

Rapport

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

Introduction

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

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

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

I. OBSERVATIONS PRELIMINAIRES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. APERCU GENERAL DE LA JURISPRUDENCE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. POUR CE QUI EST EN PARTICULIER DE LA JURISPRUDENCE

RELATIVE A L'ART. 5.1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. La décision

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

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

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

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

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

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

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

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

3.Nouveau développement de la jurisprudence relative aux Conventions

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

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

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

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

**(c) *Høyesterettskjaeremålsutvalg* norvégien du 10 mai 1996, *Information* n° 1997/33, *Deutsche Bank*
[ILP 1997.8, som.]**

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

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

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

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

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

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

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

[ILP 1998.804]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nous pouvons cependant faire les constatations suivantes

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

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

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

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

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

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

IV. CONSIDÉRATIONS FINALES

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

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

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

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

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

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

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

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

Barcelone, Berne, Athènes, mai 1999

Prof . Alegría Borrás (Espagne)

Dr. Alexander R. Markus (Suisse)

Prof. Haris Tagaras (Grèce)

29.9.99

REPORT**on the national case-law relating to the Lugano Convention
drawn up in performance of the task entrusted to the Spanish, Greek and
Swiss delegations at the 5th session of the Lugano Convention's
Standing Committee (Interlaken, 18.9.1998)**

Introduction

The original impetus to draw up the present report was given at the last meeting of the Lugano Convention's Standing Committee during discussions aimed at exploring "the possibilities to improve its system" (point 4 of the agenda). The idea was triggered off by some remarks of the Italian delegation; these led the Committee to examine whether it was sufficient, as up till now, to simply take cognizance of the case-law materials communicated by the services of the Court of justice in application of Protocol No. 2 or whether it should go a step further and start analysing it. This would in particular also entail analysing the case-law relating to the Brussels Convention and "underlining the current divergencies of interpretation as well as those which may occur in the future" (minutes of the 5th meeting of the Standing Committee, point II.4, fifth paragraph). Questions having been raised as to the appropriateness of such an undertaking as well as to its consistency with the provisions of Protocol No. 2, the Committee decided to postpone its final decision until a "model report" on national case-law had been drawn up (above-mentioned minutes, point II.4, sixth paragraph). Indeed, in the light of such a report, which is as yet experimental, the Committee would be in a better position to take a final decision concerning the proposals as to the use of the case-law materials relating to the Lugano Convention. This is precisely the purpose of the present report and its authors hope it will lay the foundations for an "in-depth discussion" on the matter (above-mentioned minutes, *ibid*).

In accordance with the general feeling expressed at the meeting, the drafters of the present report agreed to base it above all on the case-law communicated by the services of the Court of Justice in application of Protocol No. 2 of the Lugano Convention and, in principle, to concentrate their research on one single provision of the Convention. Insofar however as this first experimental report was to lay the foundations for a discussion aiming not only at ensuring the conformity of the system envisaged with Protocol No. 2, but also its appropriateness and its practical and actual interest, the authors took the liberty of also trying to give a brief overview of the case-law relating to the Lugano Convention. Moreover, they agreed to focus this report on art. 5.1, which, apart from the interest it offers in itself, is the most often quoted provision in the case-law materials under survey.

I. PRELIMINARY OBSERVATIONS

In application of Protocol No. 2 of the Lugano Convention, the competent service of the Court of Justice (i.e. the Division Library, Research and Documentation) has currently brought out seven (7) fascicles relating to case-law. The first one was communicated to the Contracting States in 1992 and the latest one in July 1998. The first three fascicles have moreover been published by the Swiss Institute of comparative Law (Collection of jurisprudence of the European Court of Justice and of the highest courts of the States Parties concerning the Lugano Convention, Schulthess Polygraphischer Verlag, vol. I/1992, vol. II/1993 and vol. III/1994, Zurich 1996, 1997 and 1998).

The seven above-mentioned fascicles contain all the judgments which the Court of Justice gave since 1992 on the interpretation of the Brussels Convention as well as a large selection of national case-law materials; the latter concern both Brussels and Lugano and currently total over two hundred (200) national decisions including those relating to requests for preliminary rulings. With a few exceptions, which mostly concern the first fascicles (or the preliminary procedure), the judgments were all delivered by the Supreme Courts of the Contracting States.

There are twenty-five (25) of them relating to the Lugano Convention, some of which also concern the Brussels Convention.

