



**RAT DER  
EUROPÄISCHEN UNION**

**GENERALSEKRETARIAT**

**Brüssel, den 15. September 2000 (30.11)  
(OR. en)**

**SN 4216/00**

**ZWEITER BERICHT ÜBER DIE NATIONALE RECHTSPRECHUNG  
ZUM LUGANO-ÜBEREINKOMMEN  
von H. Bull, G. Musger, F. Pocar**

**I. Einleitung**

Auf seiner Sitzung vom 13.-14. September 1999 erhielt der Ständige Ausschuss des Lugano-Übereinkommens einen Bericht über die nationale Rechtsprechung zu dem Übereinkommen, der auf den Entscheidungen basiert, die dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) gemäß dem Protokoll Nr. 2 zu dem Übereinkommen von den Unterzeichnerstaaten und den beitretenden Staaten übermittelt wurden. Dieser Bericht bezog sich auf die Entscheidungen in den vom Gerichtshof (über seine Dienststelle "Bibliothek, Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation") herausgegebenen ersten sieben Faszikeln. Der Ständige Ausschuss beschloss daraufhin, dass die österreichische, die italienische und die norwegische Delegation für seine nächste Sitzung einen zweiten Bericht über die im 8. Faszikel vom Juli 1999 enthaltenen Entscheidungen verfassen sollten.

Der 8. Faszikel umfasst 71 Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Lugano-Übereinkommen oder dem Brüsseler Übereinkommen, die von folgenden Gerichten stammen:

***Lugano-Übereinkommen:***

*Oberster Gerichtshof* (Österreich): 22 Entscheidungen

*Tribunal fédéral / Bundesgericht* (Schweiz): 7 Entscheidungen

*Bundesgerichtshof* (Deutschland): 1 Entscheidung

*Corte di Cassazione* (Italien): 4 Entscheidungen

*Norges Høyesterett* (Norwegen): 1 Entscheidung

*Korkein oikeus / Högsta domstolen* (Finnland): 2 Entscheidungen \*

---

\* Die Verfasser danken Herrn Gustav Bygglin vom Obersten Gerichtshof Finnlands dafür, dass er ihnen eine Zusammenfassung dieser Entscheidungen auf Schwedisch zur Verfügung gestellt hat.

**Brüsseler Übereinkommen:**

*Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*: 6 Entscheidungen

*Bundesgerichtshof* (Deutschland): 3 Entscheidungen

*Tribunal Supremo* (Spanien): 3 Entscheidungen

*Cour de cassation* (Frankreich): 11 Entscheidungen

*House of Lords* (Vereinigtes Königreich): 2 Entscheidungen

*Corte di Cassazione* (Italien): 6 Entscheidungen

*Supreme Court* (Irland): 1 Entscheidung

**Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften:**

*Hoge Raad* (Niederlande): 1 Entscheidung (EuGH-Rechtssache C-387/98)

*Cour d'appel* Versailles (Frankreich): 1 Entscheidung (EuGH-Rechtssache C-412/98).

Wie schon der erste Bericht befasst sich auch der vorliegende Bericht schwerpunktmäßig mit den Entscheidungen zum Lugano-Übereinkommen (37 Entscheidungen). Von diesen 37 Entscheidungen wurde die Entscheidung des *Norges Høyesterett* (Entscheidung Nr. 69 im 8. Faszikel - Entscheidung vom 15. Mai 1997, 1. Nr. 286 K/1997, *Annie Haug*) bereits im ersten Bericht behandelt. Auf die Leitsätze dieser Entscheidung und die diesbezüglichen Kommentare wird in dem vorliegenden Bericht verwiesen.

Der EuGH ist bekanntlich auf die Informationen über die einschlägige nationale Rechtsprechung angewiesen, die ihm von den Behörden der einzelnen Staaten zur Verfügung gestellt werden. Daher bilden die vom EuGH verbreiteten nationalen Entscheidungen zum Lugano-Übereinkommen und zum Brüsseler Übereinkommen naturgemäß keine vollständige Zusammenstellung der in letzter Instanz ergangenen einschlägigen Entscheidungen der nationalen Gerichte. Dies ist bei der Lektüre des vorliegenden Berichts zu beachten.

Die Entscheidungen beziehen sich auf eine Vielzahl von Fragen, doch ist Artikel 5 Nummer 1, der das *forum solutionis* betrifft, eindeutig die Bestimmung, zu der die meisten Entscheidungen vorliegen: 26 von 71 Entscheidungen, wovon 16 Entscheidungen das Lugano-Übereinkommen betreffen. An zweiter Stelle folgt Artikel 17, der Zuständigkeitsvereinbarungen betrifft (13 von insgesamt 71 Entscheidungen, davon 6 zum Lugano-Übereinkommen). Aus diesem Grunde werden Artikel 5 Nummer 1 und Artikel 17 in den Kapiteln III und IV gesondert behandelt; auf die übrigen Entscheidungen wird in Kapitel II eingegangen.

## II. Überblick über die Rechtsprechung

Abgesehen von den Entscheidungen, die sich auf Artikel 5 Nummer 1 sowie Artikel 17 beziehen und die in den Kapiteln III und IV näher besprochen werden, sowie von einigen weniger bedeutenden Entscheidungen können wir den folgenden Überblick über die Rechtsprechung geben:

1. Das schweizerische Bundesgericht ist in seiner Entscheidung vom 20. August 1998 (Nr. 35) ausdrücklich der Rechtsprechung des EuGH zum Brüsseler Übereinkommen in der Frage der Auslegung des in **Artikel 1** enthaltenen Begriffs "Zivil- und Handelssachen" gefolgt (Rechtssache 814/79, *Rüffer*) und hat dabei allgemein die Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens hervorgehoben. Gleichwohl stellte es darin einige Überlegungen zu der Frage an, unter welchen Umständen eine abweichende Auslegung der beiden Übereinkommen gerechtfertigt wäre. Dies könnte dem Bundesgericht zufolge dann der Fall sein, wenn die Auslegung einer Bestimmung des Brüsseler Übereinkommens durch die Anwendung des Gemeinschaftsrechts, z.B. den Grundsatz des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, beeinflusst wird.  
Die Entscheidung steht mit der Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 1 sachlich in vollem Einklang. Die bloße Tatsache, dass es sich bei einer Partei um eine Behörde handle, bewirke nicht, dass die Rechtssache vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossen sei. Entscheidend sei die Frage, ob die Behörde in Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse gehandelt habe (*iure imperii*) oder nicht (*iure gestionis*). In der verhandelten Rechtssache war die Beklagte, eine italienische Behörde, im Bereich der Kreditversicherung tätig geworden, hatte aber nicht im Rahmen ihrer hoheitlichen Befugnisse gehandelt. Die Anwendbarkeit des Übereinkommens wurde daher bejaht.
2. Eine Entscheidung (österreichischer *Oberster Gerichtshof*, 28. August 1997, Nr. 10) befasst sich mit der Auslegung von **Artikel 5 Nummer 2** (Unterhaltsverpflichtungen). Die Antragstellerin, eine junge Frau mit Wohnsitz in Österreich, wollte ihren in der Schweiz wohnhaften Vater auf Bestellung eines Heiratsgutes verklagen. Da sie Artikel 5 Nummer 2 offensichtlich nicht kannte, wandte sie sich an den Obersten Gerichtshof mit dem Begehren, ein für die Klage zuständiges Gericht zu bestimmen. Ihren Antrag hatte sie auf § 28 der österreichischen Jurisdiktionsnorm gestützt. Danach kann der Oberste Gerichtshof unter bestimmten Voraussetzungen ein zuständiges Gericht bestimmen, um über eine Klage zu entscheiden, für die in den anderen Vorschriften des nationalen oder internationalen Rechts kein örtlich zuständiges Gericht vorgesehen ist.  
Der Oberste Gerichtshof wies den Antrag mit der Begründung zurück, dass die Bestellung eines Heiratsgutes nach österreichischem Recht als der *lex causae* unter Artikel 5 Nummer 2 fällt. Danach ist das Gericht am Wohnsitz des Beklagten zuständig, so dass der Oberste Gerichtshof keine Veranlassung sah, ein zuständiges Gericht zu bestimmen.

Ob die Bestellung eines Heiratsgutes unter Artikel 5 Nummer 2 fällt, war in dem Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof nur als Vorfrage zu klären. Gleichwohl steht nunmehr fest, dass diese Verpflichtung als Unterhaltsverpflichtung im Sinne von Artikel 5 Nummer 2 zu qualifizieren ist. Angesichts der Besonderheit der österreichischen Vorschriften über die Ausstattung scheint dies mit der Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 5 Nummer 2 in Einklang zu stehen. Nach österreichischem Recht stellt die Pflicht zur Bereitstellung eines Heiratsgutes das letzte Glied der elterlichen Unterhaltspflicht dar. Die Eltern müssen ihre Kinder beim Start ins Eheleben unterstützen. Die Ausstattung muss an das Kind selbst und nicht an den Ehegatten gegeben werden. Daher vertrat der Oberste Gerichtshof die Auffassung, dass der Ausstattungsanspruch nach österreichischem Recht als der *lex causae* unter den autonomen Begriff der Unterhaltsverpflichtungen im Sinne von Artikel 5 Nummer 2 fällt.

3. Drei Entscheidungen beziehen sich - zumindest teilweise - auf **Artikel 5 Nummer 3**.

Die erste (österreichischer Oberster Gerichtshof, 27. Januar 1998, Nr. 18) betrifft eine Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises in einem Rechtsstreit, in dem die Gültigkeit eines Vertrags wegen Willensmangels angefochten wurde. Der Kläger stützte die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte wahlweise auf Artikel 5 Nummer 1 und Artikel 5 Nummer 3. Der Oberste Gerichtshof bejahte zwar die Anwendbarkeit von Artikel 5 Nummer 1 (siehe Kapitel III, Nummer 4 weiter unten), verneinte jedoch eine Anwendbarkeit von Artikel 5 Nummer 3. Der Gerichtshof stellte fest, dass der Begriff "unerlaubte Handlung" als autonomer Begriff anzusehen sei - so wie der EuGH in der Rechtssache 189/87 (*Kalfelis gegen Schröder*) entschieden hatte - und sich nicht auf Klagen beziehe, die auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung infolge Vertragsauflösung gestützt würden.

In einer weiteren Entscheidung zu Artikel 5 Nummer 3 (österreichischer Oberster Gerichtshof, 24. Februar 1998, Nr. 21) hatte der Gerichtshof die Frage zu entscheiden, an welchem Ort ein reiner Vermögensschaden eingetreten ist. Die Klägerin, die ihren Sitz in Österreich hat, hatte im Rahmen einer mit einer Eigentumsvorbehaltsklausel versehenen Kreditvereinbarung Waren an ein deutsches Unternehmen geliefert. Das deutsche Unternehmen verkaufte die Waren trotzdem weiter, und das Eigentum an der Ware ging aufgrund der deutschen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb auf die Käufer über. Das Unternehmen wurde wegen deliktischen Verhaltens des Geschäftsführers vor dem Fälligkeitstermin zahlungsunfähig, und die Rechnungen der Klägerin wurden nicht beglichen.

