

VD_FINDINFO Jug-inc / 2010 / 56 vom 2. Juli 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-07-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Jug-inc___2010___56

FR: VD_FINDINFO Jug-inc / 2010 / 56 du 2 juillet 2010

IT: VD_FINDINFO Jug-inc / 2010 / 56 del 2 luglio 2010

Regeste

DROIT D'ÊTRE ENTENDU, COMPÉTENCE, PROROGATION DE FOR, LITISPENDANCE, CONNEXITÉ MATÉRIELLE | 17 ch. 1 CL, 18 CL, 21 CL, 22 CL, 5 ch. 3 CL, 6 ch. 1 CL, 119 CPC, 149 al. 4 CPC, 177 al. 1 CPC, 29 al. 2 Cst., 9 al. 2 LDIP

Erwägungen

E. 1

er novembre 2005, S. c. E. Sàrl). Il est vrai que dans son avis du 7 juillet 2009, le juge de céans a précisé qu'"en l'état du dossier", il renonçait à tenir une audience, mais ceci n'excluait pas la tenue d'une audience d'audition de témoin au vu d'éléments nouveaux apportés par les parties. Le témoignage écrit produit le 10 septembre 2009 sous pièce n° 400 doit dès lors être retranché du dossier. b) L'intimée requiert le retranchement des pièces 324 et 325 au motif qu'elles auraient été produites tardivement, alors que l'instruction était déjà close. Le déclinatoire et l'exception de litispendance tendant à la suspension de la procédure sont soumis à la procédure incidente des art. 145 ss CPC (art. 59 CPC, respectivement art. 120 et 123 al. 2 CPC et JI-Cciv., 14 avril 2008, n° 49/2008). Il s'agit d'une procédure orale et sommaire, à laquelle l'art. 4 CPC ne s'applique pas; le juge peut donc se fonder sur des faits non allégués par les parties. La procédure incidente s'apparente ainsi à la procédure sommaire des art. 346 ss CPC qui, en imposant l'instruction d'office (art. 352 al. 2 in fine CPC), consacre une forme de maxime inquisitoire limitée comparable à celle existant en droit fédéral (Crec., 24 novembre 2004, n° 742). Compte tenu de cette similitude entre procédures incidente et sommaire, la Chambre des recours considère que lorsqu'elle est saisie d'un recours en réforme contre un jugement incident du juge instructeur de la Cour civile, son pouvoir d'examen et d'instruction est régi non pas par l'art. 457 CPC, mais par les art. 452 al. 1ter et 456a CPC, applicables par analogie (Crec., 24 novembre 2004, n° 742; JT 2003 III 16 c. 2a; Crec., 11 juillet 2001, n° 287; plus récemment, Crec., 13 décembre 2006, n° 809). L'art. 456a CPC permet, sous certaines restrictions, de procéder à une instruction complémentaire en seconde instance, notamment s'il apparaît que le premier juge a violé des obligations découlant de la maxime d'office applicable dans certaines procédures civiles (Crec., 29 octobre 2004, n° 790; JT 2003 III 16 c. 2b). En procédure incidente, il n'y a pas de disposition qui indiquerait que passé un certain stade, le cadre du procès serait définitivement fixé, les parties étant privées de la possibilité d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux. La déclaration de clôture de l'instruction signifie tout au plus que le juge considère la cause comme suffisamment instruite et informe les parties qu'il va prochainement statuer sur la base du dossier en l'état. Aucune règle n'empêche le juge de tenir compte d'éléments supplémentaires portés à sa connaissance par les parties entre cette déclaration de clôture et la prise de décision incidente, si ce n'est le droit d'être entendu des parties (cf. infra c. 2a). A cette condition, les pièces produites par les requérantes et leurs

déterminations y relatives sont donc admissibles. En l'occurrence, cette condition est réalisée. L'intimée a eu connaissance des pièces 324 et 325 et des explications des parties adverses; même si elle s'est opposée à la production de ces pièces, elle s'est déterminée sur celles-ci dans ses correspondances des 29 janvier, 3 février et 2 mars 2010. Il est en outre conforme au principe d'économie de la procédure (art. 1 al. 3 CPC) d'admettre la production de ces pièces. La requête en retranchement des pièces 324 et 325 est dès lors rejetée.