Some of those twenty-five decisions declare the Lugano Convention to be inapplicable *ratione temporis*, but mention it all the same, either to simply recall a legal instrument destined to enter into force in the near future and which might sanction different solutions (*Norwegian Høyesterett*, 20 January 1993, *Information No. 1993/43*, art. 6/1 – see also German *Bundesgerichtshof*, 21 November 1996, *Information No. 1997/43*, art. 18, which also concerns the Brussels Convention), or in order to corroborate the interpretation envisaged under national law (*Norwegian Høyesterett*, 31 May 1994, *Information No. 1995/20*, art. 5.3, Austrian *Oberster Gerichtshof*, 8 April 1997, *Information No. 1998/12*, art. V of Protocol No. 1).

As for the other decisions, i.e. those which actually interpret and apply the Lugano Convention, one should note from the outset that they offer elements of interpretation of nearly every provision of the Convention which offers more than a merely average interest (art.1, 5.1, 5.3, 6.1, 16, 17, 21, 24, 27-28, 31, 54) and that, as a general rule, they follow the case-law developed in application of the Brussels Convention faithfully.

It also seems to us to be useful to point out that the currently available case-law materials relating to the Lugano Convention are considerable and that the twenty-five above-mentioned decisions, which serve as a basis for the present report, were chosen by the services of the Registrar of the Court of Justice in application of Protocol No. 2 of the Convention. Let us add here that, whilst the services of the Registrar of the Court of Justice (which is the central body entrusted with implementing the system of exchange of information set up by the above-mentioned Protocol No. 2) necessarily possess the most complete collection of decisions

relating to the Lugano Convention, such decisions are published more and more often in numerous law periodicals; apart from the publications which are of purely national interest (as, for instance, the commentary on Swiss case-law by Volken in the *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und europäisches Recht*), the *International Litigation Procedure* (hereafter *ILP*) is especially worthy of mention as it regularly publishes decisions of all the Contracting States in English or translated into English.

May we also specify that all through this report the term "judgment" will be used in an overall sense, so as to extend to any judgment given by a court or tribunal of a Contracting State, whatever it may be called, including a decree, order, decision or writ of execution (see in the same sense art. 25 of the Convention), as well as judgments given within the framework of *exequatur* proceedings.

II. OVERVIEW OF THE CASE-LAW

If one leaves aside the judgments relating to art. 5.1, which will be analysed more in detail in chapter III hereafter, as well as certain judgments declaring the Convention to be inapplicable *ratione temporis*, one can present the following overview of the case-law, according to the subject-matter of each decision:

A. With respect to the material scope of application of the Convention, one should mention two judgments, which both declare the Convention to be inapplicable: one case concerned a request for protective measures of the conjugal union including maintenance claims (Swiss *Bundesgericht*, 27 May 1993, *Information No. 1994/12*) and the other, which concerned the compulsory winding-up of a State-owned enterprise and the companies controlled by it as well as a prohibition to pay the debts, was qualified by the national court as "proceedings analogous" to bankruptcy within the meaning of art. 1.2.2 (Norwegian *Høyesterett*, 18 January 1996, *Information No. 1996/28*).

B. One single judgment (Swedish *Högsta Domstolen*, 23 February 1994, *Information No. 1996/12*) concerns exclusive jurisdiction. It related to proceedings concerned with the registration or validity of patents and the national court held that the rule of art.16.4 does not extend to a dispute between an employee for whose invention a patent has been applied for and his employer, where the dispute regards their respective rights in that patent.

C. There are two judgments relating to prorogation of jurisdiction. The first concerned the definition of a stipulation in favour of one party only, in a case where one also had to pay account to art. I a of Protocol No. 1 (*Tribunale d'appello del Canton Ticino*, in Switzerland, 2nd November 1993, *Information No. 1994/17*). The second concerned the formal requirements in the light of the case-law of the Court of Justice pertaining to the Brussels Convention (Norwegian *Høyesterett*, 17 December 1993, *Information No. 1994/19*).

D. As for the alternative criteria of jurisdiction, if one leaves aside the judgments falling within the ambit of art. 5.1, which will be dealt with in the following chapter, one can, strangely enough, only find two single judgments, which were both delivered by the Supreme Court of Norway (Norwegian *Høyesterett*, 31 May 1994, *Information No. 1995/20*, above-mentioned in chapter I, and 6 June 1996, *Information No. 1997/36*)*. They concern matters relating to tort, which are governed by art. 5.3; however the Court decided the cases in application of national law, because the Lugano Convention was inapplicable *ratione temporis*. One should nevertheless note that both decisions concern disputes relating to cross-frontier defamation and that the most recent one expressly mentions the ECJ judgment of 7.3.1995 in the C-68/93 Shevill/Press Alliance case.