Die Klägerin wollte Schadensersatz erlangen und erhob Klage gegen den Geschäftsführer auf außervertragliche Haftung. Da der Geschäftsführer seinen Wohnsitz in Deutschland hatte, konnte die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte nur auf Artikel 5 Nummer 3 gestützt werden. Der Oberste Gerichtshof bezog sich auf die Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache 21/76, *Bier gegen Mines de Potasse*; Rechtssache 220/88, *Dumez France SA*; Rechtssache 68/93, *Shevill*), der zufolge der Kläger eine Wahlmöglichkeit hat, die Klage entweder am Ort des ursächlichen Geschehens oder am Ort, an dem der Schaden entstanden ist, zu erheben.

Da der Beklagte die missbräuchlichen Handlungen in Deutschland begangen hatte, kam praktisch nur die zweite Möglichkeit in Betracht. Zwei italienische Entscheidungen zu Artikel 5 Nummer 3 des Brüsseler Übereinkommens anführend (die mit der weiter unter genannten Entscheidung Nr. 60 mehr oder weniger übereinstimmen), vertrat der Gerichtshof die Auffassung, dass die Vermögensminderung der Klägerin an ihrem Sitzort eingetreten sei. Da der Vermögensschaden als die erste und unmittelbare Folgewirkung des deliktischen Verhaltens des Beklagten anzusehen sei, werde gemäß Artikel 5 Nummer 3 die Zuständigkeit der Gerichte am Wohnsitz des Klägers begründet.

Der Beklagte hatte in seinem Vorbringen die EuGH-Rechtssache 364/93 (*Marinari*) angeführt, um nachzuweisen, dass die Verwirklichung eines rein wirtschaftlichen Schadens im Vermögen des Klägers nicht ausreiche, um eine Zuständigkeit nach Artikel 5 Nummer 3 zu begründen. Der Oberste Gerichtshof verwarf dieses Vorbringen. In der Rechtssache *Marinari* hatte der EuGH die Auffassung vertreten, dass ein Folgeschaden, der in einem anderen als dem Staat des Erstschadens eingetreten ist, im Rahmen von Artikel 5 Nummer 3 nicht erheblich sei. In dem vorliegenden Fall vertrat der Oberste Gerichtshof die Auffassung, dass die Klägerin den Erstschaden an ihrem Sitzort erlitten habe. Da der Weiterverkauf der Waren durch den Beklagten, der in Deutschland erfolgte, zur unmittelbaren Folge hatte, dass die Klägerin ihr Eigentum verlor, lässt sich bezweifeln, ob der Oberste Gerichtshof das Urteil in der Rechtssache *Marinari* richtig angewendet hat. Es könnte argumentiert werden, dass der Erstschaden der Klägerin im Eigentumsverlust besteht. Die Minderungen an ihren in Österreich belegenen Vermögenswerten wären dann als Folgeschaden einzustufen, der für die Anwendung des Artikels 5 Nummer 3 nicht von Belang ist.

Die dritte Entscheidung zu Artikel 5 Nummer 3 (italienische *Corte di Cassazione*, 22. Mai 1998, Nr. 60) betrifft die Bestimmung des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Der Kläger hatte sich in der Schweiz einem chirurgischen Eingriff unterzogen und behauptete, dass sich sein Gesundheitszustand zwei Jahre danach in Italien, wo er seinen Wohnsitz hatte, verschlechtert habe. Er verklagte den Chirurgen in Italien und stützte die Zuständigkeit der italienischen Gerichte darauf, dass der Kläger entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zwischen dem Ort des ursächlichen Geschehens und dem Ort des schädigenden Ereignisses wählen könne; er machte geltend, dass das schädigende Ereignis in Italien eingetreten sei. Die *Corte di Cassazione* prüfte die Rechtsprechung des EuGH eingehend und gelangte dann zu ihrer Entscheidung zugunsten des Klägers. Zunächst schloss sie unter Zugrundelegung des Sachverhalts aus, dass sich der Kläger wahlweise auf Artikel 5 Nummer 1 und Artikel 5 Nummer 3 für die Begründung der Zuständigkeit berufen hatte; damit wies sie das Argument des Beklagten zurück, dass der Vertragsgerichtsstand gemäß dem Urteil des EuGH in der Rechtssache 189/87 (*Kalfelis* gegen *Schröder*) Vorrang habe.

In Bezug auf die Hauptfrage ging die *Corte di Cassazione* sämtliche Entscheidungen des EuGH - angefangen bei der Rechtssache 21/76 (*Bier gegen Mines de Potasse*) bis zur Rechtssache 364/93 (*Marinari*) - durch und gelangte zu dem Schluss, dass das vom Kläger für die Begründung der Zuständigkeit geltend gemachte schädigende Ereignis, nämlich die Verschlechterung seines Gesundheitszustands, als unmittelbare Folge der ursächlichen Handlung des Beklagten anzusehen sei, und nicht als Folgeschaden, der nicht unter Artikel 5 Nummer 3 fällt. In der Entscheidung werden offenbar die vom EuGH in der Rechtssache *Marinari* bekräftigten Prinzipien angewendet, insoweit bejaht wird, dass ein Folgeschaden, der lediglich in einem Vermögensschaden besteht, nicht ausreicht, um eine Zuständigkeit nach dem Übereinkommen zu begründen.

4. Zwei Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs betreffen **Artikel 6**. In der ersten Entscheidung (österreichischer *Oberster Gerichtshof*, 24. Februar 1998, Nr. 20) hat der Oberste Gerichtshof Artikel 6 Nummer 3 (Widerklagen) richtig angewendet. Im Unterschied zu der vergleichbaren Bestimmung im österreichischen Verfahrensrecht (§ 96 der Jurisdiktionsnorm) verlangt Artikel 6 Nummer 3 einen Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage. Da ein solcher in dem vorliegenden Fall nicht gegeben war, verneinte der Gerichtshof eine Zuständigkeit für die Widerklage. In einer weiteren Entscheidung (österreichischer *Oberster Gerichtshof*, 24. November 1997, Nr. 14) wird das Lugano-Übereinkommen als solches nicht angewendet, aber darauf Bezug genommen, um das nationale Verfahrensrecht auszulegen. Interventionsklagen im Sinne von Artikel 6 Nummer 2 des Lugano-Übereinkommens sind im österreichischen Recht unbekannt. Stattdessen können Dritte gemäß den Regeln der Streitverkündung (*litis denuntiatio*) vor Gericht geladen werden. In früheren Entscheidungen war die Auffassung vertreten worden, dass der Dritte nach der Streitverkündung durch die im ursprünglichen Verfahren ergangene Entscheidung gebunden sei, gleich, ob er sich auf das ursprüngliche Verfahren eingelassen hat oder nicht. Um eine vollstreckbare Entscheidung gegen den Dritten zu erwirken, muss jedoch gesondert Klage erhoben werden - dies unterscheidet das deutsche und das österreichische System der Streitverkündung von Interventionsklagen im Sinne von Artikel 6 Nummer 2 - , jedoch war der Dritte gemäß der herkömmlichen Rechtsprechung daran gehindert geltend zu machen, dass die ursprüngliche Entscheidung fehlerhaft war. Da sich in der Zivilprozessordnung keine Vorschriften über diese Bindewirkung finden, stieß die einschlägige Rechtsprechung in der Lehre auf heftige Kritik. Aufgrund dieser Kritik unterzog der Oberste Gerichtshof seine Haltung einer Überprüfung. In einem rein innerstaatlichen Rechtsstreit bezog sich der Gerichtshof auf Artikel V des Protokolls Nr. 1 zum Lugano-Übereinkommen.

Diese Bestimmung trägt den unterschiedlichen Systemen der Beteiligung Dritter an einem Rechtsstreit Rechnung. Sie regelt nicht nur Zuständigkeitsfragen - an die Stelle des Artikels 6 Nummer 2 und des Artikels 10, die Interventionsklagen betreffen, tritt die Möglichkeit der Streitverkündung -, sondern auch die Anerkennung von Entscheidungen. So wird darin ausdrücklich festgehalten, dass die Wirkungen, welche in Österreich oder Deutschland ergangene Entscheidungen nach den betreffenden Bestimmungen gegenüber Dritten haben, auch in den anderen Vertragsstaaten anerkannt werden.

Nach Auffassung des Obersten Gerichtshofs ergäbe diese Bestimmung keinen Sinn, wenn eine Streitverkündung keine Wirkungen gegenüber dem Dritten erzeugen würde. Bei der Ratifizierung des Lugano-Übereinkommens haben die österreichischen Gesetzgebungsorgane daher akzeptiert, dass die Streitverkündung zumindest in Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug Wirkungen hat. Da der Oberste Gerichtshof es nicht für gerechtfertigt hielt, zwischen nationalen und internationalen Fällen zu unterscheiden, wurde damit die herkömmliche Rechtsprechung über die Bindungswirkung der Streitverkündung bestätigt.

Diese Entscheidung ist ein sehr instruktives Beispiel dafür, wie sich das Lugano-Übereinkommen auf die Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts auswirken kann. Sie ist jedoch nicht das einzige Beispiel: In mehreren Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs wurde auf die Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 21 des Brüsseler Übereinkommens Bezug genommen, als Fragen im Zusammenhang mit *lis pendens*, *res judicata* und *estoppel* zu entscheiden waren (vgl. österreichischer Oberster Gerichtshof, 15. Dezember 1997, Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen, Bd. 70, Nr. 261, 14. Juli 1999 und 13. Oktober 1999, noch nicht veröffentlicht).

5. In einer bereits im Zusammenhang mit Artikel 2 erwähnten Entscheidung (schweizerisches Bundesgericht, 20. August 1998, Nr. 35) stellte das schweizerische Bundesgericht fest, dass das Gericht am Wohnsitz des Versicherungsnehmers (**Artikel 8 Nummer 1**) auch für Klagen des Versicherten oder des Begünstigten gegen den Versicherer in Anspruch genommen werden kann.
6. Nach **Artikel 14 Absatz 1** kann die Klage eines Verbrauchers gegen den anderen Vertragspartner entweder vor den Gerichten des Vertragsstaats erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, oder vor den Gerichten des Vertragsstaats, in dessen Hoheitsgebiet der andere Vertragspartner seinen Wohnsitz hat. Diese Bestimmung regelt nur die internationale Zuständigkeit; die örtliche Zuständigkeit ist nach der *lex fori* zu bestimmen. Dies wirft Probleme auf, wenn das nationale Verfahrensrecht einen analogen Begriff des Verbraucherschutzes bei Fällen ohne grenzüberschreitende Bezüge nicht kennt und daher ein (örtlich) zuständiges Gericht am Wohnsitz des Verbrauchers nicht vorsieht (wie es in Deutschland und Österreich der Fall ist). In derartigen Fällen kann Artikel 14 Absatz 1 eine internationale Zuständigkeit begründen, jedoch gibt es kein Gericht, das tatsächlich zuständig ist.

