

FIFTH REPORT ON NATIONAL CASE LAW ON THE LUGANO CONVENTION

By Jean-Pierre Bedin, Peter Arnt Nielson, Jens Røn and Regina Terry

I Introduction

At its meeting on 13 -14 September 1999 the Standing Committee of the Lugano Convention was presented with a report on national case law pertaining to the Convention, based on decisions communicated to the EC Court of Justice by signatory and acceding States in application of Protocol 2 to the Convention. That report which was written by the Greek, Swiss and Spanish delegations¹ covered the decisions contained in the first seven fascicles brought out by the Court of Justice (through its Library, Research and Documentation Centre).

A second report by the Austrian, Italian and Norwegian delegations² covered the decisions contained in the 8th fascicle. A third report by the Netherlands, German and Swedish delegations³ covered the decisions contained in the 9th fascicle and a fourth report by the United Kingdom, Finnish and Luxembourg delegations covered the decisions contained in the 10th fascicle⁴. In September 2002 the Standing Committee decided that the fifth report, covering decisions in the 11th fascicle⁵, should be drawn up by the Belgian, Danish and Irish delegations for the meeting of the Standing Committee in September 2003. The 11th fascicle⁶ contains decisions pertaining to the Lugano and Brussels Conventions, handed down by the following courts:

Lugano Convention

Oberster Gerichtshof (Austria) : 1 decision

Bundesgericht (Switzerland) : 1 decision

Bundesgerichtshof (Germany) : 1 decision

Conseil d'Etat/Cour d'appel de Versailles (France): 2 decisions

Court of Appeal/High Court of Justice (United Kingdom) : 2 decisions

Høyesterett (Norway) : 6 decisions

S d Najwyższy (Poland) : 2 decisions

¹ 1P Rax 2001, 262.

² 1P Rax

³ 1P Rax

⁴ 1P Rax

⁵ 1P Rax

⁶ Information pursuant to Protocol 2 to the Lugano Convention, Package No 11, September 2002 (quoted as Information No 2002/....); the decisions are also published on the home page of the ECJ under <http://www.curia.eu.int/common/recdoc/convention/en/tableau/2002.htm>.

Brussels Convention

EC Court of Justice : 6 decisions
Court of Appeal (United Kingdom): 3 decisions
House of Lords (United Kingdom): 1 decision
High Court of Justice (United Kingdom): 1 decision
Bundesgerichtshof (Germany): 2 decisions
Oberlandesgericht Nürnberg, (Germany) : 1 decision
Oberlandesgericht, Köln (Germany) : 1 decision
Landgericht, Düsseldorf (Germany) : 1 decision
Oberster Gerichtshof (Austria) : 6 decisions
Oberlandesgericht Innsbruck (Austria): 2 decisions
Arbejdsretten (Denmark) : 1 decision
Højesteret anke-og kaeremalsudvalg (Denmark): 1 decision
Højesteret (Denmark): 1 decision
Sø- og Handelsretten: (Denmark): 1 decision
Corte suprema di Cassazione (Italy) : 1 decision
Corte di Cassazione (Italy) : 1 decision
Hof van Beroep, Brussel (Belgium) : 1 decision
Tribunal Supremo (Spain): 1 decision
Cour d'appel de Paris (France) : 1 decision
Cour d'appel de Rouen (France) : 1 decision
Cour de cassation (France) : 3 decisions
Cour d'appel de Luxembourg (Luxembourg) : 3 decisions
Arrondissementsrechtbank Rotterdam (Netherlands): 1 decision
Hoge Raad (Netherlands) : 1 decision

As pointed out in previous reports, it should be noted that the EC Court of Justice (ECJ) is dependent on information on national case law provided by national authorities. Thus, the national decisions pertaining to the Lugano and Brussels Conventions that the Court has been able to disseminate do not necessarily constitute a complete compilation of such decisions by national courts. This should be borne in mind when reading this report.

As was the case with the reports drawn up in the last four years, this report will also concentrate on the decisions on the Lugano Convention (15 decisions).

II Overview of the case law

Article 1(1)

Le conseil municipal d'une commune de France⁷ a décidé d'accorder la garantie de la commune à une société française X pour le remboursement d'un emprunt contracté par celle-ci auprès d'une autre société française Y.