E. With respect to the special jurisdiction foreseen in art. 6, the only judgments which will be mentioned are those relating to point 1 and concerning a plurality of defendants. There are three of them, two of which in particular stand out. One is an English judgment which refuses to apply the forum non conveniens theory with respect to the co-defendant domiciled in another Contracting State (*High Court*, 26 March 1992, *Information No. 1993/42*) and the other is a Norwegian decision. In the latter case the court had to examine whether the fact that the dispute between the plaintiff and the other co-defendant had later been settled out of court, without that circumstance having led the Norwegian court to renounce exercising its jurisdiction, could arouse the suspicion that art. 6.1 had merely been invoked in order to prevent the foreign defendant from being sued before the courts of his domicile (*Høyesteretts kjaeremålsutvalg*, 23 February 1996, *Information No. 1997/21*). The third judgment, given by the same Norwegian court, does not seem to be of great interest (*Høyesteretts kjaeremålsutvalg*, 17 August 1995, *Information No. 1996/26*). One may also recall that amongst the judgments declaring the Convention to be inapplicable *ratione temporis* one again comes across a Norwegian decision concerning a plurality of defendants (*Høyesterett*, 20 January 1993, *Information No. 1993/43*, mentioned previously in chapter I).

F. There are two judgments on the interpretation of article 21 relating to lis pendens; both concern the determination of the court "first seised" and in that matter they seem to follow the case-law of the Community (English *High Court*, 14 October 1993, *Information No. 1995/15*, and Swiss *Bundesgericht*, 26 September 1997, *Information No. 1998/13*).

G. Two judgments relate to provisional measures. Of those two, one is English and concerns the jurisdiction of the courts of a Contracting State to order the defendant, who is domiciled in that State, but is sued in another, to refrain from disposing of his assets and to disclose their localisation in the whole world (*Court of Appeal*, 11 June 1997, *Information No. 1998/34*). The other concerns the enforcement of a judicial sequestration order in another contracting State (Swedish *Högsta Domstolen*, 12 September 1995, *Information No. 1996/27*).

* The authors thank Ms Løvold of the Norwegian delegation for her comments on these decisions.

H. Of the three judgments concerning the grounds for refusing recognition and enforcement, two relate to cases in which the defendant was in default of appearance in the country of origin. However, only the first, which related to a payment order, directly concerned the refusal ground *ad hoc*, i.e. art. 27.2, which is moreover the provision of art. 27 most often invoked in practice (Swiss *Bundesgericht*, 12 June 1997, *Information No. 1998/15*). In the other, which concerned an order to pay costs issued to a person who was unaware of the proceedings, the ground invoked was that of public policy foreseen in art. 27.1 (Norwegian *Høyesteretts kjaeremålsutvalg*, 29 March 1996, *Information No. 1997/28*). The third does not seem to be of any particular interest (Norwegian *Høyesteretts kjaeremålsutvalg*, 7 March 1996, *Information No. 1997/26*).

I. In matters relating to the enforcement procedure (art. 31 et seq. of the Convention) one can find one single judgment. It refers to the effects of the judgment in the State in which enforcement is sought and thereby takes into account the limitations resulting from the application of the law of the State of execution proper (Swedish *Högsta Domstolen*, 12 September 1995, *Information No. 1996/2*, mentioned previously under G).

K. The still recent entry into force of the Convention gave rise to two – previously mentioned - judgments on the application of the transitional provisions of art. 54.2. The judgment of the *Tribunale d'appello del Canton Ticino* (2 November 1993, *Information No. 1994/17*, previously mentioned under C) ruled that enforcement was to be authorized in accordance with the Convention once the jurisdiction of the court of the State of origin had been examined. In the other case, the Swiss *Bundesgericht* (12 June 1997, *Information No. 1998/15*, previously mentioned under H), after having held that the court of the State where enforcement was sought was bound by the findings of fact on which the court in the State of origin had based its jurisdiction, refused to recognize or enforce the foreign judgment on the ground that it neither contained any findings of fact nor stated the grounds on which it rests.

III. CASE-LAW RELATING IN PARTICULAR TO ART. 5.1

The fascicles brought out by the services of the Court of Justice contain five judgments concerning art. 5.1, i.e., in chronological order:

- Swiss *Bundesgericht*, 18 January 1996, *Information No. 1997/18*
- Swiss *Bundesgericht*, 21 February 1996, *Information No. 1998/14*
- Norwegian *Høyesteretts kjaeremålsutvalg*, 10 May 1996, *Information No. 1997/33*

- Swedish *Högsta Domstolen*, 13 June 1997, *Information No. 1997/45*
- English *Court of Appeal*, 13 July 1997, *Information No. 1998/33*

However, so as to allow the national delegations to get a broader overview of the case-law relating to art. 5.1, we thought that it would be appropriate to extend our analysis to other judgments of Supreme courts given during the same period as the five above-mentioned judgments, i.e. during the judicial years 1995/1996 and 1996/1997; there are two (2) of them:

- Swiss *Bundesgericht*, 23 August 1996
- Norwegian *Høyesterett*, 15 May 1997.