Im österreichischen Verfahrensrecht sind derartige Fälle in dem bereits im Zusammenhang mit Artikel 5 Nummer 2 erwähnten § 28 der Jurisdiktionsnorm geregelt. Wird aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrags eine internationale Zuständigkeit der österreichischen Gerichte begründet und lässt sich nach dem nationalen Verfahrensrecht jedoch kein zuständiges Gericht ermitteln, so hat der Oberste Gerichtshof ein Gericht zu bestimmen, das damit örtlich zuständig wird. Dieses spezielle und recht häufig praktizierte Vorgehen wird von einer in dem Faszikel enthaltenen Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (österreichischer Oberster Gerichtshof, 15. Oktober 1998, Nr. 9) sehr gut veranschaulicht. Bei Verfahren ohne Anhörung der Gegenseite (*ex parte*) prüft der Oberste Gerichtshof - allein auf der Grundlage des Vorbringens des Klägers - ob eine internationale Zuständigkeit gegeben ist oder nicht. Wird die internationale Zuständigkeit bejaht und ein Gericht des ersten Rechtszugs bestimmt, so kann der Beklagte die örtliche Zuständigkeit dieses Gerichts im weiteren Verfahren nicht anfechten.

In diesem Zusammenhang können wir nur kurz auf eines der Probleme hinweisen, die sich in Verbindung mit dieser Vorgehensweise ergeben können: Da der Beklagte in dem Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof nicht gehört wird, stellt sich die Frage, ob er die Möglichkeit hat, die internationale Zuständigkeit der österreichischen Gerichte zu Beginn des Verfahrens vor dem als zuständig bestimmten Gericht anzufechten. Aufgrund von Artikel 20 des Lugano-Übereinkommens und Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention dürfte dies möglich sein.

7. Zu **Artikel 16** (ausschließliche Zuständigkeiten) sind drei österreichische Entscheidungen zu erwähnen. Zwei davon betreffen Artikel 16 Nummer 1, eine betrifft Artikel 16 Nummer 5. In den Entscheidungen zu **Artikel 16 Nummer 1** (österreichischer Oberster Gerichtshof, 15. Oktober 1998, Nr. 17, und österreichischer Oberster Gerichtshof, 25. Juni 1998, Nr. 25) folgte der österreichische Oberste Gerichtshof ausdrücklich der Rechtsprechung des EuGH zum Brüsseler Übereinkommen. In beiden Fällen wurde hervorgehoben, dass die in dem Übereinkommen verwendeten Begriffe autonom auszulegen seien. Eine Qualifizierung der Klagen nach der *lex fori* oder der *lex causae* wurde als unerheblich betrachtet. In der Entscheidung Nr. 17 hatte der Oberste Gerichtshof sich mit der Klage eines Gläubigers zu befassen, die darauf gerichtet war, Handlungen des Schuldners in Verbindung mit einem dinglichen Recht an einer unbeweglichen Sache anzufechten (Gläubigeranfechtungsklage). Nach dem innerstaatlichen Recht fallen solche Klagen unter § 81 der Jurisdiktionsnorm, der analogen Bestimmung zu Artikel 16 Nummer 1 des Übereinkommens. Ungeachtet dieser Qualifizierung *lege fori* folgte der Oberste Gerichtshof dem Urteil des EuGH in der Rechtssache 115/88 (*Reichert gegen Dresdner Bank*), das die Gläubigeranfechtungsklage vom Anwendungsbereich des Artikels 16 Nummer 1 ausschließt.

In der Entscheidung Nr. 25 hatte der Oberste Gerichtshof den folgenden Fall zu entscheiden: Der Kläger war Eigentümer einer in Österreich belegenen unbeweglichen Sache, die er an eine Person mit Wohnsitz in Deutschland vermietet hatte. Die Parteien konnten keine grundverkehrsbehördliche Genehmigung des Vertrags erwirken, so dass der Vertrag *ab initio* nichtig war. Da der Beklagte die unbewegliche Sache einige Monate genutzt hatte, klagte der Kläger auf Entschädigung für die Nutzung der unbeweglichen Sache. Er stützte die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte auf Artikel 16 Nummer 1. Der Oberste Gerichtshof wies dieses Vorbringen zurück. In Anlehnung an das Urteil des EuGH in der Rechtssache C 292/93 (*Lieber gegen Göbel*) vertrat der Oberste Gerichtshof die Auffassung, dass eine Klage auf Entschädigung für gezogene Nutzungen einer unbeweglichen Sache nach festgestellter Nichtigkeit *ab initio* des zugrunde liegenden Vertrags nicht unter Artikel 16 Nummer 1 falle. Dabei komme es nicht auf die Art des nichtigen Vertrags (Veräußerung einer unbeweglichen Sache in der Rechtssache *Lieber gegen Göbel*, Vermietung einer unbeweglichen Sache im vorliegenden Fall) an.

In einer Entscheidung zu **Artikel 16 Nummer 5** hob der österreichische Oberste Gerichtshof die Notwendigkeit einer engen Auslegung dieser Bestimmung hervor (österreichischer Oberster Gerichtshof, 5. Januar 1998, Nr. 15). Ein Vollstreckungsschulder mit Wohnsitz in Österreich erhob Klage gegen die Gläubigerin, mit der er die Feststellung begehrte, dass er seinen Verpflichtungen nachgekommen sei. Da die Gläubigerin ihren Wohnsitz in Deutschland hatte, versuchte der Kläger, eine Zuständigkeit der österreichischen Gerichte nach Artikel 16 Nummer 5 zu begründen, indem er geltend machte, dass die Gläubigerin die Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens angedroht habe. Da ein solches Verfahren jedoch nicht tatsächlich eingeleitet war, verneinte der Oberste Gerichtshof eine Anwendbarkeit von Artikel 16 Nummer 5.

8. Recht häufig muss in den Entscheidungen unter anderem die Frage entschieden werden, ob ein Gericht zuständig geworden ist, weil der Beklagte sich auf das Verfahren eingelassen hat (**Artikel 18**). Da die meisten dieser Entscheidungen mit der Rechtsprechung des EuGH zu der genannten Bestimmung (Rechtssache 150/80, *Elefanten Schuh gegen Jacqmain*) in Einklang stehen, erscheint nur eine Entscheidung erwähnenswert (österreichischer Oberster Gerichtshof, 25. Februar 1998, Nr. 22). Der Gerichtshof hatte einen recht typischen Fall zu entscheiden: Beim österreichischen Mahnverfahren erlässt das Gericht den Zahlungsbefehl lediglich auf der Grundlage des Vorbringens des Gläubigers. Erhebt der Schuldner innerhalb von zwei Wochen keinen Einspruch, so wird der Zahlungsbefehl vollstreckbar. Wird Einspruch erhoben, kommt es zur Einleitung eines ordentlichen Zivilverfahrens. Der Einspruch muss nicht begründet werden; der Schuldner muss lediglich erklären, dass er mit dem Zahlungsbefehl nicht einverstanden ist. Ein Einspruch enthält jedoch häufig Einlassungen zur Sache, insbesondere wenn er von einem Rechtsanwalt verfasst ist.

Dies traf auch für den vom Obersten Gerichtshof zu entscheidenden Fall zu. In ihrem schriftlichen Einspruch hatte die beklagte Partei die Klage in der Sache angefochten. In der ersten mündlichen Verhandlung rügte sie außerdem die fehlende Zuständigkeit der österreichischen Gerichte. Der Kläger hielt entgegen, dass der Einspruch als Einlassung auf das Verfahren anzusehen sei und eine Zuständigkeit nach Artikel 18 begründe.

Der Oberste Gerichtshof erklärte, dass die Frage, welches Vorbringen als Einlassung auf das Verfahren einzustufen ist, nach der *lex fori* zu entscheiden sei. Da nach dem österreichischen Verfahrensrecht die Frage der Zuständigkeit in der ersten mündlichen Verhandlung aufgeworfen werden kann, auch wenn die Zuständigkeit in dem Einspruch nicht angefochten wurde, verneinte der Oberste Gerichtshof die Anwendbarkeit des Artikels 18.

Kann diese Entscheidung, auf die mehrere andere mit ähnlich lautendem Tenor folgten, einer gründlichen Analyse unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH standhalten? Es trifft zu, dass der EuGH in der Rechtssache *Elefanten Schuh* gegen *Jacqmain* auf die *lex fori* verweist und ausführt, dass die Rüge der Unzuständigkeit erhoben werden muss, bevor die Stellungnahme abgegeben wird, die nach dem *nationalen Verfahrensrecht* als erstes Verteidigungsvorbringen vor dem angerufenen Gericht anzusehen ist. Man könnte aber die Frage aufwerfen, ob die Anwendung des Artikels 18 wirklich daran geknüpft sein soll, ob eine spezielle Art von Vorbringen (wie z.B. der Einspruch gegen einen Mahnbescheid) eine Zuständigkeit nach nationalem Recht begründet. Wie soll dieses Kriterium in einem Vertragsstaat funktionieren, in dem der Begriff einer zuständigkeitsbegründenden Einlassung auf das Verfahren überhaupt nicht existiert? Entscheidend ist, ob der Einspruch gemäß der *lex fori* als *Verteidigungsmittel* gegen das vom Kläger angestrebte Verfahren anzusehen ist. Da der Zahlungsbefehl, wenn innerhalb von zwei Wochen kein Einspruch erhoben wird, vollstreckbar wird, ohne dass die Möglichkeit besteht, ein Rechtsmittel einzulegen, erscheint dies unstrittig. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs im juristischen Schrifttum stark kritisiert wurde. Außerdem zog eine andere Kammer des Obersten Gerichtshofs in einem neueren *obiter dictum* (österreichischer Oberster Gerichtshof, 24. November 1999, noch nicht veröffentlicht) die Gültigkeit des simplen *lex-fori*-Kriteriums in Zweifel. Es steht zu erwarten, dass sich der EuGH (im Rahmen des Brüsseler Übereinkommens) früher oder später mit dieser Frage zu befassen haben wird.

9. Drei Entscheidungen in dem Faszikel von 1999 zum Lugano-Übereinkommen beziehen sich auf **Artikel 21**, alle drei in Verbindung mit Artikel 54 Absatz 2. Nur in einem Fall ging es in der Entscheidung offenbar hauptsächlich um die Auslegung von Artikel 21; diese wird daher nachstehend behandelt. Auf die beiden anderen Entscheidungen wird später eingegangen (siehe Kapitel II, Nummer 12).

In dem Rechtsstreit, um des es hier geht (italienische *Corte di Cassazione*, 13. Februar 1998, Nr. 61), war vor dem Inkrafttreten des Übereinkommens Klage vor den schweizerischen und den italienischen Gerichten erhoben worden, und zwar von A gegen B in Basel und gegen C in Rom. Nach Inkrafttreten des Übereinkommens war C dem in Basel anhängigen Verfahren gegen B als Streithelfer beigetreten und hatte B aufgefordert, sich auf das in Rom anhängige Verfahren einzulassen. Die *Corte di Cassazione* hatte zu prüfen, ob die Frage der Rechtshängigkeit unter Zugrundelegung der ursprünglichen Klage - in diesem Falle hätte das Übereinkommen keine Anwendung gefunden - oder auf der Grundlage des nach Inkrafttreten des Übereinkommens eingeleiteten Verfahrens zu entscheiden war. Die *Corte di Cassazione* stützte sich auf den Begriff "anhängig gemachte Klage" in Artikel 21 und wies zu Recht darauf hin, dass für die Beurteilung der Parteiidentität nach einer freiwilligen und einer zwingenden Verbindung von Verfahren der Zeitpunkt der Verfahrensverbindung und nicht der Zeitpunkt der Einleitung des ursprünglichen Verfahrens maßgeblich sei. Daher wendete sie Artikel 21 in dem zur Rede stehenden Rechtsstreit an. Die Entscheidung der *Corte di Cassazione* kann als Anwendung der vom EuGH in der Rechtssache C-406/92 (*Tatry gegen Macej Rataj*) bekräftigten Grundsätze angesehen werden.