E. 2

En cours de procédure incidente, A. _____ GmbH et B. _____ AG (ci-après : les requérantes) ont demandé que leur soit imparti un délai pour répliquer; elles ont invoqué une violation de leur droit d'être entendu. a) Selon le Tribunal fédéral, l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (ci-après Cst. féd. – RS 101) garantit à toute personne le droit de s'expliquer avant qu'une décision étatique ne soit prise à son détriment, le droit d'accéder au dossier, d'offrir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, de participer à l'administration des preuves et de se déterminer à leur propos. Pour une partie à un procès, le droit d'être entendu inclut celui de prendre connaissance de toute observation ou pièce soumise au tribunal et de se déterminer à son propos, que l'écriture ou le document contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, ou qu'il soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à intervenir. Il appartient en effet d'abord aux parties, et non à l'autorité, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments importants, appelant des observations de leur part. Les parties doivent pouvoir, à cette fin, s'exprimer dans le cadre de la procédure; cela nécessite que la possibilité leur soit concrètement offerte de faire entendre leur point de vue. En ce sens, dans toutes les procédures judiciaires, y compris celles qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CEDH – RS 0.101), les parties jouissent d'un droit à la réplique. Si le droit de procédure applicable prévoit que l'instruction ne comprend, en principe, qu'un seul échange d'écritures, l'autorité peut se borner à communiquer la prise de position ou la pièce nouvelle à titre d'information, sans avis formel de la possibilité de répliquer. Pour autant que la clôture de l'instruction ne soit pas ordonnée simultanément, la partie destinataire est ainsi mise en situation de faire usage de son droit de répliquer; si elle s'en abstient, elle est censée y avoir renoncé après l'écoulement d'un certain délai (TF 4D_94/2008 du 1^{er} septembre 2008, c. 4.1; cf. aussi ATF 133 I 98, JT 2007 I 379; ATF 133 I 100 c. 4.3 à 4.6, JT 2008 I 368). Dans une affaire concernant un acte de recours, le Tribunal fédéral a précisé que la partie qui entend répliquer doit, sans retard, ou bien requérir l'autorisation de se déterminer, ou bien adresser sa réplique au tribunal. Il ne suffit pas de demander préventivement la possibilité de répliquer. Il faut réagir après la notification de la réponse ou de la prise de position de l'autre partie, en fonction de celle-ci. Un complément de l'acte de recours n'est admissible que dans la mesure où les éléments de la réponse le justifient. Il est exclu que le recourant présente après la fin du délai de recours des conclusions et griefs qu'il pouvait déjà faire valoir dans son acte de recours (ATF 132 I 42 c. 3.3.4, JT 2008 I 110). b) En procédure vaudoise, l'art. 147 al. 2 CPC dispose que le juge saisi d'une requête incidente la notifie à l'intimé et cite les parties à comparaître à bref délai. Toutefois, après interpellation des parties, le juge peut remplacer l'audience par un échange d'écritures unique et à bref délai (art. 149 al. 4 CPC). L'échange d'écritures ne remplace pas les plaidoiries, mais l'audience elle-même. Le juge peut prendre une telle décision même sans l'accord des parties (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} éd., note ad art. 149 CPC). c) En l'occurrence, les requérantes ont d'emblée fait valoir