A cette société Y, s'est substituée une société luxembourgeoise Z.

Le même conseil municipal a autorisé le maire de la commune à intervenir au nom de la commune pour souscrire à l'emprunt garanti et l'a chargé d'établir et de signer la convention fixant, dans les relations entre la commune et l'emprunteur, les conditions de mise en œuvre de la garantie et la mise en œuvre des sûretés offertes.

⁷Information No 2002/33

La convention signée par le maire prévoit que l'emprunt garanti est contracté directement auprès d'une société suisse. Par ailleurs, il s'avère que les conditions de l'emprunt pour lesquelles le maire a engagé la commune, ne sont pas conformes à la délibération du conseil municipal.

La juridiction suisse a décidé de surseoir à statuer jusqu'à ce qu'une décision portant sur la validité de l'engagement de la commune par le maire soit prise par une juridiction française, demandant en quelque sorte que soit posée une question préjudicielle aux juridictions françaises.

La société luxembourgeoise Z demande alors à un tribunal administratif français qu'il soit dit pour droit que le maire n'avait pas outrepassé les pouvoirs que le conseil municipal lui avait conférés.

Le tribunal administratif français a rejeté cette demande.

Le Conseil d'Etat français est, à son tour, saisi du litige et confirme la décision du tribunal administratif en considérant qu'en l'absence de dispositions contraires de la Convention de Lugano, la juridiction administrative française peut se prononcer sur la validité d'un acte de garantie souscrit en faveur d'une société de droit suisse au non d'une commune française.

Bien qu'il soit difficile, à la lecture de l'arrêt, d'appréhender la totalité des faits et du raisonnement tenu par la juridiction suisse, on peut supposer que la commune a invoqué la nullité de la convention pour refuser d'exécuter l'une ou l'autre de ses obligations et que le demandeur a saisi la juridiction suisse sur la base de l'article 5.1. de la Convention de Lugano. La juridiction suisse a dû constater que pour trancher le litige qui lui était soumis, elle devait se prononcer sur la validité d'un acte posé par un élu local français. Cette question devait être tranchée en appliquant le droit administratif français. Or, la juridiction suisse a dû constater que les règles de droit international public ne lui permettaient pas de faire application d'un droit administratif étranger. Elle n'avait par conséquent, pas d'autre solution que celle de surseoir à statuer aussi longtemps que cette question n'aurait pas été tranchée par la juridiction française compétente. La juridiction française a rendu une décision en indiquant, à juste titre, que la l'appréciation de la validité de sa compétence ne devait en aucune manière être faite à la lumière des dispositions de la Convention de Lugano.

On peut d'ailleurs souligner que l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Convention exclut de son champ d'application les matières administratives.

Articles 1 and 2

Le demandeur, qui est domicilié en France⁸, réclame au défendeur, son frère, qui est domicilié en Suisse, sa quote-part dans les pénalités de retard infligées aux héritiers du fait du paiement tardif de droits de succession et que le demandeur a supporté seul.

La juridiction française initialement saisie s'est déclarée incompétente par application de l'article 2 de la Convention de Lugano qui dispose, en substance, que les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant, sont attirées, quelle que soit leur nationalité devant les juridictions de cet Etat.

⁸Information No 2002/38

Le demandeur porte le litige devant la Cour d'appel et soutient que c'est à tort que la juridiction initialement saisie s'est déclarée incompétente parce qu'il n'y avait pas lieu à l'application de la Convention de Lugano dont le champ d'application exclut les matières fiscales et les successions.

La Cour d'appel considère que la demande formée est de nature purement civile parce que l'action du demandeur n'est ni de nature fiscale, ni de nature successorale en ce qu'il se borne à réclamer le paiement d'une somme qui lui est due.

Par conséquent, la Cour confirme la décision de la juridiction initialement saisie.

A cet égard, il y a lieu de rappeler que la Cour de Justice des Communautés européennes a précisé que la notion de "matières civiles et commerciales" doit être appréciée d'une manière autonome et non par référence à un système national (arrêt Eurocontrol du 14 octobre 1976, aff. 29/76).

En l'occurrence, la décision de la Cour doit être approuvée puisque la demande n'avait pour autre objet que celui de récupérer une créance auprès d'un débiteur. L'origine de cette créance ne permet pas de considérer que le litige est d'ordre fiscal ou successoral au sens de la Convention de Lugano.