10. Mehrere Fragen im Zusammenhang mit der **Zuständigkeit für den Erlass einstweiliger Maßnahmen** waren vom österreichischen Obersten Gerichtshof (österreichischer Oberster Gerichtshof, 13. Januar 1998, Nr. 16) zu entscheiden. Der Internationale Skiverband (FIS), der seinen Sitz in der Schweiz hat, hatte einer österreichischen Skirennläuferin auf Grund seiner Satzung die Teilnahme an Weltcup-Rennen verweigert, da sie keine Lizenz des Österreichischen Skiverbands vorweisen konnte. Die Rennläuferin beantragte den Erlass einer einstweiligen Maßnahme, mit der dem Internationalen Skiverband auferlegt werden sollte, die Lizenz eines karibischen Skiverbands zu akzeptieren.
- Der Oberste Gerichtshof griff in einer Frage dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-391/95 (*Van Uden*) voraus, indem er feststellte, dass die internationale Zuständigkeit für den Erlass einstweiliger Maßnahmen nach Artikel 24 *entweder* auf das nationale Recht *oder* auf die Zuständigkeitsregeln des Übereinkommens gestützt werden könne. Entgegen dem Standpunkt der Klägerin vertrat er die Auffassung, dass Artikel 24 als bloße Verweisung auf das nationale Recht anzusehen sei und die Vertragsstaaten nicht gehalten seien, besondere Gerichtsstände für den Erlass einstweiliger Maßnahmen im Rahmen des Lugano- (oder des Brüsseler) Übereinkommens vorzusehen.
- Der Oberste Gerichtshof prüfte ferner kurz die Frage, ob für den Erlass der beantragten einstweiligen Maßnahme die Zuständigkeitsvorschriften des Übereinkommens herangezogen werden können. Die Klägerin hatte sich auf Artikel 5 Nummer 3 und - für eine Klage gegen den Österreichischen Skiverband - auf Artikel 6 Nummer 1 berufen. Beide Gerichtsstände wurden vom Obersten Gerichtshof als nicht in Betracht kommend abgewiesen.

Was Artikel 6 Nummer 1 anbelangt, so habe die Klägerin nicht nachgewiesen, dass ein hinreichend enger Zusammenhang zwischen der Klage gegen den Österreichischen Skiverband und dem Erlass der von ihr beantragten einstweiligen Maßnahme gegen den Internationalen Skiverband besteht. Dieses auf der Hand liegende Argument hätte ausgereicht, um eine Anwendung von Artikel 6 Nummer 1 zu verneinen. Nichtsdestoweniger fügte der Oberste Gerichtshof ein interessantes *obiter dictum* an: Da nach österreichischem Recht eine gemeinsame Entscheidung über einen Anspruch in der Hauptsache einerseits und den Antrag auf Anordnung einer einstweiligen Maßnahme andererseits nicht möglich ist, vertrat der Gerichtshof die Auffassung, dass Artikel 6 Nummer 1 in einem solchen Fall für den Erlass einstweiliger Maßnahmen überhaupt nicht herangezogen werden könne.

Auf den ersten Blick scheint dies zu weit zu gehen. Der EuGH hatte in seinem Urteil in der Rechtssache *Van Uden* lediglich auf die Zuständigkeitsvorschriften des Übereinkommens verwiesen und die Zuständigkeit an keine weiteren Bedingungen geknüpft. Im Falle verbundener Klagen im strengen Sinne wird in Artikel 6 Nummer 1 keine Unterscheidung dahingehend getroffen, ob eine gemeinsame Entscheidung der Klagen möglich oder nach dem nationalen Verfahrensrecht gar gefordert ist oder nicht. Deshalb müsste Artikel 6 Nummer 1 auf den ersten Blick anwendbar sein, auch wenn das nationale Recht den Begriff der gemeinsamen Entscheidung über verbundene Klagen nicht kennt. Somit scheint kein Grund zu bestehen, Anträge auf Anordnung einstweiliger Maßnahmen unterschiedlich zu behandeln.

Jedoch könnte es lohnenswert sein, den Fall näher zu betrachten und dabei den eigentlichen Zweck des Artikels 6 Nummer 1 zu berücksichtigen. Gemäß der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache 189/87 (*Kalfelis* gegen *Schröder*) sollen mit dieser Bestimmung einander widersprechende Entscheidungen vermieden werden. Es ließe sich fragen, ob dies zumindest nicht bedeutet, dass über alle verbundenen Klagen in einem gemeinsamen Verfahren (gegebenenfalls im Wege getrennter Entscheidungen) zu entscheiden ist. Ist dies nach dem nationalen Recht nicht möglich - wie es in Österreich bei Ansprüchen in der Hauptsache einerseits und Anträgen auf Anordnung einstweiliger Maßnahmen andererseits der Fall ist - scheint Artikel 6 Nummer 1 seinen Hauptzweck zu verfehlen. Daraus ließe sich der Schluss ziehen, dass das *obiter dictum* des Obersten Gerichtshofs bis zu einem gewissen Grad gerechtfertigt ist.

Der Gerichtshof verneinte ferner die Anwendbarkeit von Artikel 5 Nummer 3 und führte dazu aus, dass mit der beantragten einstweiligen Maßnahme kein konkreter Anspruch der Klägerin gesichert werden solle. Es ist bedauerlich, dass der Gerichtshof nicht näher dargelegt hat, wie dieses Argument zu verstehen ist. Da es sich bei der Klägerin um eine professionelle Skiläuferin handelte, lag die Gefahr eines finanziellen Schadens auf der Hand. Da der Oberste Gerichtshof Artikel 5 Nummer 3 recht weit ausgelegt hat (siehe Kapitel II, Nummer 3, Entscheidung Nr. 21 weiter oben), hätte die Zuständigkeit allein darauf gegründet werden können, dass das Vermögen der Klägerin in Österreich belegen war. Selbst wenn man dies verneinte, so könnte doch angeführt werden, dass zumindest einige der Skirennen, von denen die Klägerin ausgeschlossen worden war, in Österreich stattfanden. Die Haltung des Internationalen Skiverbands hatte somit unmittelbare nachteilige Auswirkungen im Forumstaat.

Eigentlich geht es jedoch offenbar um eine andere Frage (die vom Obersten Gerichtshof ausdrücklich offen gelassen wurde): Kann der Gerichtsstand des Artikels 5 Nummer 3 für Präventivklagen in Anspruch genommen werden oder ist dieser Gerichtsstand auf Fälle beschränkt, in denen der Schaden bereits eingetreten ist? Die Lehre scheint sich für eine eher weite Auslegung von Artikel 5 Nummer 3 auszusprechen. Bedauerlicherweise hat der deutsche Bundesgerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH, in dem es um diese Frage ging, zurückgezogen, bevor der EuGH seine Entscheidung fällen konnte. Erst kürzlich hat der österreichische Oberste Gerichtshof den EuGH erneut mit dieser Frage befasst (österreichischer Oberster Gerichtshof, 6 Ob 50/00x, betreffend die Präventivklage einer Verbraucherschutzvereinigung gegen unfaire Klauseln in Standardverträgen des Beklagten).

11. In einer Entscheidung vom 17. Juni 1998 (Nr. 70), die die Vollstreckung einer französischen Entscheidung in Finnland betraf, verwarf die finnische *Korkein oikeus* das Argument des Vollstreckungsschuldners, dass die Vollstreckung zu verweigern sei, weil ihm das das Verfahren vor dem französischen Gericht einleitende Schriftstück nicht ordnungsgemäß und nicht so rechtzeitig zugestellt worden war, dass er sich verteidigen konnte (vgl. **Artikel 27 Nummer 2** des Übereinkommens). Die französische Entscheidung war als Versäumnisurteil ergangen; zuvor war das Schriftstück in Frankreich Gegenstand einer *remise au parquet* gewesen und hatten die finnischen Behörden versucht, dem Vollstreckungsschuldner das Schriftstück im französischen Original zuzustellen. Obwohl dieser den finnischen Behörden zufolge mit der französischen Sprache vertraut war, hatte er dennoch die Entgegennahme des Schriftstücks in Französisch verweigert. Das finnische Justizministerium hatte das Schriftstück daraufhin nach Frankreich mit der Bitte um Übersetzung zurückgesandt, um es erneut zustellen zu lassen. Die *Korkein oikeus* vertrat die Auffassung, dass das Schriftstück dem Vollstreckungsschuldner nach französischem Recht ordnungsgemäß zugestellt worden sei. Sie vertrat ferner die Auffassung, dass er durch den Versuch, ihm das Schriftstück in der französischen Fassung zuzustellen, der vier Monate vor Verkündung der Entscheidung erfolgt sei, Kenntnis von dem Rechtsstreit erlangt und genügend Zeit zur Verfügung gehabt habe, um seine Verteidigung vorzubereiten.
12. Wie bereits erwähnt, beziehen sich drei Entscheidungen auf die Übergangsvorschrift des Artikels 54 Absatz 2 in Verbindung mit der in Artikel 21 geregelten Frage der Rechtshängigkeit. Eine dieser Entscheidungen wurde unter dem Blickwinkel der letztgenannten Vorschrift geprüft; die beiden anderen Entscheidungen befassen sich hauptsächlich mit der Tragweite und den Auswirkungen des Artikels 54 Absatz 2. Im ersten Rechtsstreit (schweizerisches Bundesgericht, 9. September 1998, Nr. 36) hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob für die Zwecke des Artikels 54 Absatz 2 die Bestimmung über die Rechtshängigkeit zu den Zuständigkeitsvorschriften gehört, die bei der Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung, die nach Inkrafttreten des Übereinkommens aufgrund einer vor diesem Inkrafttreten erhobenen Klage ergangen ist, zu berücksichtigen sind.