un droit de réplique in abstracto (courrier du 14 juillet 2009). Le 4 novembre 2009, elles ont renoncé à déposer un mémoire incident, se référant à leur requête initiale du 3 juin 2009, tout en précisant qu'elles entendaient se déterminer sur le mémoire à déposer par l'intimée. Le 24 novembre 2009, après avoir eu connaissance de l'écriture déposée par l'intimée le 19 novembre 2009, elles ont demandé l'octroi d'un délai pour se déterminer. Par avis du 25 novembre 2009, le Juge instructeur leur a signifié que l'instruction était close, que ce serait agir contra legem que d'instaurer un nouvel échange d'écritures et que la décision incidente leur parviendrait prochainement. Le 27 novembre 2009, les requérantes ont invité le juge à reconsidérer sa décision et à leur fixer un délai de réplique, ce que le juge n'a pas fait. La position exprimée dans l'avis du 25 novembre 2009 est erronée, en ce sens que même si l'art. 149 al. 4 CPC ne prévoit qu'un seul échange d'écritures, l'art. 29 al. 2 Cst. féd. garantit à la partie requérante le droit de répliquer au mémoire de la partie intimée. Cela étant, on ne saurait conclure en l'espèce à une violation du droit d'être entendu. L'instruction a certes été déclarée close, mais comme déjà dit, cette déclaration signifiait que le juge s'estimait suffisamment renseigné et qu'il se proposait prochainement de statuer sur la base du dossier en l'état. Or tel n'est pas ce qui s'est produit. Plusieurs mois se sont écoulés entre l'avis du 25 novembre 2009 et la prise de décision. Dans l'intervalle, les requérantes ont produit de nouvelles pièces, tout d'abord le 22 janvier 2010, puis le 1^{er} mars 2010, sans que le Juge instructeur ne s'y oppose en invoquant la clôture de l'instruction. Certes, le Juge instructeur n'a pas réagi à leur demande de revoir sa décision et de leur fixer un délai de réplique. Mais les requérantes, assistées d'un avocat breveté, avaient connaissance de leur droit de produire spontanément une réplique. De même, elles savaient que la déclaration de clôture de l'instruction n'avait pas, comme dans d'autres procédures (cf. ATF 132 I 42 c. 3.2.1, JT 2008 I 110, concernant une procédure administrative bernoise), pour effet de priver les parties du droit d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux, droit qu'elles ont précisément exercé, en relevant dans leur courrier du 1^{er} février 2010 que le pouvoir d'instruction d'office en procédure incidente permettait la production de pièces nouvelles, pour contrer l'argument de clôture de l'instruction qu'avait invoqué l'intimée. Ni le courrier du 22 janvier 2010, ni les courriers ultérieurs des requérantes ne font plus allusion à une volonté de répliquer. Au vu du temps écoulé après l'avis du 25 novembre 2009 et de la connaissance que les requérantes avaient de leur droit de déposer spontanément une écriture de réplique nonobstant la déclaration de clôture de l'instruction, il faut inférer qu'elles ont renoncé en connaissance de cause à exercer un tel droit.

E. 3

BGB; Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, 3^{ème} éd., Olzen [cité ci-après : Olzen], nn. 22-24 ad § 690 et n. 11 ad § 693 ZPO). En cas d'opposition, il faut que le requérant ou l'intimé demande la mise en œuvre de la procédure contentieuse. Il n'y a pas de délai pour former une telle demande (§ 696 al. 1 ZPO et Olzen, op. cit., nn. 2 et 5 ad § 696 ZPO). Il est possible de ne faire porter la procédure contentieuse que sur une partie seulement de la prétention invoquée dans le "Mahntrag" (Olzen, op. cit., n. 2 ad § 696 ZPO). Si la prétention initialement invoquée dans la "Mahnverfahren" est modifiée dans la "Streitverfahren", elle bénéficiera de l'interruption de la prescription conférée par la notification du "Mahnbescheid" pour autant que les prétentions ne diffèrent pas de manière essentielle et poursuivent le même but final (Olzen, op. cit., n. 13 ad § 693 ZPO). Si la mise en œuvre de la procédure contentieuse est requise, le tribunal qui a décerné l'injonction de payer transmet d'office la cause au tribunal indiqué dans l'injonction de payer ou au tribunal sur lequel les parties se seront mises d'accord. La transmission de la cause