The most recent judgments, in particular the Austrian ones which were published in the *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht* (*Oberster Gerichtshof*, 9.9.1997, 1998.163, 10.9.1998, 1999.23 [sum.], 1999.23 [sum.] and 1999.24 [sum.], 28.10.1997, 1998.167 and 1999.35 [sum.], 27.1.1998, 1997.157, 25.2.1998, *Juristische Blätter* 1998.518, 12.8.1998, 1999.22 – see also Norwegian *Høyesterett*, 27.1.1998, *ILP* 1998.550 [sum.], and Swiss *Bundesgericht*, 9.3.1998, *Coll.*, vol.124 III, p. 188) can be included in the next report, assuming, of course, that the Standing Committee decides to pursue its examination of national case-law by drawing up reports.

Thus the present report only mentions the seven (7) above-mentioned judgments, which were given during the judicial years 1995/1996 and 1996/1997.

We will successively examine the contents of each of those judgments and its conformity with the case-law concerning the Brussels Convention (for the judgment under [b] we will add some subtitles because it presents certain special features).

(a) Swiss *Bundesgericht*, 18 January 1996, *Information No. 1997/18*, *T/C* [*ILP* 1998.77]

The corporation S., with its registered office in Switzerland, sold to the Italian company T. an exhaust gas cleaning unit which it installed on the spot. Afterwards the company T. claimed that the system was deficient and rescinded the contract. The corporation S. brought an action in Zurich against the Italian company T. for payment of the purchase price; the company T. raised the plea of lack of international jurisdiction. The parties disagreed on the question whether an agreement conferring jurisdiction incorporated in their contract was valid. However, the Federal Court first examined whether the courts of Zurich had jurisdiction within the meaning of art. 5.1, a question to which it gave an affirmative answer. It then found that, whereas one should resort to an autonomous interpretation of the concept of "matters relating to a contract", the place of performance should be governed by the law applicable to the contract or the obligation. In the case of entirely bilateral contracts it further held that

according to the rule of jurisdiction foreseen by art. 5.1 there was a different place of performance for each obligation, the object of the dispute being in the present instance the claim relating to the purchase price. The Federal Court applies the substantive rules of the Vienna Convention on contracts for the international sale of goods "as the applicable law". By interpreting art. 57 and 58 of that Convention, it comes to the conclusion that in the present case one is not dealing with a transaction where each obligation is conditional on the counter-performance, because at no time of the performance of the contract did the partial obligation of one of the parties have to be performed at the same time as that of the other. It follows that it is not letter [b] but letter [a] of article 57.1 of the Vienna Convention, which is applicable and that according to that last provision the purchase price should be paid at the place where the seller and plaintiff is established, which means that Zurich would have jurisdiction.

In its judgment of 4.3.1982 in the Peters/ZNAV case (34/82) the Court of Justice (hereafter ECJ in this chapter III) had already ruled that the concept of "matters relating to a contract" should be interpreted autonomously, an interpretation which it for instance confirmed in its judgment of 8.3.1988 in the Arcado/Haviland case (9/87) and in that of 17.6.1992 in the Handte/TMCS case (C-26/91). But it was in its judgment of 6.10.1976 in the Tessili/Dunlop case (12/76) that the ECJ ruled that the place of performance was to be determined by the law applicable to the contract or the obligation. Furthermore, in its judgment of 6.10.1976 in the De Bloss/Bouyer case (14/76) the ECJ held that, within the framework of a bilateral contract, there can be a different jurisdiction for the disputes relating to the main obligation of each party. Finally, in its judgment of 29.6.1994 in the Custom Made/Stawa Metallbau case (C-288/92), the ECJ decided that the place of performance can also be determined by the *lex causae*, even if the latter is a uniform law, as for instance the Hague Convention on the law applicable to the international sale of goods in the case adjudged by the ECJ and the Vienna Convention on contracts for the international sale of goods, which replaced the Hague Convention, in the case adjudged by the Federal Court.

One can therefore state that in the present judgment the Federal Court resorted to the same concept of jurisdiction in contractual matters as that which was held applicable in the case-law of the ECJ.

b) Swiss *Bundesgericht*, 21 February 1996, *Information No. 1998/14*, B/K

1. The judgment

In 1993, Ms K. sued Mr B (domiciled in Rome or London) in Zurich. She brought an action against the defendant for the repayment of two loans. The defendant contested both the existence of the loans and the territorial jurisdiction of the court in Zurich. The question was whether, within the meaning of art. 5.1 of the Lugano Convention, the place of performance was in Zurich.