Das Bundesgericht vertrat die Auffassung, dass nach Artikel 54 Absatz 2 nur die Vorschriften, in denen eine direkte Zuständigkeit vorgesehen ist, zu berücksichtigen seien und dass dies nur für die Artikel 2 bis 18 des Übereinkommens zutreffe. Die Vorschrift über die Rechtshängigkeit hingegen weise den Richter lediglich an, wie er sich in einer bestimmten Situation zu verhalten habe, d.h. in dem Fall, dass ein anderes Gericht mit derselben Sache befasst ist. Deshalb könne eine Nichtbeachtung des Artikels 21 durch das Gericht des Ursprungsstaats die Verweigerung der Anerkennung nicht rechtfertigen, wenn das ausländische Gericht seine Zuständigkeit auf eine in dem Übereinkommen vorgesehene Regel gestützt habe. Eine andere Auffassung wäre auch nicht mit der Erwägung zu vereinbaren, dass eine Nichtbeachtung von Artikel 21 nicht *per se* die Nichtanerkennung nach den allgemeinen Vollstreckungsregeln zur Folge haben könne, die Anwendung finden, wenn die Übergangsregelung nicht greife. Diese Auffassung des schweizerischen Bundesgerichts wird von der italienischen *Corte di Cassazione* (28. Mai 1998, Nr. 67) offenbar nicht geteilt. In einem ähnlich gelagerten Rechtsstreit räumte die *Corte di Cassazione* in der Tat ein, dass Artikel 54 Absatz 2 nicht bezwecke, die Frage der direkten Zuständigkeit für Klagen zu regeln, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Übereinkommens anhängig waren. Jedoch schloss sie aus, dass eine Entscheidung, die in einem Vertragsstaat nach diesem Zeitpunkt ergangen ist, Wirkungen auf ein Verfahren hat, das in einem Staat anhängig ist, in dem die Anerkennung der Entscheidung geltend gemacht wird, wenn letzteres Verfahren die Voraussetzungen für die Rechtshängigkeit nach Artikel 21 oder für im Zusammenhang stehende Klagen nach Artikel 22 des Übereinkommens erfüllt. Im Falle einer Klage, die von denselben Parteien in der Schweiz und in Italien vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Übereinkommens gegeneinander erhoben wurde, sei daher die von dem schweizerischen Gericht nach diesem Zeitpunkt erlassene Entscheidung, mit der die Zuständigkeit des schweizerischen Gerichts begründet werde, gemäß Artikel 54 Absatz 2 in Italien nicht anzuerkennen. Der *Corte di Cassazione* zufolge wäre es nicht logisch anzunehmen, dass in der Übergangsvorschrift für die Begründung der Zuständigkeit von dem in dem Übereinkommen festgelegten allgemeinen Grundsatz des zuerst angerufenen Gerichts Abstand genommen und stattdessen der entgegengesetzte Grundsatz des Vorrangs der zuerst ergangenen Entscheidung als Zuständigkeitsregel bevorzugt werde. Ein solches Abgehen von dem allgemeinen Grundsatz sei nur möglich, wenn eine Bestimmung vorliege, die eine abweichende Auslegung eindeutig ausschliesse; dies gelte jedoch nicht für Artikel 54 Absatz 2, dessen Wortlaut mit dem allgemeinen Grundsatz selbst in Einklang gebracht werden könne.

Die unterschiedlichen Auffassungen der beiden höchsten Gerichte in den vorerwähnten Rechtsstreitigkeiten zeigen, dass die Übergangsregelung zu Unsicherheiten Anlass gibt und dass die Frage eingehender geprüft werden sollte. Das Problem ist zwar nur von vorübergehender Natur und in den künftigen Beziehungen zwischen den ursprünglichen Vertragsstaaten nur von begrenzter Bedeutung, könnte jedoch im Hinblick auf neu beitretende Staaten weiterhin von Belang sein.

Die andere Entscheidung betrifft Artikel 54 Absatz 2 im Zusammenhang mit einer Zuständigkeitsvereinbarung (schweizerisches Bundesgericht, 19. August 1998, Nr. 34): Die Zuständigkeitsvereinbarung war vor Inkrafttreten des Übereinkommens geschlossen und in einer nach diesem Zeitpunkt erhobenen Klage geltend gemacht worden. Das Bundesgericht stellte fest, dass die Gerichtsstandsklausel bei ihrem Abschluss zwar wirksam gewesen sei, jedoch die Anforderungen des Artikels 12 des Übereinkommens nicht erfülle, und vertrat daher die Auffassung, dass im Lichte von Artikel 54 Absatz 2 das Übereinkommen anzuwenden und die Klausel deshalb unwirksam sei. Die Entscheidung wendet die Übergangsvorschrift entsprechend den Vorgaben des EuGH in der Rechtssache 25/79 (*Sanicentral* gegen *Collin*) offenbar richtig an.

### III. Rechtsprechung zu Vertragssachen (Artikel 5 Nummer 1)

Wie bereits erwähnt (siehe Kapitel I), beziehen sich von den 37 Entscheidungen zum Lugano-Übereinkommen im 8. Faszikel nicht weniger als 16 - zumindest unter anderem - auf Artikel 5 Nummer 1 Satz 1. Daran lässt sich erkennen, welche Bedeutung dieser Bestimmung in der Praxis zukommt, aber auch, welche Probleme sie aufwirft.

Einmal abgesehen von vier österreichischen Entscheidungen zur Rückerstattung des Kaufpreises nach Vertragsauflösung und zu der Frage, ob der Lieferort für Waren als Erfüllungsort im Sinne von Artikel 5 Nummer 1 qualifiziert werden kann (siehe Kapitel III, Nummern 3 und 4), stehen die meisten Entscheidungen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 5 Nummer 1 des Brüsseler Übereinkommens. Sowohl die Spaltung der vertraglichen Verpflichtungen im Sinne des Urteils *de Bloos/Bouyer* (Rechtssache 14/76) als auch der *lex-causae*-Begriff des Urteils *Tessili/Dunlop* (Rechtssache 12/76) werden grundsätzlich bejaht.

In einer Entscheidung (schweizerisches Bundesgericht, 9. März 1998, Nr. 33) erwähnte das schweizerische Bundesgericht ausdrücklich die harte Kritik an beiden in der Lehre. Dennoch entschied sich das Bundesgericht, der Rechtsprechung des EuGH zum Brüsseler Übereinkommen zu folgen; eine abweichende Auslegung würde zu Rechtsunsicherheit führen, welche die Vertragsstaaten durch Annahme der Bestimmungen des Protokolls Nr. 2 und die von ihnen bei der Unterzeichnung des Übereinkommens abgegebenen Erklärungen gerade hätten vermeiden wollen.

## 1. Zahlungsklagen

Die erste Gruppe der hier referierten Entscheidungen betrifft die Geldleistung als vertragliche Hauptverpflichtung (österreichischer Oberster Gerichtshof, 28. Oktober 1997, Nr. 12; 28. Oktober 1997, Nr. 13; 25. Februar 1998, Nr. 22; 28. Juli 1998, Nr. 26; 12. November 1998, Nr. 30; schweizerisches Bundesgericht, 23. August 1996, Nr. 31; norwegischer *Høyesterett*, 15. Mai 1997; Nr. 69; finnische *Korkein oikeus*, 12. November 1998, Nr. 71). In keiner dieser Entscheidungen wird der Versuch unternommen, durch eine autonome Auslegung des Artikels 5 Nummer 1 einen einheitlichen Erfüllungsort für alle vertraglichen Verpflichtungen zu finden. Vielmehr folgten die Gerichte der Rechtsprechung des EuGH und suchten nach dem Erfüllungsort für die Zahlungsverpflichtung als der Verpflichtung, die den Gegenstand der Klage bildet. Die *lex-causae*-Regel der Rechtsprechung *Tessili/Dunlop* (Rechtssache 12/76) gelangte zur Anwendung.

Es ist festzustellen, dass die in den europäischen Rechtsordnungen anzutreffenden allseits bekannten Unterschiede in der Frage, ob die Zahlungsverpflichtung am Wohnsitz des Gläubigers oder am Wohnsitz des Schuldners zu erfüllen ist, einmal mehr zu reinen Zufallsergebnissen führten.

Nach österreichischem und deutschem Recht sind Zahlungsverpflichtungen an dem Ort zu erfüllen, an dem der Schuldner bei Vertragsabschluss seinen Wohnsitz hatte. In derartigen Fällen ist der praktische Nutzen von Artikel 5 Nummer 1 auf Situationen beschränkt, in denen der Schuldner nach Vertragsabschluss seinen Wohnsitz geändert hat (Entscheidung Nr. 26). Ansonsten eröffnet Artikel 5 Nummer 1 keinen anderen Gerichtsstand wie die Grundregel des Artikels 2 (Entscheidungen Nr. 22, 30). Nichtsdestoweniger ist es möglich, dass die *lex causae* selbst einige Abweichungen vom Grundsatz des Schuldnerwohnsitzes vorsieht. Dem österreichischen Obersten Gerichtshof zufolge gilt dies für Beherbergungsverträge nach österreichischem Recht (Entscheidung Nr. 12). Da Hotelrechnungen gewöhnlich bei der Abreise beglichen werden, vertrat er die Auffassung, dass aufgrund der Art des Vertrags die Verpflichtungen der beiden Parteien am Ort der Beherbergung zu erfüllen seien. Diese Entscheidung wurde in Anwendung des österreichischen Rechts als der *lex causae* erlassen, so dass kein Widerspruch zu der *de-Bloos*-Regel der getrennten Behandlung der einzelnen vertraglichen Verpflichtungen vorliegt. Gleichwohl wollte der Oberste Gerichtshof diese Lösung nicht auf andere Vertragsarten allgemein anwenden. Bei einem Vertrag zwischen einem österreichischen Anwalt und seinem deutschen Mandanten wendete er die Regel des Schuldnerwohnsitzes an, ohne mögliche Abweichungen wegen der spezifischen Art des Vertrags in Betracht zu ziehen (Entscheidung Nr. 26).

Anders ist die Situation, wenn die Zahlungsverpflichtung nach der *lex causae* am Wohnsitz des Gläubigers zu erfüllen ist. In einem vor dem schweizerischen Bundesgericht anhängig gemachten Rechtsstreit (Nr. 9) hatten die Parteien einen Maklervertrag geschlossen. Der Kläger mit Wohnsitz in der Schweiz erhob Klage gegen den in England ansässigen Beklagten auf Zahlung der Provision. In Anwendung des schweizerischen Rechts als dem nach dem schweizerischen Internationalen Privatrecht anzuwendenden Recht vertrat das Bundesgericht die Auffassung, dass diese Verpflichtung am Wohnsitz des Gläubigers zu erfüllen sei. Artikel 5 Nummer 1 führte somit zu einem Klägergerichtsstand.

Die Frage, ob Artikel 5 Nummer 1 auf Bürgschaften anwendbar ist, wurde von der finnischen *Korkein oikeus* in einer Entscheidung vom 12. November 1998 (Nr. 71) bejaht. Das in erster Instanz entscheidende finnische Gericht hatte die Auffassung vertreten, dass Artikel 5 Nummer 1 nicht für Bürgschaften gelte, da es sich um ein einseitiges Angebot handele, durch das der Bürge sich verpflichte zu zahlen, wenn der Hauptschuldner zum Fälligkeitstermin nicht leistet, und nicht um eine wechselseitige Vereinbarung, die Rechte und Pflichten für beide Parteien begründe. Die *Korkein oikeus* entschied, dass die Bürgschaft zwar ein einseitiges Angebot des Bürgen darstelle, aber dennoch als Vertrag im Sinne von Artikel 5 Nummer 1 anzusehen sei. Der schwedische *Högsta Domstolen* gelangte in einer Entscheidung vom 13. Juni 1997, über die im *Nytt Jurisdikt Arkiv* 1997:76 berichtet wird (im 8. Faszikel nicht enthalten), zu dem gleichen Schluss.