n'est pas attaquant. A réception des actes par le tribunal à qui la cause est transmise, celle-ci est tenue pour pendante (anhängig) devant ce tribunal (§ 696 al. 1 ZPO). La réception des actes par le tribunal marque la fin de la "Mahnverfahren" et le début de la procédure contentieuse (Olzen, op. cit., n. 13 ad § 696 ZPO). Lorsque la cause a été transmise peu après (alsbald) la formation de l'opposition, la litispendance de la cause contentieuse est réputée survenue à la notification de l'injonction de payer (§ 696 al. 3 ZPO : die Streitsache gilt [...] als rechtshängig geworden). La loi ne précise pas quand survient la litispendance si la cause n'a été transmise qu'après un certain temps (nicht alsbald); selon l'opinion majoritaire, est déterminant le moment de réception des actes par le tribunal à qui la cause est transmise (Olzen, op. cit., nn. 24-27 ad § 696 ZPO; Zöller, Zivilprozessordnung, 26^{ème} éd., Vollkommer [cité ci-après Vollkommer], nn. 5-6 ad § 696 ZPO; Bundesgerichtshof du 16 novembre 2006, IX/ZR 206/03). La requête de mise en œuvre de la procédure contentieuse peut être retirée jusqu'à ce que l'intimé procède sur le fond à l'audience (bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Antragsgegners zur Hauptsache). En cas de retrait, la cause contentieuse est réputée ne pas avoir été pendante (§ 696 al. 4 ZPO). Le tribunal à qui la cause est transférée n'est pas lié quant à sa compétence (§ 696 al. 5 ZPO). Ce même tribunal doit sans délai inviter le requérant à motiver sa prétention dans un délai de deux semaines dans la forme correspondant à une demande (Klageschrift) (§ 697 al. 1 ZPO). A réception de la motivation de la demande en justice (Anspruchsbegründung), il convient de procéder comme après la réception d'une demande (Klageschrift) (§ 697 al. 2 ZPO). Si la motivation ne parvient pas en temps utile, le délai pour l'audience ne peut être fixé que sur réquisition de l'intimé. En fixant un tel délai, le président impartit encore au requérant un délai pour motiver sa prétention (§ 697 al. 3 ZPO). L'intimé peut retirer son opposition jusqu'à ce qu'il procède sur le fond à l'audience (§ 697 al. 4 ZPO). S'agissant de la procédure ordinaire devant les "Landgerichte", l'action est ouverte par la notification d'une demande (Klageschrift). La demande doit notamment contenir l'indication précise de l'objet et du fondement de la prétention invoquée, ainsi que des conclusions déterminées (§ 253 al. 1 et al. 2 ch. 2 ZPO). Selon le § 261 ZPO, l'ouverture de l'action fonde la litispendance de la cause litigieuse. La litispendance d'une prétention formée en cours de procès a lieu au moment où la prétention est invoquée à l'audience ou au moment où une écriture conforme au requisit du § 253 al. 2 ch. 2 est notifiée. La litispendance a les effets suivants : 1. Pendant la durée de la litispendance, aucune partie ne peut engager une procédure ailleurs. 2. La compétence du tribunal n'est pas remise en cause par une modification des circonstances qui l'ont fondée. g4) En l'occurrence, le 25 janvier 2008, l'Amtsgericht a émis contre A. _____ GmbH, sur réquisition de C. _____ SA, une injonction de payer le montant de 5 millions d'euros à titre de dommages-intérêts fondés sur le contrat de licence de 1960. Suite à l'opposition de A. _____ GmbH, C. _____ SA a demandé la continuation de la poursuite par voie contentieuse devant le Landgericht Dortmund; elle a payé le coupon de justice pour une valeur litigieuse de 250'000 euros. Le 15 août 2008, C. _____ SA a déposé une motivation (Anspruchsbegründung) dans laquelle elle a requis la restitution d'une perceuse et de divers moules en invoquant son droit de propriété pour une valeur litigieuse de 250'000 euros. Le 10 octobre 2008, A. _____ GmbH a déposé une écriture dans laquelle elle oppose un droit de rétention fondé sur diverses créances, qui font en outre partiellement l'objet de conclusions reconventionnelles. Dans une écriture du 27 octobre 2008, C. _____ SA a augmenté ses conclusions en demandant la restitution d'une série d'objets supplémentaires; elle a en outre contesté les créances invoquées par A. _____ GmbH à titre de droit de

rétention, en relevant que la créance en paiement du stock ne pouvait découler que du contrat de licence et qu'à cet égard, seuls les tribunaux suisses étaient compétents. On ne saurait déduire de ces éléments l'existence d'une prorogation tacite en faveur des tribunaux allemands. Il est vrai qu'avant de déposer devant la justice vaudoise un acte introductif d'instance (art. 119 al. 1 let. a CPC) le 12 février 2008, C. _____ SA a requis et obtenu que les autorités allemandes délivrent contre A. _____ GmbH une injonction de payer la somme de