Articles 2 and 18

In a case heard before the English Court of Appeal, and decided upon in February 2001⁹, a key issue for determination was whether the power to stay proceedings on the ground of forum non conveniens was consistent with the Lugano Convention. The claimant's case was for a declaration of non-liability under a contract of reinsurance made with the first defendant, an insurance company domiciled in Switzerland. (The second defendant was a New York company to which the first defendant, as part of a restructuring move, had assigned all rights and liabilities under the relevant reinsurance contract.) It was common cause that the first defendant had submitted to the jurisdiction of the English courts albeit with a reservation which permitted it to argue the point regarding forum non conveniens. Both defendants had been successful at first instance in obtaining a stay of proceedings on the ground of forum non conveniens in favour of proceedings which had already commenced in Texas. The original insured was a Texan company and the reinsurance contract had contained a service of suit clause whereby the underwriters had indicated a willingness to submit to a court of competent jurisdiction in the US.

In reaching its determination, the Court of Appeal considered itself to be bound by previous authority (concerning the Brussels Convention) to say that the staying of proceedings against the first defendant would not be inconsistent with the Lugano Convention. It had particular regard to the case of *In Re Harrods (Buenos Aires)*¹⁰ which answered in the affirmative the question as to whether or not an English court could stay, strike out or dismiss proceedings on the ground of forum non conveniens, where the defendant in the English proceedings was domiciled in England but the conflict of jurisdiction was between the jurisdiction of the English court and the jurisdiction of the courts of a state which was not a Contracting State, no other Contracting State being involved. That case had also endorsed an argument which, in essence, put forward the view that the Brussels Convention does not apply so as to

⁹The Times Law Reports 2001. p 155. Information No 2002/41

¹⁰[1992] Ch 72, [1992] I. L. Pr. 453

regulate jurisdiction issues between the courts of a Contracting State and the courts of a non-Contracting State. The Court of Appeal did not accept that the present case could be distinguished from the Harrods case because the defendant was domiciled not in England but in another Contracting State. Having affirmed the basic principle regarding *forum non conveniens*, the Court, in application of those principles, proceeded to dismiss the appeal against the stay of proceedings. (A request for a preliminary ruling on a case involving similar legal issues is at present pending before the European Court of Justice C - 281/02).

Article 5(1)

Two cases concerning the interpretation of Article 5(1) of the Lugano Convention have been before the Norwegian Supreme Court.

- a) In the first decision of 28 November 2001 the Norwegian Supreme Court had to consider where the place of performance for a payment obligation was under a commercial agency contract entered into between a Norwegian firm and a Danish company concerning marketing and sales in Norway of tools¹¹. The Norwegian agent instituted proceedings in Norway under Article 5(1) of the Lugano Convention against the Danish company claiming payment for commission. The defendant argued that the Norwegian court lacked jurisdiction, since Article 5(1) would lead to forum shopping if applicable on all payment obligations under the contract. The defendant also argued that the place of performance of the payment claim for commission was in Denmark and that Norwegian domestic law was inapplicable to an international contract.

The Norwegian Supreme Court held that the law applicable to the contract was Norwegian law and that the place of performance of payment obligations under Norwegian law is at the creditor's domicile. The Court added that the decisive obligation providing for jurisdiction under Article 5(1) is the obligation that forms the basis of the plaintiff's claim. Consequently, the Norwegian courts had jurisdiction under Article 5(1) to decide the agent's claim for commission.

The Norwegian Supreme Court delivered its second judgment concerning Article 5(1) of the Lugano Convention on 18 February 2002.¹² A Norwegian company instituted proceedings under Article 5 (1) in Norway against the bankruptcy estates of two Swedish companies. The plaintiff asked the court for a declaration of the non-existence of debts relied on by the defendants. The parties agreed that the place of performance of the obligation in question should be determined in accordance with Norwegian law. The Norwegian company argued that the place of performance of the alleged debts to be discharged was in Norway according to the Norwegian Statute on Financial Contracts (the debtor's domicile), whereas the defendants argued that that place was in Sweden under the Norwegian general rules on place of payment (the creditor's domicile).