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache 56/79, *Zelger* gegen *Salinitri*; siehe aber auch Rechtssache C 106/95, *MSG* gegen *Les Gravières Rhénanes*) wurde die Auffassung vertreten, dass eine Vereinbarung über den Erfüllungsort, die nach der *lex causae* wirksam ist, auch für die Anwendung von Artikel 5 Nummer 1 relevant sei und nicht die Formvorschriften des Artikels 17 erfüllen müsse (Entscheidungen Nr. 13 und 22). Die Beweislast wurde dem Kläger auferlegt (Nr. 22).

## **2. Klagen auf Erfüllung anderer vertraglicher Verpflichtungen**

In einem vor dem österreichischen Obersten Gerichtshof anhängig gemachten Rechtsstreit (österreichischer Oberster Gerichtshof, 9. September 1997, Nr. 11) hatte eine österreichische Bank eine Bankgarantie für den Beklagten übernommen. Der Beklagte hatte diese Garantie in der Folge auf den Kläger übertragen, es der Bank aber untersagt, die Garantiesumme an den Kläger auszuzahlen. Daher suchte der Kläger eine Entscheidung zu erwirken, mit der dem Beklagten auferlegt wird, der Auszahlung zuzustimmen.

Sowohl der Kläger als auch der Beklagte hatten ihren Wohnsitz in Deutschland. Gleichwohl reichte der Kläger die Klage beim Gericht am Sitz der Bank in Österreich ein. Der Kläger machte unter Verweis auf Artikel 5 Nummer 1 geltend, dass es sich bei der Verpflichtung, die Gegenstand der Klage sei, um die Pflicht der Bank zur Auszahlung der Garantiesumme handele.

Der Oberste Gerichtshof wies diese reichlich abstruse Idee zurück. Bei der Verpflichtung, die Gegenstand der Klage sei, handele es sich vielmehr um die Verpflichtung des Beklagten, der Bank gegenüber seine Zustimmung zur Auszahlung der Garantiesumme zu erklären. Somit hatte der Oberste Gerichtshof die Frage zu prüfen, wo diese Verpflichtung gemäß dem anzuwendenden Recht zu erfüllen war. Da sowohl das österreichische als auch das deutsche Recht als die in Frage kommenden *leges causae* die Regel des Schuldnerwohnsitzes anwenden, hatte der Beklagte seine Zustimmung in Deutschland zu erklären. Der Gerichtshof wies auch die Idee zurück, dass der Beklagte implizit vertraglich verpflichtet sei, sich zur Abgabe der Erklärung an den Sitz der Bank zu begeben.

Die eigentliche Frage, mit der sich diese Entscheidung zu befassen hatte, war nicht die Anwendung von Artikel 5 Nummer 1 an sich, sondern die Bestimmung des anwendbaren Rechts. Ausgehend von dem seinerzeit geltenden österreichischen Internationalen Privatrecht (d.h. vor Inkrafttreten des Übereinkommens von Rom) neigte der Oberste Gerichtshof der Auffassung zu, dass österreichisches Recht anzuwenden sei. Da das österreichische und das deutsche Recht jedoch zu demselben Ergebnis führten, konnte der Oberste Gerichtshof diese Frage offen lassen.

### **3. *Klagen auf Schadensersatz wegen Vertragsverletzung***

In mehreren Entscheidungen ging es darum, dass der Kläger Schadensersatz wegen Verletzung vertraglicher Verpflichtungen zu erlangen suchte (österreichischer Oberster Gerichtshof, 10. September 1998, Nr. 27; 10. September 1998, Nr. 28; 10. September 1998, Nr. 29; schweizerisches Bundesgericht, 9. März 1998, Nr. 33; weiter oben bereits erwähnt). Alle Entscheidungen stehen - zumindest in formeller Hinsicht - in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH in der Frage der Bestimmung der "Verpflichtung, die den Gegenstand der Klage bildet" (Rechtssache 14/76, *de Bloos gegen Bouyer*): Wird eine Klage auf Schadensersatz oder auf Vertragsauflösung auf die Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung gegründet, so ist der Erfüllungsort dieser Verpflichtung maßgebend.

Zwei dieser Entscheidungen (Nr. 27 und Nr. 29) bezogen sich auf eine recht typische Situation. In einem internationalen Kaufvertrag hatten die Parteien - bei der Entscheidung Nr. 27 ausdrücklich, bei der Entscheidung Nr. 29 durch Aufnahme der Klausel "frei Haus" - vereinbart, dass der Verkäufer die Ware an einen bestimmten Ort zu liefern hatte. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf war in beiden Fällen anwendbar. Da die Ware schadhaft war, klagte der Käufer auf Schadensersatz. Für die Zwecke der Anwendung des Artikels 5 Nummer 1 machte er geltend, dass der Lieferort als Erfüllungsort der Verpflichtung, die Gegenstand der Klage bilde, anzusehen sei.

In beiden Fällen wies der Oberste Gerichtshof dieses Vorbringen zurück. Die juristische Literatur zu Artikel 31 des Kaufrechtsübereinkommens anführend vertrat er die Auffassung, dass es bei der Bezeichnung eines Lieferorts generell nur um die Regelung der Liefermodalitäten sowie der Gefahrtragung und der Transportkosten gehe. Daher könne nicht angenommen werden, dass die Parteien mit der Vereinbarung eines Lieferorts auch einen Erfüllungsort im Sinne von Artikel 5 Nummer 1 hätten festlegen wollen. Dies führe zu dem Ergebnis, dass der Gerichtsstand des Artikels 5 Nummer 1 nicht gegeben sei.

In formaler Hinsicht stehen beide Entscheidungen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH. Der Oberste Gerichtshof ging nicht davon aus, dass der Ausdruck "Ort, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre" in Artikel 5 Nummer 1 autonom auszulegen ist, sondern stützte alle seine Argumente auf das Übereinkommen über den internationalen Warenkauf als der *lex causae* in den vorliegenden Rechtsstreitigkeiten. Jedoch scheint der Oberste Gerichtshof anzunehmen, dass das Übereinkommen über den internationalen Warenkauf implizite Regeln über den Erfüllungsort im Hinblick auf Zuständigkeitsfragen enthält, zumindest in dem Sinne, dass eine Vereinbarung über den Lieferort keine Auswirkungen hinsichtlich der gerichtlichen Zuständigkeit hat. Dieser Schluss lässt sich auch aus einem *obiter dictum* in der Entscheidung Nr. 27 ziehen: Nach Artikel 31 Buchstabe a des Kaufrechtsübereinkommens besteht die Verpflichtung des Verkäufers darin, die Ware dem ersten Beförderer zu übergeben, wenn kein Lieferort vereinbart wurde und der Kaufvertrag eine Beförderung der Ware erfordert. Man könnte denken, dass der Ort der Übergabe auch der Erfüllungsort im Sinne von Artikel 5 Nummer 1 ist. Der Oberste Gerichtshof vertrat hingegen die Auffassung - ohne dass es hierfür eine Grundlage im Übereinkommenstext gibt -, dass in diesem Falle Erfüllungsort der Ort der Niederlassung des Verkäufers wäre.

Wenn man bedenkt, dass das Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit überhaupt nicht behandelt, so ist die vom Obersten Gerichtshof gewählte Lösung nicht gerade evident. Ausgehend von der Argumentationsweise des Obersten Gerichtshofs könnte man auch postulieren, dass Artikel 57 des Kaufrechtsübereinkommens - wonach der Käufer verpflichtet ist, den Kaufpreis am Ort der Niederlassung des Verkäufers zu zahlen - nur die Kosten und Risiken der Geldübergabe regelt und deshalb keine Auswirkungen im Hinblick auf die gerichtliche Zuständigkeit hat. Dies würde allerdings im Widerspruch zu dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C 288/92 (*Custom Made Commercial gegen Stawa Metallbau*) stehen.

Betrachtet man die Entscheidungen Nr. 27 und 29 in Verbindung mit der Entscheidung Nr. 12 (siehe Kapitel III, Nummer 1), so lässt sich im Zusammenhang mit Artikel 5 Nummer 1 eine leichte Tendenz des österreichischen Obersten Gerichtshofs zu "*lex-causae*-Lösungen" feststellen: Bei der Auslegung des anzuwendenden Rechts übernimmt er einige der Argumente, die im juristischen Schrifttum gegen die Rechtsprechung des EuGH zum Brüsseler Übereinkommen vorgetragen wurden, weicht aber nicht förmlich von dieser Rechtsprechung ab. Da dieser Ansatz zu recht vernünftigen Ergebnissen führt, sollte er nicht zu stark kritisiert werden.

Die beiden anderen Entscheidungen (Nr. 28 und 33) sind nicht von besonderem Interesse. Bei der Entscheidung Nr. 28 hatten die Parteien einen Cateringvertrag für eine Après-Ski-Party in Kitzbühel geschlossen. Die Beklagte, eine deutsche Firma, stornierte den Auftrag; daraufhin erhob das Party-Service-Unternehmen mit Sitz in Österreich Klage gegen die Firma wegen entgangenen Gewinns und vertrat die Ansicht, dass Kitzbühel Erfüllungsort im Sinne von Artikel 5 Nummer 1 sei. Der österreichische Oberste Gerichtshof wies dieses Vorbringen zurück und vertrat die Auffassung, dass es sich bei der Verpflichtung, die den Gegenstand der Klage bildet, um die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung des Preises für den Party-Service handle. Da österreichisches Recht anzuwenden sei, müsse diese Verpflichtung gemäß der weiter oben erwähnten allgemeinen Regel (Kapitel III, Nummer 1) am Ort der Niederlassung des Schuldners erfüllt werden. Die Entscheidung Nr. 33 betrifft einen Alleinvertriebsvertrag. Die Beklagte, eine dänische Firma, hatte ihre Verpflichtungen gegenüber der in der Schweiz ansässigen Klägerin verletzt, indem sie Waren an eine andere Schweizer Firma geliefert hatte. Das schweizerische Bundesgericht unterschied zwischen zwei Verpflichtungen des Verkäufers, einer vertriebsbezogenen Verpflichtung und einer kaufrechtlichen Verpflichtung. In Bezug auf Artikel 5 Nummer 1 seien diese Verpflichtungen getrennt zu behandeln. Da das Bundesgericht durch die Feststellung der Vorinstanzen, dass die Klage der Klägerin nur auf einen Anspruch aus der Verletzung der vertriebsbezogenen Verpflichtung gestützt sei, gebunden war, beschränkte es sich auf die Prüfung dieser Verpflichtung. Nach dem Schweizer Obligationenrecht - dem aufgrund des Schweizer Internationalen Privatrechts anzuwendenden Recht - sei diese Verpflichtung am Wohnsitz des Schuldners zu erfüllen. Daher verneinte das Bundesgericht die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte.