E. 5

millions d'euros à titre de dommages-intérêts fondés sur le contrat de licence de 1960. Toutefois, la "Mahnverfahren" permet tout au plus d'interrompre la prescription et d'obtenir un titre d'exécution forcée si la partie adverse ne soulève pas d'opposition en temps utile. Le fait de chercher à recouvrer une créance en dommages-intérêts en Allemagne, où est sise sa prétendue débitrice, ne préjuge pas de la volonté de faire juger cette prétention au fond par des juges allemands. Or si le juge du fond allemand a finalement été saisi de la cause ouverte par un "Mahntrag", il s'avère que la demanderesse a modifié sa prétention, en limitant la valeur litigieuse à 250'000 euros et en requérant la restitution de divers objets en vertu de son droit de propriété. Dès lors que le procès allemand porte sur un problème de droits réels, on ne saurait interpréter le comportement des parties, et en particulier de C. _____ SA, comme une renonciation à la compétence des tribunaux suisses convenue dans le contrat de 1960. Dans une écriture ultérieure du 27 octobre 2008, celle-ci a certes discuté des créances invoquées par A. _____ GmbH comme fondement d'un droit de rétention, mais elle a réservé la compétence des tribunaux suisses en tant qu'elle jugeait l'une d'elles fondée sur le contrat de licence, en relevant qui plus est qu'elle ne faisait pas l'objet d'une conclusion reconventionnelle. Au demeurant, à cette date les tribunaux suisses étaient déjà saisis. On ne peut rien déduire non plus du fait que A. _____ GmbH a demandé la mise en œuvre de la procédure contentieuse pour le solde de 4,75 millions d'euros réclamés dans le "Mahntrag" au titre de dommages-intérêts fondés sur le contrat de licence. C. _____ SA n'a en effet pas déposé d'écriture devant le juge du fond, et l'action a été rejetée par défaut. On ne saurait ainsi prêter à C. _____ SA la volonté de renoncer à la compétence des tribunaux suisses pour les litiges liés au contrat de licence. En bref, les parties n'ont pas renoncé à la clause de prorogation de for prévue dans le contrat de 1960. C. _____ SA était fondée à ouvrir action contre sa cocontractante A. _____ GmbH devant les tribunaux suisses et en choisissant la Cour civile, elle a agi de manière conforme à la bonne foi. h) La Cour civile est également compétente en vertu de l'art. 5 ch. 3 CL. Selon cette disposition, le défendeur peut être attiré, en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit. Il s'agit de créer un for spécial sur la base d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction appelée à en connaître en vue de l'organisation utile, en particulier des preuves (Donzallaz, vol. I, n. 5048 p. 341). L'art. 5 ch. 3 CL consacre la théorie de l'ubiquité, en ce sens qu'il vise aussi bien le lieu où le fait générateur a été commis (Handlungsort) que le lieu où le dommage est survenu (Erfolgsort). La CJ définit de façon restrictive le lieu de résultat, en ce sens qu'il s'agit du lieu où le fait causal engageant la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle a produit directement ses effets dommageables à l'égard de celui qui en est la victime immédiate (aff. C-220/88 du 11 janvier 1990 D [...] et T [...] contre H [...] et alii, Recueil 1990 pp. I-00049 ss, § 20). N'entre donc pas en considération le lieu où la victime directe subit des conséquences médiates, pas plus que le lieu où la victime indirecte subit un préjudice (Danthe, Le droit international