The Norwegian Supreme Court held after examination of the explanatory report of the Norwegian Statute on Financial Contracts and the Community Directive 97/5 on cross-border credit transfers that the statute provided for payment at the creditor's bank. The defendants' bank had its seat in Sweden. Thus, the Supreme Court concluded that the Norwegian courts lacked jurisdiction under Article 5(1) of the Lugano Convention.

¹¹ Published in Norsk retstidende 2001, p. 1567-1569. Information No. 2002/49

¹² Published in Norsk retstidende 2002, p. 199-203. Information No. 2002/53

b) La Cour d'appel d'Innsbruck¹³ a été saisie d'un litige relatif à une convention de time-sharing.

Le demandeur réclame au défendeur qui se trouve être une société dont le siège est en Allemagne, des dommages et intérêts pour défaut d'exécution de ses obligations concernant un bien situé en Autriche.

La compétence du tribunal initialement saisi a été fondée sur les articles 16.1, 13.3, 14 et 5.1. de la Convention de Lugano.

Pour rappel:

l'article 16.1.a. vise, notamment et en substance, les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles qui fondent la compétence exclusive de la juridiction du lieu de l'Etat où le bien est situé.

l'article 13.3. vise, notamment et en substance, les contrats ayant pour objet la fourniture de services à des consommateurs. Par application de l'article 14, l'action intentée par le consommateur peut être intentée soit devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel il est domicilié l'autre partie, soit devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

l'article 5.1. dispose notamment que le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré dans un autre Etat contractant, en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

Les arguments avancés de part et d'autre étaient les suivants:

le contrat de "time-sharing" ne confère aucun droit réel immobilier;

Le contrat de "time-sharing en cause n'est pas un contrat de louage d'immeuble parce que le bien immobilier appartient à un tiers et que la partie défenderesse s'est "bornée" à s'engager à le mettre à disposition du demandeur;

pour le motif que les services prévus au contrat doivent être fournis par un tiers et non par la partie défenderesse, on ne peut non plus parler de convention de fourniture de services entre les deux parties au litige;

il n'existe pas de relation contractuelle entre la demanderesse et la défenderesse de sorte que l'article 5.1. de la Convention ne peut trouver à s'appliquer.

La juridiction initialement saisie du litige a constaté qu'après avoir acquis le droit d'utilisation d'un bien immeuble, l'acquéreur a également acquis le droit de mettre à la disposition d'un tiers son droit d'utilisation en échange d'un autre droit d'utilisation. La même juridiction a également constaté que ce droit d'utilisation avait été cédé.

¹³ Information No 2002/18

Par conséquent, conclut cette juridiction, la première caractéristique du contrat en question est le transfert d'un droit d'utilisation d'un immeuble contre rémunération. Il en découle, selon la juridiction, que l'article 16.1.a. de la Convention de Lugano est applicable en l'espèce.

La Cour d'appel saisie du litige commence par rappeler que par application de la Convention de Lugano, il appartient à la juridiction de vérifier d'office si elle est compétente et, partant, qu'elle n'est pas liée par les arguments développés par les parties.

La Cour relève ensuite que le tribunal initialement saisi du litige a fait une analyse correcte du contrat et a pu en déduire que les éléments de celui-ci étaient visés par l'article 16.1.a. de la Convention de Lugano.

La Cour observe cependant que cette dernière constatation ne doit pas mener à la conclusion selon laquelle la compétence de la juridiction saisie peut se fonder sur l'article 16.1.a., précité.

En effet, il résulte des affirmations de la demanderesse que sa demande repose sur la non-exécution par la défenderesse, non pas de la convention de time-sharing proprement dite mais de la non-exécution d'un engagement aux termes duquel les droits de temps partagés (bail) des anciens clients seraient repris un tiers. La relation en cause n'est donc pas un louage de bien immobilier, mais un engagement aux termes duquel un tel droit serait attribué par un tiers.

Il n'est pas possible de faire rentrer une telle obligation dans le champ de l'article 16.1.a., mais il y a lieu de faire application de l'article 5.1. qui fonde la compétence internationale de la même juridiction. La notion de "matière contractuelle" doit être entendue dans un sens large et l'indemnisation réclamée par le demandeur entre dans le champ de cette disposition.