#### **4. *Klagen auf Rückerstattung des Kaufpreises nach Vertragsauflösung***

In zwei Entscheidungen (27. Januar 1998, Nr. 18, und 10. März 1998, Nr. 23) vertrat der österreichische Oberste Gerichtshof die Auffassung, dass Klagen auf Rückerstattung von Geldbeträgen, die im Rahmen eines - im ersten Fall von den Klägern als nichtig angesehenen und im zweiten Fall von den Parteien einvernehmlich aufgelösten - Vertrags bereits gezahlt worden seien, unter Artikel 5 Nummer 1 fielen. Dies bedeutet ferner, dass in der Sicht des Obersten Gerichtshofs Artikel 5 Nummer 1 auf eine Verpflichtung Anwendung findet, die weder eine vertragliche Hauptverpflichtung noch eine sich aus der Nichterfüllung der Hauptverpflichtung ergebende Nebenverpflichtung darstellt, sondern eine Verpflichtung, die auf dem Grundsatz der ungerechtfertigten Bereicherung beruht.

Im ersten Rechtsstreit ging es um einen Vertrag, mit dem Personen mit Wohnsitz Deutschland ihre Eigentumsrechte an einer GmbH (einer Diskothek) auf Personen mit Wohnsitz in Österreich übertragen hatten. Nach Übernahme des Geschäfts stellten die neuen Eigentümer fest, dass die Diskothek nicht die öffentlichen Genehmigungen besaß, deren Erteilung ihnen die Verkäufer - wie die neuen Eigentümer es nun sahen - nur vorgetäuscht hatten.

Sie erhoben Klage vor den österreichischen Gerichten auf Rückzahlung des den Verkäufern bereits geleisteten Geldbetrags, denen sie ihrerseits ihre Anteile an der GmbH zurückgeben wollten, mit der Begründung, dass der Vertrag nichtig sei. Das juristische Schrifttum (Kropholler) anführend vertrat der Oberste Gerichtshof die Auffassung, dass Artikel 5 Nummer 1 auch für Streitigkeiten gelte, die den Vertragsabschluss selbst betreffen. Er gelangte ferner zu dem Ergebnis, dass, da die "Verpflichtung, die den Gegenstand der Klage bildet" nicht eine der vertraglichen Hauptverpflichtungen (i.e. die Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung der Eigentumsrechte an den Anteilen an der GmbH und die Zahlungsverpflichtung des Käufers) sei, diese in der Verpflichtung der Verkäufer zur Rückerstattung des bereits empfangenen Geldbetrags bestehe, wenn der Vertrag für nichtig erklärt werde. Erfüllungsort für diese Verpflichtung sei jedoch der Wohnsitz der Verkäufer in Deutschland, da Erfüllungsort für eine Geldschuld nach dem anzuwendenden Recht der Wohnsitz des Schuldners sei.

Im zweiten Fall war der Vertrag anfangs rechtsgültig, jedoch beendeten die Parteien ihn vor seiner Erfüllung im gegenseitigen Einvernehmen. Dies bedeutete, dass eine vom Käufer (mit Wohnsitz in Österreich) geleistete Vorauszahlung zurückerstattet werden musste, jedoch kam der Verkäufer (mit Wohnsitz in der Schweiz) dem auf die Weise nach, dass er die Forderung des Käufers mit einer Forderung aufrechnete, die ihm gegen den Käufer aus einem früheren Vertrag angeblich zustand. Mit dieser Aufrechnung war der Käufer nicht einverstanden, und er klagte daher. Der Oberste Gerichtshof bezog sich auf den früheren Fall und führte aus, dass es sich in beiden Fällen um einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch handele. Die Tatsache, dass der Rückforderungsanspruch in dem vorliegenden Rechtsstreit auf einen rechtsgültigen Vertrag gestützt werde, der einvernehmlich aufgelöst worden sei, während es in dem früheren Rechtsstreit um einen Rückforderungsanspruch ging, der auf die (strittige) Rechtsungültigkeit des Vertrags gestützt wurde, mache keinen rechtserheblichen Unterschied. In dem vorliegenden Rechtsstreit ergebe sich der Rückforderungsanspruch aus einer vom Käufer geleisteten Anzahlung; bei dieser Zahlung handele es sich um eine Verpflichtung aus dem aufgelösten Vertrag. Der Erfüllungsort für die Verpflichtung zur Rückzahlung der Vorauszahlung sei jedoch vom Erfüllungsort für die Verpflichtung des Käufers, dem Verkäufer den Kaufpreis aus dem Vertrag zu zahlen, zu trennen. Der Erfüllungsort der letztgenannten Verpflichtung sei nach Artikel 57 des sowohl in Österreich als auch in der Schweiz anwendbaren VN-Kaufrechtsübereinkommens zu bestimmen, jedoch vertrat der Oberste Gerichtshof die Auffassung, dass dieser Artikel auf den Rückforderungsanspruch keine Anwendung finde. Der Erfüllungsort für diesen Anspruch sei daher gemäß dem allgemeinen Grundsatz des Schweizer Rechts zu bestimmen, wonach Erfüllungsort für Geldschulden der Wohnsitz (oder Geschäftssitz) des Gläubigers sei, der sich im vorliegenden Fall in Österreich befinde.

Die beiden österreichischen Entscheidungen lassen sich schwerlich mit einer Entscheidung des englischen *House of Lords* vom 30. Oktober 1997 (Nr. 56 im 8. Faszikel) vereinbaren, die in einem Rechtsstreit erging, der aus einer früheren Entscheidung des *House of Lords* erwuchs. Darin hatte dieses die Auffassung vertreten, dass bestimmte Swap-Vereinbarungen, die von einigen örtlichen Behörden im Vereinigten Königreich geschlossen worden waren, *ab initio* als unwirksam anzusehen seien, weil die Behörden beim Abschluss derartiger Vereinbarungen in Überschreitung ihrer Befugnisse gehandelt hätten (*ultra vires*). Daraufhin erhob eine Bank gegen den *City Council* der Stadt Glasgow Klage vor englischen Gerichten auf Rückerstattung der Beträge, die sie im Rahmen von sieben solcher Swap-Vereinbarungen an den *City Council* gezahlt hatte. Im englischen Recht wurde der Anspruch auf den Grundsatz der ungerechtfertigten Bereicherung gestützt und fiel nach der dortigen Rechtsauffassung unter das Rückforderungsrecht und nicht unter das Vertragsrecht. Der Rechtsstreit betraf die Anwendung der Regeln des Brüsseler Übereinkommens für die Zuweisung der Zuständigkeit innerhalb des Vereinigten Königreichs, so dass der EuGH es abgelehnt hatte, im Wege der Vorabentscheidung Stellung zu nehmen. In einer Mehrheitsentscheidung (3-2) gelangte das *House of Lords* zu dem Schluss, dass Artikel 5 Nummer 1 nicht anwendbar sei. Obwohl sich der Fall von den österreichischen Fällen in soweit unterscheidet, dass es nicht mehr um die Frage ging, ob die betreffenden Verträge *ab initio* unwirksam waren, deutet die Argumentationsführung der Mehrheit darauf hin, dass die Tatsache, dass die Frage der Rechtsungültigkeit bereits entschieden war, in ihren Augen offenbar nicht der entscheidende Punkt war. Die Mehrheit bejahte, dass der Begriff "Vertrag" autonom auszulegen sei, vertrat aber dennoch die Auffassung, dass ein Rückerstattungsanspruch, der auf den Grundsatz der unrechtmäßigen Bereicherung gestützt sei und der sich aus einem Vertrag ableite, der nie rechtlichen Bestand hatte, nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 5 Nummer 1 falle, der als Ausnahmeregelung zu Artikel 2 eng auszulegen sei. Die Minderheit stimmte zu, dass Artikel 5 Nummer 1 eng ausgelegt werden müsse, vertrat jedoch die Ansicht, dass Ansprüche auf Rückerstattung, die sich daraus ergäben, dass ein Vertrag sich als unwirksam herausgestellt habe, aus praktischen Gründen unter die genannte Bestimmung fallen sollten.

Billigerweise ist darauf hinzuweisen, dass sich der EuGH zu der Frage, ob Artikel 5 Nummer 1 in den Fällen, die vom Obersten Gerichtshof und vom *House of Lords* zu entscheiden waren, anwendbar ist, bislang nicht eindeutig geäußert hat.

In der Rechtssache 38/81, *Effer gegen Kantner* [1982], Slg. 825, gelangte der EuGH zu dem Schluss, dass Artikel 5 Nummer 1 auch dann anwendbar ist, "wenn das Zustandekommen des Vertrags, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird, zwischen den Parteien streitig ist". In diesem Fall jedoch hatte der Beklagte geltend gemacht, dass keine vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien entstanden seien, sondern vielmehr ein Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und einem Dritten bestehe. Darüber hinaus ist dem Urteil offenbar zu entnehmen, dass das angerufene Gericht, wenn es zu dem Schluss gelangt, dass ein Vertrag nicht besteht, sich für unzuständig erklären sollte.

Dies entspricht der Auffassung des norwegischen *Høyesterett*, vgl. Rechtssachen l.nr. 267 K/1996 *Deutsche Bank gegen Den norske Bank*, und l.nr. 45 K/1998 *Terje Karlung gegen Svänska Vägguide Comertex*, Entscheidungen vom 10. Mai 1996 und 27. Januar 1998, dargelegt in *Norsk Retstidende* 1996, S. 822 bzw. 1998 S. 136 (beide nicht im 8. Faszikel enthalten). In beiden Fällen machte der Kläger geltend, dass sein Anspruch sich aus der Zahlungsverpflichtung des Beklagten aufgrund eines zwischen den Parteien (noch) bestehenden Vertrags ableite, jedoch behauptete der Beklagte im ersten Falle, dass ein den Anspruch des Klägers begründender Vertrag niemals bestanden habe, so dass der Anspruch allenfalls unter das Deliktsrecht falle. Im zweiten Falle machte der Beklagte geltend, dass der Anspruch das Honorar für eine Leistung betreffe, die er erbracht habe, nachdem der Kläger selbst einen Vertretungsvertrag gekündigt habe und für die der Kläger daher kein Honorar beanspruchen könne. Diese Rechtsstreitigkeiten lassen sich also nicht unmittelbar mit den österreichischen und britischen Fällen vergleichen, in denen der Anspruch des Klägers - auch aus der Sicht des Beklagten - sich aus einem Vertrag ableitete, der zwischen den Parteien einmal bestanden hatte oder zumindest hätte bestehen sollen.

In der Rechtssache C-51/97, *Réunion Européenne gegen Spliethoff's Bevrachtungskantoor*, [1998], Slg. I-6511, (Nr. 1 im 8. Faszikel; die Entscheidung wurde nach den österreichischen und britischen Entscheidungen erlassen) führte der EuGH aus, dass Artikel 5 Nummer 1 "nicht so verstanden werden kann, dass er eine Situation erfasst, in der es an einer von einer Partei gegenüber einer anderen freiwillig eingegangenen Verpflichtung fehlt". Jedoch stützte sich der Gerichtshof auf diese Ausführungen, um die Ansicht zurückzuweisen, dass Artikel 5 Nummer 1 auf eine Schadensersatzklage wegen Transportschäden an Waren anwendbar sei, die auf ein Konnossement gestützt ist und sich nicht gegen die Person richtet, die das Konnossement ausgestellt hat, sondern gegen eine Person, die vom Kläger als der tatsächliche Verfrachter angesehen wird. Es ließe sich folglich argumentieren, dass die betreffenden Ausführungen des EuGH darauf hinauslaufen, Klagen gegen Beklagte, mit denen in vertragliche Beziehungen zu treten der Kläger (oder die Person, die in die Rechte des Klägers eingetreten ist) niemals versucht hatte, vom Anwendungsbereich des Artikels 5 Nummer 1 auszunehmen.