privé suisse de la concurrence déloyale, thèse Lausanne 1998, pp. 231-232). Le lieu de résultat se trouve par conséquent là où s'est déroulée la première atteinte illicite directe au bien juridiquement protégé (JI-Cciv., 18 juillet 2006, N. SA c. C. BV). En cas de diffamation au moyen d'un article de presse diffusé dans plusieurs États contractants, la victime peut intenter contre l'éditeur une action en réparation soit devant les juridictions de l'État contractant du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'État de la juridiction saisie (aff. C-68/93 du 7 mars 1995 S [...], I [...], C [...] SARL et C [...] Ltd contre P [...] SA, Recueil 1995 pp. I-00415 ss, § 33). Selon la doctrine, il s'agit ainsi de distinguer entre l'atteinte ou la lésion, soit la modification intervenue dans l'état de certains biens, et le préjudice, soit la répercussion sur la situation générale de la victime. Cette théorie présente des limites en cas de dommages purement économiques, qui ne s'accompagnent pas de la lésion de certains biens particulièrement protégés (Donzallaz, vol. I, nn. 5130 et 5133 pp. 372 s.). En cas de dommage purement patrimonial, le lieu du résultat ne correspond pas nécessairement au domicile du lésé; si les valeurs patrimoniales concrètement atteintes peuvent être distinguées du reste du patrimoine et localisées de façon suffisamment précises, le lieu où elles se trouvaient lors de l'atteinte est déterminant (cf. par analogie TF 5P.414/2003 du 7 juin 2004 c. 3.2.2 et ATF 125 III 103 c. 3b, JT 2000 I 362). En l'occurrence, les actes invoqués ont trait à la concurrence déloyale et entrent à ce titre dans le champ d'application de l'art. 5 ch. 3 CL (Donzallaz, vol. I., n. 5075 p. 353). Ils consistent en substance en une appropriation de la clientèle de C. _____ SA, respectivement une menace d'appropriation, au moyen d'une exploitation indue de son savoir-faire et par une violation du devoir de livrer à celle-ci en exclusivité. Comme le relève l'ordonnance provisionnelle du 15 avril 2009, entre en particulier en considération l'art. 5 lettre a LCD, selon lequel agit de façon déloyale celui qui exploite de façon indue le résultat d'un travail qui lui a été confié. La demanderesse n'invoque pas la transgression d'un droit absolu, mais une atteinte à son patrimoine, qui ne peut être localisé en l'espèce qu'à son siège social dans le canton de Vaud, à défaut de valeurs patrimoniales susceptibles d'être localisées dans un autre lieu. Peu importe que les actes déloyaux invoqués soient susceptibles d'influer sur différents marchés (Italie, Suisse, Allemagne); encore une fois, dès lors qu'il s'agit d'un dommage purement patrimonial, est décisif le lieu d'atteinte au patrimoine. La compétence de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois est ainsi réalisée (art. 74 al. 2 LOJV). i) B. _____ AG soulève également l'exception d'incompétence. Elle fait valoir que son siège est en Allemagne, qu'elle n'est pas partie au contrat de licence et que la clause de prorogation de for qu'il contient ne lui est pas opposable; qu'au surplus il n'est pas allégué ni établi qu'elle ait commis un acte illicite. C. _____ SA fait valoir que les actionnaires et administrateurs des deux sociétés B. _____ AG et A. _____ GmbH sont identiques et détiennent toutes les parts de chaque société; que B. _____ AG a qualité de co-auteur des agissements dénoncés dans la demande; que B. _____ AG a absorbé A. _____ GmbH, de sorte que les engagements pris par cette dernière aux termes du contrat de licence lient aussi B. _____ AG. ii) Selon l'art. 6 ch. 1 CL, le défendeur domicilié dans un État contractant peut être attrait dans un autre État contractant, pour autant qu'un codéfendeur y soit domicilié. Alors que l'art.