En ce qui concerne la détermination du lieu de l'exécution de l'obligation, il y a lieu de faire application du droit international privé autrichien. Selon ce droit, le lieu de l'exécution est déterminé par l'accord des parties et, à défaut d'accord, par la nature et l'objet de l'engagement. En l'occurrence, le lieu d'exécution est le lieu où le droit d'utilisation de l'immeuble devrait être exercé (Autriche) et le tribunal initialement saisi était donc bien compétent, bien qu'il ait fondé sa compétence d'une manière erronée.

En matière de convention de "time sharing", la question du for et du droit applicable lorsque des personnes acquièrent des droits d'utilisation à temps partiel sur un immeuble situé à l'étranger est complexe. Les avis divergent sur ce point quant à l'interprétation de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. A cet égard, la qualification de ces droits d'utilisation est déterminante. L'une des thèses plaide en faveur de l'application de la protection générale des consommateurs lors de la conclusion d'un contrat. Ainsi, le consommateur peut poursuivre en justice l'autre partie au contrat non seulement à son domicile ou à son siège, mais aussi à son propre domicile. L'autre thèse déclare que les droits d'utilisation à temps partiel relèvent des droits réels immobiliers. Il en résulte que le juge compétent est celui de l'Etat contractant du lieu de situation de l'immeuble en cause. Dans le cas d'espèce rapporté, la juridiction a détaché l'obligation litigieuse du contrat pour conclure que ce qui était, en réalité, en cause dans le litige soumis était non pas l'exécution d'une convention de time-sharing dont il convenait de déterminer la qualification juridique ainsi que l'avait fait la juridiction initialement première saisie, mais bien une obligation contractuelle "banale" tombant, pour la détermination de la compétence internationale, dans le champ d'application de l'article 5.1.

On peut également observer, en ce qui concerne, la notion de relation contractuelle, que la Cour de Justice des Communautés européennes a toujours affirmé le caractère autonome de la notion de "matière contractuelle" en lui attribuant un contenu "large" (Arrêt Peters, du 22 mars 1983, aff. 34/82).

Enfin, il peut être observé que la décision rapportée s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et, en particulier, de l'arrêt Lieber, du 9 juin 1994, Aff. C-294/92, dans lequel la Cour a dit pour droit qu'il est évident qu'une demande d'indemnisation pour la perte de jouissance d'un immeuble ne peut être invoquée qu'à l'égard du débiteur et qu'elle constitue dès lors un droit personnel.

Article 5(2) (also Article 54)

In a decision dated 5 January 2001, the Polish Supreme Court¹⁴ dealt with a claim brought by a Polish citizen against an Italian citizen for the costs of maintenance during the three-month period close to the time of childbirth and for costs relating to pregnancy and childbirth. While the Court ruled that the jurisdiction rules of the Lugano Convention could not be applied in this case as the proceedings had been instituted in February 1998, the case is of interest for the fact that the Court confirmed that the jurisdiction rules applicable when pursuing ordinary maintenance claims were also capable of being applied to the types of claim at issue given that they were close to maintenance claims in nature. Thus, the claims in question fell within the scope of the relevant provisions of the Lugano Convention. The parallel claim being pursued for the re-imbursment of the relevant pregnancy/childbirth costs also fell within the scope of the Convention but, being a pecuniary claim, would not attract the preferential rules which apply in maintenance cases. (This particular case was referred back to a lower court for reconsideration, particularly in the light of the provisions of relevant international Conventions).

Article 5 (3)

In its decision of 17 October 2001 the Norwegian Supreme Court decided a case concerning certain aspects of Article 5(3) of the Lugano Convention.¹⁵ The case concerned a Swedish broadcasting company that had broadcasted a documentary concerning the seal industry in Norway and the reporter who made the documentary. The programme was received by television viewers in Sweden and Norway. A number of Norwegian seal catchers instituted proceedings in Norway against the broadcasting company and the reporter claiming damages for defamation. The seal catchers relied on Article 5(3) of the Lugano Convention by arguing that the courts of the Contracting State where damage is sustained have jurisdiction and that the plaintiff may choose between instituting proceedings in that State and the State where the event giving rise to the damage occurred. The defendants argued that such an interpretation of Article 5(3) would lead to forum shopping and that Article 5(3) should not be applicable to broadcasting. The defendants finally argued that a Norwegian judgment holding the reporter liable would not be recognized and enforced in Sweden due to public policy (freedom of speech).

