur une violation de la marque de fabrique. Quant à D1, l'intérêt juridique réside dans sa qualité de détenteur inscrit auprès de l'OMPI de la marque de fabrique en question. En faveur de la recevabilité de l'action milite enfin, selon la cour, le fait que les demanderessees n'avaient pas d'autres voies de recours à leur disposition.

## 6. Arts 25 et 31 Convention de Lugano

Cet arrêt du *Tribunal fédéral suisse* du 30 juillet 2003 (ATF 129 III 626) concerne une mesure provisionnelle conservatoire prononcée par la Haute Cour de Justice de Londres (en l'occurrence une "*Freezing Injunction*") à l'encontre d'un débiteur résidant en Turquie, demandant le blocage d'une partie de ses avoirs en Suisse. Le tribunal cantonal de Zurich avait accordé la reconnaissance et l'exécution de cette "*Freezing Injunction*" et le débiteur avait déposé un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral contre cette décision. Il faisait valoir que son droit d'être entendu n'avait pas été respecté et que la compétence territoriale de la Haute Cour de Justice de Londres n'avait aucun lien réel avec les avoirs situés en Suisse entraînant, selon la jurisprudence de la CJCE, l'incompétence de la Cour en la matière.

Le Tribunal fédéral constatait dans un premier temps que la "*Freezing Injunction*" du droit anglais pourrait être une décision au sens de l'art. 25 CL. Il appliquait la règle développée par la CJCE dans l'affaire *Denilauler* (n° 125/79, datée du 21 mai 1980) selon laquelle une mesure provisionnelle conservatoire ne peut être reconnue que si la partie concernée par cette mesure a été entendue dans la procédure aboutissant à celle-ci. Dans le cas d'espèce, le défendeur n'avait été entendu qu'après que la Cour avait décidé une extension de l'exécutabilité de l'injonction initiale au territoire étranger. Le Tribunal fédéral constatait ensuite que la jurisprudence restrictive de la Cour concernant l'application de l'art. 25 CL au mesures «ex parte» était controversée dans la doctrine, mais décidait néanmoins de s'y conformer au regard de l'art. 1 du protocole II. De plus, le Tribunal fédéral observait que le débiteur avait été entendu dans la procédure initiale à Londres ordonnant la "*Freezing Injunction*" qui prévoyait déjà en principe la possibilité d'une extension de l'exécutabilité à l'étranger. En outre, le défendeur avait la possibilité de se défendre contre cette extension après la décision. Le Tribunal fédéral arrivait donc à la conclusion que la partie en question avait eu suffisamment d'opportunités pour faire valoir ses objections. Ce résultat correspond également à la jurisprudence de la CJCE dans les affaires *Kloms* (n° 166/80, datée du 16.06.1981) et *Brennero* (n° 258/83, datée du 27.11.1984).

Le Tribunal fédéral a ensuite examiné la deuxième objection du débiteur à la lumière de la jurisprudence de la CJCE. Dans l'affaire *Van Uden* (n° C-391/95, datée du 17 novembre 1998), la CJCE considérait que l'art. 24 CB devait être interprété en ce sens que son



application était subordonnée, notamment, à la condition de l'existence d'un "lien de rattachement réel" entre l'objet de cette mesure et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi. La Cour s'était alors référée à sa propre jurisprudence développée dans l'arrêt Denilauler précité qui établissait que "c'est certainement le juge du lieu ou en tout cas de l'Etat contractant où sont situés les avoirs qui feront l'objet des mesures sollicitées qui est le mieux à même d'apprécier les circonstances qui peuvent amener à octroyer ou à refuser les mesures sollicitées [...]".

Le Tribunal fédéral observe cependant que, dans l'affaire *Mietz* (n° C-99/96, datée du 27 avril 1999), la CJCE avait requis un lien réel entre la compétence territoriale du tribunal prononçant la mesure provisionnelle et les avoirs concernés uniquement dans les cas où les mesures provisionnelles conservatoires avaient été prononcées par un tribunal virtuellement incompétent sur le fond. Le Tribunal fédéral décidait donc que comme dans le cas d'espèce la Haute Cour de Londres s'était déclarée compétente pour connaître du fond de l'affaire, un lien réel entre la compétence territoriale du tribunal anglais et les avoirs concernés n'était pas nécessaire pour fonder la compétence dudit tribunal. Il rejetait ainsi la deuxième objection du débiteur et confirmait la décision du tribunal cantonal.