In diesem Falle sollte der Verwendung des Präsens ("Situation ..., in der es an einer Verpflichtung *fehlt*") vielleicht nicht zu viel Bedeutung beigemessen werden. In diesem Sinne wäre der Entscheidung des EuGH zufolge Artikel 5 Nummer 1 auf "Situationen" anwendbar, die aus der Sicht sowohl des Klägers als auch des Beklagten die Wirkungen zwischen den Parteien betreffen, die sich aus der Auflösung oder dem Unwirksamwerden eines Vertrags ergeben, der zwischen ihnen einmal bestand oder hätte bestehen sollen.

#### **IV. Gerichtsstandsvereinbarungen (Artikel 17)**

Fünf der im Berichtszeitraum ergangenen Entscheidungen beziehen sich auf Artikel 17. Wie weiter oben bereits erwähnt, betrifft eine Entscheidung Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbindung mit der Übergangsbestimmung des Artikels 54 Absatz 2 und ist bereits erörtert worden (siehe Kapitel II, Nummer 12); die anderen Entscheidungen betreffen die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Gerichtsstandsvereinbarung wirksam ist, und die Wirkungen einer solchen Vereinbarung.

1. In dem ersten Fall (österreichischer Oberster Gerichtshof, 23. Februar 1998, Nr. 19) ging es um eine von einem Unternehmen mit Sitz in Österreich und einem Unternehmen mit Sitz in der Türkei geschlossene Vereinbarung, die die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte vorsah. Die dem Obersten Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegte Frage bezog sich darauf, ob die Anwendbarkeit des Artikels 17 in einem derartigen Fall an die Bedingung geknüpft ist, dass eine der Parteien ihren Wohnsitz in einem anderen Vertragsstaat hat. Der Oberste Gerichtshof prüfte das juristische Schrifttum zu dieser Frage sowie die Rechtsprechung in den anderen Vertragsstaaten, insbesondere in Deutschland und Italien, und gelangte zu der Auffassung, dass wegen des Fehlens einer weiteren Verbindung zu einem anderen Vertragsstaat die Anwendung von Artikel 17 nicht gerechtfertigt wäre. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs wäre die Bestimmung nur anwendbar, wenn aus Sicht des österreichischen Richters entweder der Wohnsitz einer Partei oder der vereinbarte Gerichtsstand nicht in Österreich liegen. Es handelt sich hier um eine entscheidende Frage, zu der unterschiedliche Auffassungen vertreten wurden und vertreten werden können, auch wenn der Wortlaut des Artikels 17 es offenbar nicht ausschließt, dass die Vereinbarung wirksam ist, wenn der vereinbarte Gerichtsstand und der Wohnsitz der Partei, die als Einzige einen Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat, zusammenfallen. Es sei darauf hingewiesen, dass der österreichische Oberste Gerichtshof ergänzend ausführte, dass die von Artikel 17 verlangte zusätzliche Voraussetzung auch für die Anwendung des Artikels 18 zu gelten hätte.

2. Der zweite Rechtsstreit (schweizerisches *Tribunal fédéral*, 15. Januar 1998, Nr. 32) betrifft die Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsklausel nach Artikel 17, unter Berücksichtigung des innerstaatlichen Rechts, das auf den die Klausel enthaltenden Vertrag anwendbar ist. In dem Rechtsstreit, in dem es um einen Bürgschaftsvertrag zwischen dem Bürgermeister einer französischen Gemeinde und einer schweizerischen Finanzierungsgesellschaft ging, der eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten eines schweizerischen Gerichts enthielt, hatte das *Tribunal fédéral* die Frage zu entscheiden, ob die Wirksamkeit der Klausel nach französischem Verwaltungsrecht oder nach schweizerischem Recht zu beurteilen war. Das *Tribunal fédéral* wählte die zweite Möglichkeit und führte aus, dass Artikel 17 eine solche Lösung nicht ausschließe, da er sich nicht auf die inhaltliche Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung beziehe; die Entscheidung dieser Frage bleibe daher dem angerufenen Gericht überlassen. Die gewählte Lösung steht offenbar völlig in Einklang mit der Argumentation, dass das Übereinkommen, da es das materielle Recht nicht berührt, auch nicht die Art und Weise der Behandlung der betreffenden Frage durch die nationalen Gerichte berühren sollte, auch wenn dieser Ansatz möglicherweise dazu führt, dass es in den einzelnen Vertragsstaaten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt (vgl. O'Malley-Layton, *European Civil Practice*, 1989, S. 569).
3. Die beiden verbleibenden Fälle (deutscher Bundesgerichtshof, 23. Juli 1998, Nr. 39 und italienische *Corte di Cassazione*, 1. Februar 1999, Nr. 66) betreffen Gerichtsstandsvereinbarungen, die zugunsten nur einer Partei getroffen wurden. In der ersten Entscheidung vertrat der Bundesgerichtshof die Auffassung, dass zur Beurteilung der Frage, ob eine solche Vereinbarung zugunsten nur einer Partei getroffen wurde, nicht allein der Wortlaut der Klausel heranzuziehen sei, sondern auch die Gesamtheit der dem Vertrag zu entnehmenden Anhaltspunkte und der Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen seien. Die Entscheidung geht davon aus, dass jeder Vertrag für sich auszulegen ist, und steht damit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache 22/85 (*Anterist gegen Crédit Lyonnais*). Dies trifft auch für die andere Entscheidung zu, in der die *Corte di Cassazione* die Auffassung vertrat, dass davon ausgegangen werden könne, dass eine Klausel zugunsten nur einer Partei getroffen wurde, wenn sich der Wille der Parteien klar aus dem Wortlaut der Gerichtsstandsvereinbarung ergebe; ergänzend führte sie aus, dass die Benennung des Gerichts eines Vertragsstaats, in dem eine der Parteien ihren Wohnsitz habe, für sich allein nicht genüge, um den Schluss zuzulassen, es habe dem gemeinsamen Willen entsprochen, diese Partei zu begünstigen. Die Entscheidung folgt wortwörtlich dem vorgenannten Urteil des EuGH.

## V. Abschließende Bemerkungen

Die Übersicht über die Rechtsprechung der nationalen Gerichte zum Lugano-Übereinkommen verlangt einige kurze Schlussbemerkungen.

1. Die nationalen Gerichte tendieren eindeutig dazu, der Rechtsprechung des EuGH zu folgen. Dies zeigt sich nicht nur an den in den einzelnen Entscheidungen gewählten Lösungen, sondern auch daran, dass in den Entscheidungen häufig auf die Urteile des EuGH verwiesen wird.
2. Die bei den nationalen Gerichten anhängigen Rechtsstreitigkeiten stimmen mitunter jedoch nicht völlig mit den vom EuGH geprüften Rechtssachen überein. In derartigen Fällen neigen die nationalen Gerichte dazu, eine eigene Auslegung der Urteile des EuGH vorzunehmen, und leiten so Folgerungen aus den darin bekräftigten Grundsätzen ab, die der EuGH möglicherweise nicht akzeptiert hätte.
3. Die nationalen Gerichte müssen zuweilen Fälle und Fragen entscheiden, mit denen der EuGH bislang noch nicht befasst war. Bei der Entscheidung derartiger Fälle neigen die nationalen Gerichte zu Lösungen, die mit der Rechtsprechung des EuGH in Einklang stehen oder auch nicht.
4. Einige Gerichte kennen sehr gut die Rechtsprechung anderer nationaler Gerichte und zeigen die Bereitschaft, diese weitgehend zu berücksichtigen. Nach Ansicht einiger Gerichte sollte ein Gericht zudem nur bei Vorliegen guter Gründe von der Auffassung, die ein anderes Gericht zuvor vertreten hat, abweichen (siehe z.B. den Rechtsstreit Nr. 19).
5. Im Rahmen der Bemühungen um eine Harmonisierung der Rechtsprechung sollten die nationalen Behörden unter anderem aufgefordert werden, die nationalen Gerichte auf die Website des EuGH zur Rechtsprechung zum Brüsseler und zum Lugano-Übereinkommen hinzuweisen. In diesem Zusammenhang könnten die nationalen Behörden auch aufgefordert werden, dem EuGH den vollen Wortlaut der nationalen Entscheidungen in elektronischer Form zu übermitteln und nach Möglichkeit Zusammenfassungen in anderen (zugänglichen) Sprachen beizufügen.



CONSEIL DE  
L'UNION EUROPÉENNE  
  
SECRÉTARIAT GÉNÉRAL

Bruxelles, le 15 septembre 2000  
(OR. en)

SN 4216/00

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

I. Introduction

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

***Convention de Lugano:***

*Oberster Gerichtshof* (Autriche): 22 décisions

*Tribunal fédéral / Bundesgericht* (Suisse): 7 décisions

*Bundesgerichtshof* (Allemagne): 1 décision

*Corte di Cassazione* (Italie): 4 décisions

*Norges Høyesterett* (Norvège): 1 décision

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

---

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

***Convention de Bruxelles :***

*Cour de justice des CE*: 6 décisions

*Bundesgerichtshof* (Allemagne): 3 décisions

*Tribunal Supremo* (Espagne): 3 décisions

*Cour de Cassation* (France): 11 décisions

*House of Lords* (Royaume-Uni) : 2 décisions

*Corte di Cassazione* (Italie): 6 décisions

*Supreme Court* (Irlande): 1 décision

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

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

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

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

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

## II. Relevé de la jurisprudence

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 1. Actions en paiement

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

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

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

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

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

## **2. Actions en exécution d'autres obligations contractuelles**

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

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

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

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

### **3. Actions en réparation pour cause de rupture de contrat**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dans l'affaire C-51/97, *Réunion européenne contre Spliethoff's Bevrachtungskantoor*, Rec. 1998, p. I-6511, (nº 1 du 8ème fascicule, l'arrêt a été rendu après les arrêts autrichiens et britannique), la CJCE a déclaré que l'article 5, point 1, « ne saurait être compris comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre » . Elle s'est toutefois servi de cette assertion pour rejeter l'idée que l'article 5, point 1, puisse s'appliquer à une demande portant sur la réparation d'un préjudice dû à un dommage causé à des marchandises pendant leur transport, lorsque la demande est fondée sur un connaissance et que l'action n'a pas été intentée contre la personne qui l'avait délivré, mais contre celle que le demandeur tient pour le transporteur maritime réel des marchandises. On pourrait par conséquent faire valoir que cette assertion avait pour objet d'exclure du champ d'application de l'article 5, point 1, les actions dirigées contre des défendeurs avec qui le demandeur (où la personne subrogée dans ses droits) n'a même jamais essayé de nouer une relation contractuelle.

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

#### **IV. Clauses attributives de juridiction (article 17)**

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

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

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

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

## V. Conclusions

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

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