The Federal Court was of the opinion that the place of performance of the obligation to repay the loans may also be determined by an agreement between the parties provided that such an agreement is valid under the applicable *lex causae*. In such a

case, in principle, the agreement need not be entered into in one of the forms required by art. 17. However, the agreement must relate to the actual place of performance; this requirement aims at avoiding that the rules of form contained in art. 17 be circumvented.

On the other hand, with respect to the application of art. 5.1 and the procedure aiming at identifying the place of performance in dispute between the parties, the Federal Court distinguishes according to whether or not the factual allegations of the plaintiff also have a bearing on the judgment as to substance.

In the former situation, an hypothesis which was not that of the case adjudged by the Federal Court, the court would be empowered to determine its jurisdiction merely by relying on the contents of the claim and to postpone examining any contrary allegations of the defendant till the case was examined on the merits. That principle, which – let us repeat it – is only applicable if the contested claim is relevant both with respect to the examination as to jurisdiction under the Lugano Convention and as to the substance of the claim, aims at protecting the defendant: since the latter must reply to decisive allegations both with respect to jurisdiction and to the substance of the claim, he must afterwards be in a position to oppose a second claim which would be substantively identical to the first by raising the plea of *res judicata*.

If, on the other hand, the existence of an agreement concerning the place of performance – claimed by the plaintiff, but contested by the opposite party – is only relevant with respect to the determination of jurisdiction but has no bearing on the claim as to its substance, the court cannot simply leave it to the allegations of the plaintiff on that point, should the defendant contest them; the plaintiff must, on the contrary, if necessary, submit evidence on that point. In the present case, the claim for repayment of the loans in dispute could be adjudged on the merits without it being necessary to decide whether the place of performance of the obligation was in Zurich or not. Thus the case was remanded to the cantonal court so that the latter require the submission of proofs on the agreement relating to the place of performance according to art. 5.1 of the Lugano Convention.

2. Observance of the case-law relating to the Brussels Convention

In its judgment of 17.1.1980 in the Zelger/Salinitri case (56/79), the ECJ is of the opinion that jurisdiction within the meaning of art. 5.1 can be based on an agreement determining the place of performance, even if no particular form was chosen, it being understood that the form requirements foreseen in art. 17 need in principle not be observed. The ECJ based its interpretation on the difference between the teleological and the systematic conception of art. 5.1 and that of art. 17: whereas the forum foreseen in art. 17 is based on an agreement between the parties relating directly to jurisdiction, it is the proximity of the forum to the object of the dispute which is considered decisive in the case of art. 5.1. That is sound and coherent reasoning even if Advocate general Capotorti (and later on various authors) perceived the danger that art. 17 could thus be circumvented. By denying that a purely fictive agreement on the place of performance may have any power to confer jurisdiction within the meaning of art. 5.1 the Federal Court not only takes into consideration that

preoccupation, but it also in a way anticipates the judgment that the ECJ was to deliver one year later in the MSG/Gravières Rhénanes case (21.2.1997, C – 106/95). Indeed, according to that judgment an "agreement on the place of performance, which is designed....solely to establish that the courts for a particular place have jurisdiction" (tenor, point 2), cannot confer jurisdiction.

3. New development of the case-law relating to the Conventions

The opinion according to which "one need not proceed to a formal initial analysis" of the allegations of the plaintiff, such as described in the fourth above-mentioned paragraph of our presentation of the Bundesgericht's judgment, is shared by some German and Swiss authors (see Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, Heidelberg 1998, 6th ed., art. 19, note 5).

In its above-mentioned judgment in the Peters/ZNAV case, the ECJ simply found that the national courts could determine their own jurisdiction in accordance with art. 5.1. without being obliged to examine the case as to its merits (point 17). The above judgment of the Federal Court seems to tackle this problem in a more sophisticated manner, insofar as it distinguishes according to the consequences that the allegations relating to jurisdiction could have on the merits. Such an approach could be generalized and its scope could perhaps be extended beyond the case foreseen in art. 5.1.

One may however note that the rules of the Convention concerning "examination as to jurisdiction and admissibility" (see in particular art. 19) seem to be interpreted in the sense that, if the allegations of the plaintiff are only relevant with respect to the determination of jurisdiction, the court seised cannot be obliged to rely solely on them. Furthermore, the conventions do not allow one to draw the conclusion that there is a real duty to ordain the submission of proofs, where the facts generating jurisdiction are contested, such a duty resulting - possibly, as in the present case - from national law.

c) Norwegian *Høyesterettskjaeremålsutvalg*, 10 May 1996, Information No. 1997/33 *Deutsche Bank* [ILP 1997.8, sum.]