### **7. Arts. 26, 27.1 et 54, 2 Convention de Lugano**

Decision of the Court of *Sad Najwyższy* (Supreme Court of Poland) of December 19, 2003: A Swedish national lodged with the Circuit Court of Kraków an application for recognition of a judgment of a Swedish District Court decision dating from October 31, 2000 and of a judgment of the Court of Appeal of Stockholm of November 17, 2000 confirming the District Court decision. The Swedish decision dealt with a maintenance case between the party seeking recognition, a father domiciled in Sweden, and his child. It condemned the Poland-based mother to the procedural costs awarded to the father after the child had withdrawn its action. For reasons of incompatibility with substantive Polish public policy the Circuit Court in Kraków rejected the request for recognition. In the following proceedings before the Court of Appeal of Kraków the rejection by the Circuit Court was quashed, and it was ruled that the major part of the Swedish judgment could be recognized.

The Supreme Court of Poland decided that the question of recognition was governed by the Lugano Convention. It held that, according to Article 25, the Convention applied to the recognition of the allocation of costs if the principal issue of the proceedings fell within the scope *ratione materiae* of the Convention. This was the case as the Swedish proceedings were on child maintenance.

As to the application of the Convention *ratione temporis* the Supreme Court came to the following conclusions.

The Swedish judgments had both been rendered after the entry into force of the Lugano Convention between Sweden and Poland on February 1, 2000. However, the files led the Supreme Court to the assumption that the Swedish proceedings had been instituted before that date. Based on Article 54 of the Lugano Convention the Supreme Court examined whether the Swedish court had indirect jurisdiction pursuant to the rules of the Lugano Convention or any other Convention concluded between the State of origin and the State addressed which was in force when the proceedings were instituted. Although the judgment itself contained nothing on that issue the Supreme Court, in the spirit of *favour recognitionis*, was able to conclude from the files that the party seeking recognition who was the defendant in the maintenance proceedings had its domicile in Sweden at the time of the institution of the

proceedings and that the indirect jurisdiction of the Swedish court was therefore in accordance with Article 2 of the Lugano Convention.

This ruling could be regarded as taking a direction that is developing further an existing case law as to the duties of the court addressed to establish the factual basis of indirect competence. In a proceeding based on Article 54 (2) concerning recognition and enforcement of a German default decision, the Swiss Federal Tribunal (decision of June 12, 1997; BGE 123 III 374; N° 1998/15) found itself unable to verify the indirect competence on the basis of the German decision because, on one hand, according to Article 28 (3) of the Lugano Convention, the recognizing court would have been bound to the findings of fact on which the first court based its jurisdiction, but, on the other hand, the German decision contained neither a summary of the facts nor the grounds it was based on. Since the indirect jurisdiction of the German court was contested and its jurisdiction was not obvious from the files, the judgment was denied enforceability (see also denial of enforceability in BGE 127 III 186 E.4.b, but in the different context of Article 54 b (3)).

The Polish court of appeal pointed out that, on top of the fact that the Swedish court's jurisdiction was in accordance with the Lugano Convention, a treaty dealing exclusively with recognition and enforcement was in force between the States involved at the time of the institution of the proceedings: the Hague Maintenance Convention of 1973, in force between Poland and Sweden since July 1, 1996. The indirect jurisdiction of the Swedish court could be founded on that convention. For the purposes of Article 54 paragraph 2 of the Lugano Convention, according to the Polish Supreme Court, it already would be sufficient to establish the jurisdiction of the State of origin, based on an international Convention dealing with indirect jurisdiction only, and not with direct competence.

Independently from these findings, the Supreme Court came to the conclusion that the Hague Maintenance Convention of 1973 didn't apply to the recognition of the Swedish judgment as the latter dealt with the payment of procedural costs by the mother as the statutory representative of the child rather than by the child itself.

In addition to the Maintenance Convention, the Supreme Court examined the application of the Hague Convention of 1980 on Access to Justice, also in force between the two countries. However, the court didn't apply this Convention as it found the case did not fall under its Articles 14 and 15.