LFors est rédigé de façon plus large et permet une attraction de compétence devant le for prorogé, l'art. 6 CL n'offre pas une telle possibilité (ATF 129 III 80 c. 2.3.4, JT 2003 I 636; Oberhammer, op. cit., n. 18 ad art. 6 CL). i2) Le juge du déclinatoire ne saurait préjuger du mérite de l'action. Lorsque l'examen de la compétence du tribunal se recoupe avec celui du bien-fondé de la demande, il faut se contenter à ce stade d'une apparence de raison (Crec., 27 mars 2007, n° 87/II). En l'occurrence, B. _____ AG est à la tête d'un groupe de sociétés; elle détient 100 % du capital-actions de A. _____ GmbH. [...] et [...] sont administrateurs de la société-mère et membres de la direction de la société-fille. En principe, la société-mère et la société-fille peuvent se prévaloir de leur indépendance juridique même s'il existe entre elles des liens de dépendance tels que la détention, pour la société-mère, de la totalité ou de la majorité du capital-actions de la fille. La société-mère n'a ainsi pas à répondre des engagements de la société-fille (Dennler, *Durchgriff im Konzern*, thèse Zurich 1984, pp. 20 et 22). Toutefois, à certaines conditions, la responsabilité de la société-mère peut être engagée. Ainsi, selon l'art. 722 CO, la société anonyme répond des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter. En vertu de cette disposition, une société-mère d'un groupe d'entreprises peut avoir à répondre des interventions de ses organes dans la gestion des affaires d'une de ses sociétés-filles, pour autant que les actes en question soient illicites ou contraires aux mœurs et que les personnes mises en cause aient agi à la fois en qualité d'organes de la société-mère et de la société-fille (ATF 124 III 297 c. 5a, JT 1999 I 268; Forstmoser, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2^{ème} éd., nn. 711 ss pp. 223 ss). La société dominante peut aussi répondre des actes de son organe dans la gestion de l'entreprise dépendante même si celui-ci n'est pas formellement habilité à le faire (von Büren, *Der Konzern*, *Traité de droit privé suisse*, t. VIII/6, p. 180). Est en outre envisageable un "Durchgriff", consistant à faire abstraction de l'indépendance juridique des sociétés du groupe (principe de transparence). Le Durchgriff se justifie lorsqu'il existe une unité économique et qu'il y a un abus de droit à invoquer l'indépendance juridique de l'entreprise dépendante. Le principe de la bonne foi est violé lorsque l'institution juridique de la personne morale est utilisé de façon contraire à son but (von Büren, op. cit., pp. 171 s.). Le "Durchgriff" suppose que le créancier ne puisse pas obtenir satisfaction sur le patrimoine de la société du groupe avec laquelle il est lié (Dennler, op. cit., p. 32; von Büren, op. cit., p. 174, selon qui il faut une lésion manifeste du créancier). La société mère peut aussi engager sa responsabilité fondée sur la confiance. Selon cette théorie, la responsabilité d'un tiers non partie au contrat peut être engagée lorsqu'il suscite un espoir légitime, qu'il déçoit ensuite de manière contraire à la bonne foi. Il faut qu'il y ait eu entre les parties une relation particulière, soit un rapport spécial de confiance et de fidélité, et qu'en raison du comportement du responsable, qui doit être propre à éveiller des attentes suffisamment concrètes et déterminées du lésé, ce dernier ait pris des dispositions qui lui soient préjudiciables (Werro, *Commentaire romand*, t. I, n. 65 ad art. 41 CO). La jurisprudence pose des conditions restrictives. En principe, le partenaire contractuel d'une société-fille d'un groupe d'entreprises doit apprécier lui-même le degré de confiance qu'elle mérite et ne peut pas simplement mettre le risque qu'il court à la charge de la société-mère. Cette dernière ne garantit pas sans limites le succès de la société-fille et ne répond pas sans autre forme du dommage que le partenaire contractuel peut avoir subi en cas d'insuccès. Ne mérite pas de protection celui qui est victime de la réalisation de risques inhérents aux affaires commerciales. Il n'y a de responsabilité que si une confiance justifiée a été abusivement trompée, notamment si la société-mère a éveillé chez le partenaire contractuel