The analysis of this judgment is based on the English summary prepared by the Norwegian authority entrusted with the exchange of information, as well as on an officious French translation kindly communicated by the services of the Committee, the Norwegian language not being known to the authors of the present report.

The case concerned an action brought in Norway by virtue of art. 5.1, the application of the said provision having in this instance been contested by the defendant on the ground that the claim in dispute was not of a contractual, but of a delictual nature. The Norwegian court seised with the claim seems to have held, that in order to declare itself competent, it should be in possession of sufficiently clear indications

("relatively clear indications" according to the terms of the summary drawn up by the national authority) of a contractual relationship and that, besides, it was for the plaintiff to give these indications. Such an interpretative approach of art. 5.1 seems to us to harmonize perfectly with the case-law of the ECJ relating to Effer/Kantner (4.3.1982, 38/81), to which the national judgment moreover refers.

d) Swiss *Bundesgericht*, 13 August 1996, K/Ms P and F

Ms P. and F., domiciled in Geneva, brought an action against K. domiciled in London, for the payment of a sum of money due for a brokerage commission. The defendant argued that the cantonal court had transgressed art. 5.1 of the Lugano Convention by not examining sufficiently whether the case in dispute fell within the concept of "matters relating to a contract " or not, especially as the existence, respectively the validity of the contract were in dispute. Such an examination, it was contended, would have led to the conclusion that the said provision was not applicable.

The Federal Court was of the opinion that the concept of "matters relating to a contract" is an autonomous notion which is not to be interpreted by reference to the national law of a State. It includes disputes relating to the existence or validity of a contract, failing which the defendant would have only to claim that the contract does not exist or is not valid, in order to evade the jurisdiction established by art. 5.1. The Federal Court adds that the obligation to be taken into consideration is neither any one of the obligations resulting from the contract, nor the characteristic obligation, but the obligation on which the action is based. Furthermore, the place where the obligation has been or must be performed should be determined according to the law governing the obligation in dispute according to the conflict rules of the forum. The special jurisdiction would then derive from the place of performance designated by that law. The Court concludes that the defendant could be sued in Switzerland, because, according to the applicable Swiss law, the payment must be made at the place where the creditor is domiciled at the time of the payment, unless otherwise stipulated. The Court also adds an argument based on art. 18, since the defendant had never contested the jurisdiction of the Genevese authorities.

In this judgment, the Federal Court also follows the above-mentioned case-law of the ECJ (see under judgment of the Swiss *Bundesgericht* of 18.I.1996, point III. a above): a special forum for each principal obligation in the case of entirely bilateral contracts and determination of the place of performance according to the law applicable to the contract, respectively to the obligation. Moreover, as results from the equally above-mentioned judgment of the ECJ in the Effer/Kanter case, the concept of "matters relating to a contract " also includes the case where the very formation of the contract is litigious.

**e) Norwegian *Høyesterett*, 15 May 1997, Annie Haug
[ILP 1998.804]**

The heirs of the recipient of a loan repayed it to the creditor and then turned against the guarantors. The latter were domiciled in Spain, but the action was brought in Norway, place where the loan was repayed. The defendants objected that the Norwegian courts lacked jurisdiction, on the ground that the dispute was not of a contractual nature and that, in any case, art. 5.1 was only applicable in commercial matters. The court of first instance accepted the plea of lack of jurisdiction, but the Court of Appeal reversed the judgment and the Supreme Court confirmed the appeal judgment.

As for the objection that the dispute was not of a contractual nature, the Supreme Court held itself to be bound by the findings of the Court of Appeal, the latter having concluded that the dispute was of a contractual nature, and, therefore, that art. 5.1 was applicable. In consequence, the Supreme Court directly expressed an opinion only on the other aspect relating to lack of jurisdiction, i.e. the inapplicability of art. 5.1 to disputes of a non-commercial nature, an objection which it refutes, by stating that such a limitation by no means results from the text of art. 5.1.

As to that last point, the judgment of the Supreme Court seems to be in harmony with the case-law of the ECJ, which never limited the applicability of art. 5.1 to disputes of a commercial nature (see the above-mentioned judgment in the Peters/ZNAV case, as well as the judgment of 15.1.1987 in the Shenavai/Kreischer case 266/85); the same applies in regard to academic teaching (Jenard Report, p. 23; Donzallaz, La Convention de Lugano, Berne, Staempfli, III/1998, No. 4442-4443) and, to our knowledge, to national case-law (Italian Corte di Cassazione, 1.10.1980, Rep. I-5.1.2-B32).

However, with respect to the contractual nature of the dispute, one can reasonably wonder whether and to what extent the interpretation given in the present instance is in accordance with the above-mentioned Handte/TMCS case of the ECJ. Of course, the *Høyesterett* did not directly examine whether the litigious obligation was contractual or not, as it considered itself to be bound, under national law, by the findings of the Court of Appeal, whose reasoning is not known to us. But it seems to us, that, as in the Handte/TMCS case, there was in this instance "no obligation which had been freely assumed by one party towards the other" (point 15 of the Handte/TMCS case).