The Norwegian Supreme Court relying on ECJ Case 21/76 (Bier) and ECJ Case C-68/93 (Fiona Shevill) found that the Norwegian courts did have jurisdiction. The Court added that the question whether the Norwegian judgment would be against public policy in Sweden had no importance in relation to the question of jurisdiction.

¹⁴ Information No 2002/56

¹⁵ Published in Norsk retstidende, 2001, p. 1322-1331. Information No 2002/48.

Article 6.1

Le demandeur¹⁶, domicilié en Allemagne, poursuit le défendeur n° 2, domicilié en Suisse en vue d'obtenir le remboursement d'un montant payé à celui-ci en sa qualité d'administrateur d'une société d'investissement.

Les motifs de la demande sont les suivants:

Le demandeur a participé à un fonds d'investissements exploité par une société allemande, dont le gérant est le défendeur n° 1, domicilié en Allemagne. Le défendeur n° 2 avait la qualité d'administrateur de cette société. Le demandeur a versé le montant d'une souscription sur un compte indiqué par la société allemande. Ultérieurement, le demandeur a retiré son dépôt mais n'a obtenu aucun paiement de la société qui, entre-temps, avait été radiée du registre du commerce. Il a donc attrait devant une juridiction allemande, le défendeur n° 1 (gérant de la société) et le défendeur n° 2 (administrateur de cette même société).

En première instance, le demandeur a obtenu gain de cause.

Le défendeur n° 2 a introduit un recours en révision fondé sur la contestation de la compétence de la juridiction allemande au regard de l'interprétation à donner à l'article 6.1. de la Convention de Lugano.

Pour rappel, cet article dispose, en substance que le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant, peut, s'il y a plusieurs défendeurs, être attrait devant le tribunal du domicile de l'un d'entre eux.

La Cour fédérale allemande expose ainsi son raisonnement:

La question de la compétence internationale de la juridiction concernant une demande formulée contre le défendeur n° 2 domicilié en Suisse doit être appréciée au regard de l'article 6.1. de la Convention de Lugano.

¹⁶Information No 2002/28

La jurisprudence de la Cour de Justice relative à l'application de la Convention de Bruxelles, doit être prise en considération, par application du Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la Convention de Lugano.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de Justice que l'application de l'article 6.1., de la Convention de Bruxelles, requiert une connexité des différentes demandes d'un demandeur à l'égard de plusieurs défendeurs afin d'éviter des décisions judiciaires contradictoires.

En ce qui concerne les conditions requises pour qu'une telle connexité soit présente, la Cour de Justice a dit pour droit que la connexité requise n'existe pas lorsque deux conclusions déposées dans le cadre d'une même demande visant à obtenir des dommages et intérêts contre plusieurs défendeurs sont fondées, respectivement sur une base contractuelle pour l'une et sur une base délictuelle pour l'autre.

Or, dans le cas d'espèce, cette condition de la connexité n'est pas présente et, par conséquent, la compétence des juridictions allemandes ne peut être retenue.

A propos de la condition de connexité, on peut relever que l'arrêt Kalfelis de la Cour de Justice des Communautés européennes du 27 septembre 1988 a mis en exergue cette condition qui ne résulte pas directement des termes de l'article 6.1. mais se déduit de son esprit qui tend à éviter que le demandeur utilise cette disposition pour soustraire à son juge naturel le co-défendeur qui n'a pas son domicile dans l'Etat du for saisi.

Article 10

The decision of 8 February 2002 delivered by the Norwegian Supreme Court concerned a Cypriot ship that was lost in the North Sea and caused pollution of the Norwegian coast.¹⁷ The ship was insured by an English company. The Norwegian State claimed compensation for expenses covering the clean-up and instituted proceedings in Norway against the shipping company which accepted the jurisdiction of the Norwegian courts, and the insurer under Article 10(2) and Article 9 of the Lugano Convention. Both Norwegian and English law provided for direct actions. However, the insurer contested the jurisdiction of the Norwegian courts arguing that English law did not provide for direct action against the insurer taking the circumstances of the facts into consideration.

The Norwegian Supreme Court found that the question whether direct actions are permitted shall be determined by the *lex causae* in accordance with the choice of law rules of the forum. The Norwegian choice of law rules led to application of Norwegian law.