The court then went on to examine whether the public policy exception of Article 27 (1) applied. First it recognized that the public exception of Polish national law was considerably broader than Article 27 (1) of the Lugano Convention. It stressed the exceptional character of the public policy clause which could only be applied in particularly flagrant cases of departure from crucial and fundamental principles of the national legal order. The mere fact of divergence between legal provisions applied by the State of origin and the rules which the recognizing State would have applied if it had had the case in hand was not sufficient for the application of Article 27 (1). This seems to be in line with the Report *Jenard* (ad Article 26) and a rich case law by the Court of Justice and national Supreme Courts on the narrow interpretation and exceptional nature of the public policy exception.

In this connection, it was found that Polish law only excluded the imposition of court fees on the child, but did not prevent the court from awarding the opposing party its procedural costs against the child. The difference to Swedish law lay in the fact that the latter prevented the courts from awarding procedural costs of the opposing party against the child, but instead allowed the imposition of these costs on its statutory representative. Thus the only difference between the two regimes lay in the fact that from a formalistic point of view the procedural costs of the opposing party were awarded against different persons. From an

economic point of view, the costs were borne by the same person, the statutory representative of the minor. Thus the Polish Supreme Court held that Art. 27 para. 1 was not violated .

Finally, the court turned to the fact that the applicant had requested recognition of the Swedish judgment without asking for its enforcement. The Supreme Court held that, pursuant to Article 26 of the Lugano Convention, each judgment, regardless of the fact whether it was enforceable according to Articles 31 ff. or not, could be recognized in other Contracting States. Although the conditions for recognition and declaration of enforceability were mostly convergent, the two proceedings were regulated separately in the Lugano Convention as well as in Polish national procedural law. Thus the Swedish judgment of October 31, 2000 was not declared enforceable but only recognized as containing the decision on the costs of the proceedings. Indeed, with respect to the treatment of a request as a mere request for recognition where enforcement of the decision could be directly sought there seems to be no relevant case law asking for a special interest for a decision on recognition according to Article 26 (2) of the Lugano Convention.

### **8. Art. 29 Convention de Lugano**

>  
 > The decision of the Hoyeserett (Norway) of February 5, 2003, concerned the question of enforcement in Norway of a Dutch  
 > court decision regarding compensation. After the Dutch decision became  
 > enforceable in the Netherlands, the Norwegian defendant redeemed part  
 > of the judgment. The Dutch plaintiff then sought recognition and  
 > enforcement of the outstanding amount in Norway. The Norwegian  
 > defendant objected on the grounds that the Dutch judgment no longer  
 > was fully enforceable. The Appeals Committee of the Supreme Court  
 > regarded the objection as a matter of substance, which could not be  
 > reviewed by Norwegian courts according to the Lugano Convention  
 > article 29. This objection should instead be raised during the  
 > enforcement procedure, which is governed by national law.

>

### **9. Arts 37 et 38 Convention de Lugano**

L'arrêt du *Tribunal fédéral suisse* du 23 juin 2003 (*ATF 129 III 574*) traitait de la reconnaissance et de l'exécution en Suisse d'un jugement conditionnel (*Vorbehaltsurteil*) rendu par le *Landgericht Düsseldorf* en application du droit de procédure civile allemand. Le Tribunal fédéral suisse avait rejeté le recours introduit contre la décision du juge suisse de l'exécution (tribunal cantonal de Zurich) d'octroyer la reconnaissance et l'exécution en Suisse. Le recourant demandait la suspension de la procédure d'exequatur en application de l'art. 38(1) CL et faisait valoir la violation des arts 30 et 38 CL.

Se basant sur la définition du "recours ordinaire" au sens des arts 30 et 38 de la Convention de Bruxelles donnée par la CJCE dans l'affaire *Diamond Supplies* (n° 43/77, datée du 22 novembre 1977), le Tribunal fédéral avait tout d'abord constaté que la procédure subséquente (*Nachverfahren*), constituant selon le droit allemand la condition résolutoire du jugement conditionnel, ne peut être assimilée à un "recours ordinaire" au sens des arts 30 et 38 CL. En effet, la définition donnée par la CJCE de l'expression "recours ordinaire" englobe "tout recours qui est de nature à pouvoir entraîner l'annulation ou la modification de la décision faisant l'objet de la procédure de reconnaissance ou d'exécution selon la Convention [de Bruxelles] et dont l'introduction est liée, dans l'Etat d'origine, à un délai déterminé par la

loi prenant cours en vertu de cette décision même". Il convient de noter que la notion de "recours ordinaire" est une notion autonome dont la détermination se fait dans le seul cadre de la Convention de Bruxelles, resp. de Lugano. Or, comme le droit allemand (§600 ZPO) ne prévoit aucun délai pour engager la procédure subséquente, celle-ci ne peut être qualifiée de "recours ordinaire" au sens des arts 30 et 38 CL. Ces dispositions ne pouvant donc pas s'appliquer à ce genre de procédure, elles ne peuvent être violées par le refus du tribunal cantonal de surseoir à statuer.