(f) Swedish *Högsta Domstolen*, 13 June 1997, Information No. 1998/45, Probo Ab*

Like the judgment analysed under (c), the language of the judgment delivered on 13 June 1997 in the Probo Ab case by the Supreme Swedish Court is unknown to the drafters of the present report. In addition, no summary was established by the national authority entrusted with the exchange of information, the short analysis which follows having been rendered possible thanks to the help of the services of the European Commission in the form of an officious French translation of the relevant

* The authors thank Ms Renfors of the Swedish delegation for her comments on this decision.

judgment (let us also note that a very brief summary of that judgment appeared in English in the *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1999, 54).

The proceedings opposed a creditor to a person who provided a guarantee for his debtor, the proceedings having been brought before the Swedish courts on the ground that the place of performance of the obligation resulting from the guarantee was to be performed in Sweden.

The first question which arose was whether such an action, based on a guarantee contract, fell within the scope of art. 5.1 or not. The national courts, which from the outset recall the principle of the autonomous interpretation of the concept of "matters relating to a contract", answer the above-mentioned question in the affirmative; this seems to us to be in accordance with the case-law and academic teaching relating to the Brussels Convention, even if we are not able to support our position by an *ad hoc* quotation, other than that of a judgment of the French Court of cassation of 3 March 1992 (*Information No. 1992/12*).

Moreover, with respect to the determination of the competent jurisdiction under art. 5.1, the Högsta Domstolen faithfully follows the interpretation consisting in taking into consideration the "litigious" obligation and determining its place of performance in accordance with the *lex causae*, identified by the conflict rules of the *forum*, even if it did not have to choose between Swedish and English law (the only two laws which could come into consideration), as in both cases the disputed obligation was to be performed at the domicile of the plaintiff, i.e. in Stockholm.

(g) English Court of Appeal, 13 July 1997, *Information No. 1998/33, Agnew* *

The judgment dealt with a claim for annulment/rescission of a contract on the ground that the behaviour of the other party during the negotiations was in breach of good faith. It was a contract of reinsurance and the behaviour in bad faith consisted in "misrepresentation and non-disclosure of material facts".

The question was whether the dispute fell within the scope of art. 5.1 and, if so, which would be the competent court according to that provision.

Both the Court of first instance and the Court of Appeal answered the first part of the question in the affirmative and then held the English courts to have jurisdiction as the negotiations had taken place in England.

With respect to the applicability of art. 5.1, the Court of Appeal, whilst recognizing that the obligation to act in good faith has its origin in *equity* and that it has not, as such, a contractual character, based its conclusion on the observation that in any case the above-mentioned obligation would only have a practical meaning in relation to a particular contract. Moreover the fact that the action aimed at the annulment/rescission of the contract does not seem to have shed any doubt on the applicability of art. 5.1; insofar as the action was of a contractual nature, the Court of

* The authors thank Mr Van der Velden of the Dutch delegation for his comments on this decision.

Appeal does not distinguish according to whether it aims at the performance of the contract or its validity/annulment.

On the other hand, with respect to the determination of the competent jurisdiction pursuant to art. 5.1, the reasoning of the Court of Appeal is essentially based on pragmatic considerations leading to the conclusion that, insofar as the action is based on an alleged breach of the principle of good faith during the negotiations, the court best placed to hear the case can only be the one of the place where the negotiations were held.

On the whole, this interpretation seems to us to be in accordance with the Brussels Convention, even if we are not in a position to support this allegation by precedents relating to national case-law or that of the Community. Only the second aspect of the question relating to the applicability of art. 5.1 seems to have been examined in the case-law of the Community, in particular, in the above-mentioned *Effer/Kantner* case; in that instance however the fact that the contract was void was only invoked incidentally, in a plea relating to lack of jurisdiction and not as the main issue in proceedings on the merits, as is the case here.

We can however make the following observations:

The decision of the Court of Appeal adopts the well-known principle of the Brussels Convention according to which art. 5 should be interpreted by reference to the objectives of the Convention and not to the concepts of the national laws, and is based, to a great extent, on the judgments of the ECJ relating to art. 5 (above-mentioned judgments *Bloos*, *Shenavai* and *Custom Made/Stawa Metallbau*, as well as the judgment of 27.9.1988 in the *Kalfelis/Schröder* case). In other words, the Court of Appeal acts as if it had to interpret the Brussels Convention.