Articles 13 (1), 14 and 52

The Norwegian Supreme Court took in its decision of 21 January 2002 a stand on a consumer contract.¹⁸ A Norwegian credit card company instituted proceedings against a consumer in Norway under Article 14 of the Lugano Convention. The consumer contested the jurisdiction pointing out that he was no longer domiciled in Norway.

The Norwegian Supreme Court found that the question of whether the defendant was still domiciled in Norway should be determined by Norwegian law in accordance with Article 52 of the Lugano Convention. The Court added while referring to Article 13(1) of the Lugano Convention that a credit card contract in general is not covered by the scope of application of

¹⁷ Published in Norsk retstidende, 2002, p. 180-187. Information No 2002/52.

¹⁸ Published in Norsk retstidende 2002, p. 82-84. Information No 2002/51.

the rules on consumer contracts. Consequently, the issue of jurisdiction should be decided on the basis of Article 2.

Article 17, para 1

- a) In a judgment given in July 2000¹⁹, the English High Court of Justice had to determine the scope of a jurisdiction clause in a power of attorney where that power contained a Swiss choice of law clause and a jurisdiction clause in favour of the canton of Zurich. The claimant in question was the beneficiary of a Swiss bank account who had executed a power of attorney in respect of dealings with the bank in favour of his father who, in turn, had executed a substitute power of attorney in favour of the defendant. Alleging misappropriation of funds, he initiated proceedings in the United Kingdom against the defendant, who was domiciled there at the time, against a background where the primary claim was for breach of trust or breach of fiduciary duty. In applying to have the case struck out, the defendant argued that the English courts lacked jurisdiction and that, in accordance with Article 17 of the Lugano Convention, any case must be brought in Switzerland.

During the hearing, evidence was tendered to the effect that the concept of beneficial ownership does not exist under Swiss law which recognises only one type of title which is legal title. The argument was also made that the sole relationship between the claimant and the defendant, in relation to the bank account, was the contractual one of the donor and donee of a power of attorney onto which English concepts of fiduciary duty and trusts assets could not be engrafted. The matter being contractual in nature, the effect of the jurisdiction clause was that disputes arising out of or in connection with the power of attorney must be brought before the relevant Swiss court. On the basis of the evidence presented and the surrounding factual matters, the judge in the case concluded that the claimant's case concerning the jurisdiction of the English court was likely to fail and discharged an ex parte freezing order which had been granted previously.

In its decision of 29 November 2001 the Norwegian Supreme Court examined a jurisdiction clause in a contract between a Norwegian and an Austrian company.²⁰ According to the clause the plaintiff had the right to choose the competent court. The choice was not limited to the courts of the seat/domicile of the parties. Consequently, the plaintiff could even choose a court in a non-Contracting State. The Norwegian plaintiff instituted proceedings in Norway relying on the jurisdiction clause. However, the defendant contested the jurisdiction by arguing that the clause was invalid under Article 17(1) of the Lugano Convention since the clause did not explicitly provide for jurisdiction for courts in a Contracting State.

The Norwegian Supreme Court held the clause invalid, since the jurisdiction clause did not refer to the courts of a Contracting State. The Court pointed out that the clause gave jurisdiction to an unlimited number of courts whether situated in a Contracting State or a non-Contracting States and that it therefore was not sufficiently predictable to be upheld.

- b) En août 1998, A et B, domiciliés dans la Principauté de Monaco²¹, d'une part et C et D agissant pour compte d'une société de droit autrichien, X, établie en Autriche, ont signé une convention par laquelle X désigne A en qualité de mandataire intérimaire et B en qualité de "sous-mandataire", moyennant paiement d'honoraires.

¹⁹[2001] I. L. Pr. 396. Information No 2002/40

²⁰Published in Norsk retstidende 2001, p. 1570-1574. Information No 2002/50.

²¹Information No 2002/24

La convention précise qu'elle est soumise au droit matériel suisse et que les juridictions de Zurich sont seules compétentes.

Les honoraires convenus ont cessé d'être payées par X, ce qui a conduit A à citer X devant le tribunal de Zurich en vue d'obtenir le paiement des sommes dues et des intérêts.

Le tribunal initialement saisi s'est déclaré incompétent, pour le motif que X n'est pas valablement représenté par C et D et, partant, que la clause d'élection de for, contenue dans la convention ne peut trouver à s'appliquer.