Le Tribunal fédéral note ensuite que, selon §599(3) ZPO, le jugement conditionnel est exécutoire en Allemagne. A ce stade, il serait intéressant de remarquer qu'une exécution dans un autre Etat contractant sur la base de l'art. 31 CB et CL pourrait, dans certaines situations, entrer en conflit avec certains buts des conventions de Bruxelles et Lugano: Dans l'affaire Diamond Supplies précitée, la CJCE rappelle d'abord que le but général des conventions est d'"assurer l'exécution rapide des décisions avec un minimum de formalités, dès lors que celles-ci ont un caractère exécutoire dans l'Etat d'origine" ; elle décrit ensuite le but des arts 30 et 38 comme étant celui d'"empêcher que des décisions soient obligatoirement reconnues et exécutées dans d'autres Etats contractants à un moment où subsiste la possibilité qu'elles soient mises à néant ou modifiées dans l'Etat d'origine". Dans le cas qui nous occupe, le Tribunal fédéral s'est cependant limité à l'examen de la violation alléguée des arts 30 et 38 CL et ne s'est donc pas référé à cette jurisprudence. Le Tribunal fédéral avait également constaté que le recourant n'avait engagé la procédure subséquente en Allemagne que plus de cinq ans après le jugement conditionnel, afin de pouvoir invoquer l'art. 38(1) CL et demander la suspension de la procédure d'exequatur. Le Tribunal fédéral finit enfin par faire remarquer que les arts 30 et 38 CL n'établissent qu'une simple possibilité – et non pas une obligation – de surseoir à statuer notamment lorsqu'un recours a été intenté dans l'Etat d'origine contre la décision étrangère; il appartient ainsi au juge de l'exécution d'exercer librement son pouvoir d'appréciation.

### **III. Considérations finales**

Une année de plus, on peut constater une tendance des cours des Etats parties à la Convention de Lugano à prendre en considération la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes relative à l'interprétation de la Convention de Bruxelles. Ce qui montre, sans doute, une intention d'appliquer dans le même sens la Convention de Bruxelles et la Convention de Lugano. Les mentions de la jurisprudence de la Cour européenne sont fréquentes. Cela montre une bonne connaissance de cette jurisprudence aussi bien par les juges des Etats membres de la Communauté européenne que les juges des autres Etats parties à la Convention de Lugano, ou, au moins, une bonne connaissance de cette jurisprudence par les conseils qui assistent les parties dans les affaires pouvant mettre en cause cette jurisprudence ou se prévaloir de celle-ci.

On peut signaler, par contre, que les jugements rendus dans d'autres Etats parties à la Convention sont rarement mentionnés dans les arrêts. Un résultat normal pour deux raisons. En premier lieu, parce que les juges internes ne sont pas habitués à citer la jurisprudence étrangère. En deuxième lieu, en raison des difficultés linguistiques.

De manière plus générale, il y a lieu de remarquer qu'à côté des décisions qui ne font que reprendre de solutions déjà consolidées dans la jurisprudence de la Cour de justice, d'autres ont trait à des espèces qui présentent des éléments juridiques et de fait nouveaux sur

lesquels les juges se penchent pour la première fois. La recherche de solutions qui s'insèrent dans la ligne de la jurisprudence de la Cour, ou qui sont au moins compatibles avec celle-ci, constitue une contribution importante dont la Cour elle-même est appelée à tenir compte lorsqu'elle aborde des espèces analogues. De ce point de vue, la richesse de la jurisprudence sur la Convention de Lugano confirme encore un fois le rôle essentiel joué par la convention parallèle dans le cadre de l'harmonisation du droit de la coopération judiciaire en Europe.

15.9.05

Alegría Borrás (Espagne)

Alexander R. Markus (Suisse)

Fausto Pocar (Italie)