The interpretation given by the Court of Appeal on the applicability of art. 5.1 corresponds to that already advocated by the prevailing academic opinion with regard to the Brussels Convention (Gaudemet-Tallon, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Paris L.G.D.J., 1996, 2nd ed., p. 112, note 22), as well as to national case-law (Italian *Corte di Cassazione*, 17.2.1981, *Cahiers de droit européen* 1985.469, *Cour de cassation française*, 25.1.1983, *Revue critique de droit international privé* 1983.516). The same applies with respect to the *culpa in contrahendo* in particular (Donzallaz, op. cit., No. 4531-4534).

It can also be said of the obligation foreseen in view of applying art. 5.1, i.e. the obligation to act in good faith during the negotiations. The above-mentioned judgment of the French *Cour de cassation* is not sufficiently conclusive and could perhaps lend itself to two different interpretations, but the Italian judgment is much less ambiguous and closer to that of the English Court of Appeal. It concerned a contract that had been entered into orally in Italy but was to be formalized later on in Paris, which never happened; even if several obligations were to be performed in Italy, the *Corte di Cassazione* held the French courts to have jurisdiction, on the ground that for the purpose of applying art. 5.1, one had to take into account the obligation which had been transgressed and which justified the rescission of the contract (in the same sense Donzallaz, Nos 4611 and 4612, who quotes the above-mentioned Italian judgment as well as *Schlosser Kommentar*, no. 9, ad art. 5).

Last but not least, the judgment commented on expressly mentions the need for a uniform interpretation of the Brussels and the Lugano Conventions in accordance with Protocol No. 2 of the Lugano Convention.

In conclusion, the judgment of the Court of Appeal seems to proceed on the assumption that both conventions are to be interpreted uniformly and offers new elements of interpretation of a question in relation to which the case-law concerning the Brussels Convention does not yet seem quite set.

IV. FINAL CONSIDERATIONS

The foregoing analysis seems to point to the fact that the case-law on the Lugano Convention is developing in a similar manner to that relating to the Brussels Convention, whilst sometimes allowing greater clarification and a more in-depth research into the subject, as results for instance from the judgment of the Swiss *Bundesgericht* of 21 February 1996 and of the English *Court of Appeal* of 13 July 1997. Besides, even if a given decision should diverge somewhat from the case-law concerning the Brussels Convention, as appears to have happened in the case of the Norwegian *Høyesterett* of 15 May 1997, we are under the impression that those divergencies are not due to the specific nature of the Lugano Convention, but that they could well appear within the framework of the Brussels Convention itself.

However, these conclusions are only provisional and stated with some diffidence, insofar as our detailed analysis of the case-law refers solely to art. 5.1, the judgments concerning the other provisions of the Convention having only been examined in the "overview" of chapter II above. We therefore suggested to the Standing Committee to extend the analysis of the case-law undertaken in this report with respect to art. 5.1 alone to all the provisions of the Lugano Convention which have given rise to case-law. In this way, one will on the one hand be able to verify to what extent our conclusions relating to art. 5.1 have a general impact, and, on the other hand, case-law materials collected in application of Protocol No. 2 would have additional value, because they would be easier to use.

In our opinion the most appropriate method would be to draw up in a first stage a consolidated version of the report which would cover all the case-law materials currently available, i.e. from the 1st to the 8th fascicle, and afterwards to foresee annual updates, whenever new fascicles are published. To judge from our experience, we take the liberty of adding that such work would be very much facilitated by material support, aiming mainly at covering the expenses occasioned by some translations and/or secretarial work.

Furthermore, the authors of the report draw your attention to the fact that several judgments appearing in fascicles written in "unusual" languages are later translated in particular into English in order to be published, in their entirety or in a summarized form, in law reviews. The fascicles mention these translations if they are available at the time each fascicle is prepared, but several translations are only published later on. In our report, we were careful to mention these "new" translations, i.e. those

which did not yet exist at the time each fascicle was prepared and which are not mentioned on the endpaper of each judgment included in the fascicles, and we think that it would be useful if the future reports (as well as the publications of the Swiss Institute of comparative law) would do the same.

In conclusion, the authors would like to thank the services of the Committee for the assistance they gave in securing the French translation of judgments (c) and (f) of chapter III and they furthermore acknowledge that their task has been greatly facilitated by the preliminary analysis of the case-law which the competent services of the Court of justice communicated in application of Protocol No. 2. They would also like to thank the members of the Standing Committee for the trust they placed in them by giving them the task of drawing up this first experimental report and express the wish that this report will indeed enable a useful discussion on the methods used to follow up of the case-law collected by the services of the Court of justice in application of Protocol No. 2.

Prof. Alegría Borrás (Spain)

Dr. Alexander R. Markus (Switzerland)

Prof. Haris Tagaras (Greece)