La juridiction d'appel a réformé le jugement pour le motif suivant : De l'avis de la juridiction d'appel, la défenderesse, X, était bien valablement représentée par C et D, agissant en qualité d'organe de X, de sorte que la clause d'élection de for était bien valable et partant, que les juridictions de Zurich étaient bien compétentes.

Le défendeur porte le litige devant le tribunal fédéral en vue d'obtenir l'annulation de la décision de la juridiction supérieure.

Le raisonnement du tribunal fédéral est ainsi développé:

Dans la décision attaquée de la juridiction supérieure, la compétence est fondée sur la clause d'élection de for de la convention intervenue entre les parties et l'article 17 de la Convention de Lugano.

Pour rappel, cet article dispose, en substance et notamment, que les clauses d'élection de for sont, en principe valables lorsqu'une au moins des parties a son domicile sur le territoire d'un Etat partie à la Convention de Lugano et que la convention d'élection de for est conclue par écrit.

Le défendeur reproche à la juridiction d'appel d'avoir méconnu que, par application du droit autrichien, la décision d'une société concernant la désignation d'un gérant est soumise à une obligation d'inscription qui, en l'occurrence, est défailante. En d'autres termes, la juridiction d'appel aurait fait une mauvaise application du droit autrichien.

Le tribunal fédéral constate que l'article 17 de la Convention de Lugano ne règle pas la capacité de contracter des parties, ni la question de la validité de la représentation de celles-ci.

Puisque la Convention de Lugano ne règle pas cette question, il y a lieu de faire application du droit national. Par application du droit international privé suisse, les sociétés sont régies par le droit de l'Etat dans lequel elles sont organisées. En l'occurrence, c'est le droit autrichien qu'il y a lieu d'appliquer.

Selon le droit autrichien tel qu'il a été considéré par la juridiction de première instance et qui ne peut plus être reconsidéré par le tribunal fédéral, la désignation d'un gérant d'une société GMBH est faite par la décision des associés. Lorsque, comme en l'espèce, il y a un associé unique, sa volonté coïncide avec la volonté des organes habilités à représenter la société.

Le grief du défendeur qui l'amène à contester les constatations de la juridiction d'appel n'est pas recevable.

La décision attaquée est, par conséquent, confirmée.

Toute la philosophie de l'article 17, dont il a été fait une exacte application en l'espèce, est résumée en une phrase qu'on trouve dans l'arrêt Benicasa de la Cour de Justice des Communautés européennes, du 3 juillet 1997, aff. C-269/95, selon laquelle l'article 17 a pour objectif de désigner d'une manière claire et précise une juridiction d'un Etat contractant qui soit exclusivement compétente conformément à l'accord de volonté des parties, exprimé selon les conditions de forme strictes y énoncées.

Reste que comme il est dit dans la décision, la Convention de Lugano ne règle pas la détermination de la loi applicable à l'appréciation de la clause d'élection de for au fond. Dans le silence du texte, l'opinion développée par l'avocat général Slynn dans l'affaire Elefanten Schuh, du 29 juin 1981, aff. 150/80, en faveur de la loi du tribunal désigné paraît satisfaisante.

Article 24

In a decision dated 6 April 2001, the Polish Supreme Court²² considered an application to appoint a court to which a German company could submit an application for a preliminary ruling in order to secure claims lodged against a number of other companies in relation to a disputed share transaction. Some of these companies were based in Germany, others were based in Poland and the substantive action was being tried before a court in Cologne. The Polish Supreme Court confirmed that Article 24 was applicable and that the Polish Courts had jurisdiction to entertain an application to implement provisional measures, including preliminary measures, even where the main action was taking place elsewhere. However, the Court declined to appoint a court to which the application might be submitted. Jurisdiction in this instance was to be determined by reference to the relevant provisions of the Code of Civil Procedure and, as interpreted by the Court, those provisions pointed to the fact that the competent court (both from a geographical and substantive point of view) was the court in whose jurisdiction the adjudication of an action in the first instance would fall if such action were to be instigated before a Polish court. The combined effect of both the Code and the Lugano Convention was such as to enable the appropriate court to be identified and further intervention by the Supreme Court would, therefore, not be warranted.

²² Information No 2002/57