certaines espoirs quant au comportement et à la responsabilité du groupe et si ces espoirs ont été par la suite déçus de manière déloyale (TF 4A_306/2009 du 8 février 2010 c. 5.1; TF 4C.202/2002 du 30 octobre 2002 c. 4.1; ATF 124 III 297, c. 6a, JT 1999 I 268). Dans la mesure où des organes de B. _____ AG exercent aussi une activité de direction dans la société-fille A. _____ GmbH et que des actes illicites sont reprochés à celle-ci, la responsabilité de la société-mère est susceptible d'être engagée en tout cas à ce titre. S'agissant d'une responsabilité pour violation de règles de droit délictuel et non pour violation des devoirs du droit des sociétés, l'action doit être intentée au for délictuel habituel (Forstmoser, op. cit., nn. 631 et 637 pp. 201 ss), soit en l'occurrence au siège de C. _____ SA, victime de l'atteinte au patrimoine (art. 5 ch. 3 CL). 4. A. _____ GmbH soulève l'exception de litispendance. a) Selon l'art. 21 CL, lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'Etats contractants différents, la juridiction saisie en second lieu surseoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie (al. 1). Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci (al. 2). Cette disposition vise à éviter que les tribunaux des Etats contractants rendent des décisions exécutoires contradictoires et à écarter d'emblée la situation envisagée à l'art. 27 ch. 3 CL, à savoir qu'une décision ne puisse pas être reconnue parce qu'elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat requis (ATF 123 III 414 c. 5, JT 1999 I 251). b) Dans le cas d'espèce, la question d'une éventuelle litispendance ne se pose que pour la présente procédure et la procédure initiée en Allemagne par un "Mahnbescheid" (supra ch. 7a). Les autres procédures sont de nature provisionnelle; or il n'y a jamais identité au sens de l'art. 21 CL entre de telles procédures et une demande au fond (Donzallaz, vol. I, n. 1442 p. 545; Dasser, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, n. 23 ad art. 21 CL). c) Il s'agit tout d'abord de déterminer qui, des tribunaux suisses ou allemands, a été saisi en premier lieu, afin d'établir quel tribunal est compétent au sens de l'art. 21 CL, respectivement quel tribunal doit suspendre la cause (ATF 123 III 414 c. 2b, JT 1999 I 251). c1) L'art. 21 CL ne précise pas selon quel critère un tribunal doit être considéré comme le "premier saisi". En 1984, la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après CJ) a été saisie d'une question préjudicielle dans une affaire où une demande avait été déposée en août 1976 au greffe d'un Landgericht allemand, lequel l'avait notifiée au défendeur en janvier 1977; dans l'intervalle, une demande ayant le même objet et la même cause, attirant le même défendeur devant des tribunaux italiens, avait été notifiée à celui-ci en septembre 1976 (aff. Z [...] c. S [...] du 7 juin 1984, n° 129/83, Recueil de jurisprudence 1984, pp. 2397 ss, § 2). La CJ devait dire si, pour trancher la question de l'autorité saisie en premier, il fallait se fonder sur le moment où la juridiction était saisie de la demande (Anhängigkeit) ou sur celui où l'instance était introduite par suite de notification de la demande au défendeur (Rechtshängigkeit) (§ 5). Dans son arrêt, la CJ relève que les règles de procédure des différents Etats contractants ne sont pas identiques en ce qui concerne la détermination de la date de saisine des juridictions (§ 10). Dans certains Etats tels que la France ou l'Italie, le litige est considéré comme pendant devant la juridiction à partir du moment où l'acte introductif d'instance a été signifié au défendeur (§ 11). En Allemagne, la litispendance naît à partir de la notification de l'acte introductif au défendeur, laquelle est effectuée d'office par la juridiction à laquelle l'acte a été préalablement soumis. La remise de l'acte à l'autorité ouvre une phase dénommée "Anhängigkeit" et joue un rôle en matière de prescription, mais ne crée pas la litispendance (§ 12). Il faut inférer de l'art. 21 que l'obligation de se dessaisir en faveur d'un autre tribunal

ne vient à exister que s'il est établi qu'une demande en justice a été formée définitivement devant la juridiction d'un autre Etat sur le même objet et entre les mêmes parties. Pour le surplus, l'art. 21 ne donne pas d'indication sur les formalités procédurales à prendre en considération pour reconnaître l'existence d'un tel effet; en particulier, il ne donne pas d'indication sur la question de savoir si la litispendance résulte du dépôt d'une requête auprès d'un tribunal ou de la notification de cette requête à la partie concernée (§ 14). La question de savoir à quel moment sont réunies les conditions d'une saisine définitive au sens de l'art. 21 doit être appréciée et résolue pour chaque juridiction selon les règles de son propre droit national. Cette méthode permet à toute juridiction d'établir, avec une certitude suffisante, par référence à sa propre loi nationale, en ce qui la concerne, et par référence à la loi nationale de toute autre juridiction saisie, en ce qui concerne celle-ci, l'ordre de priorité dans le temps entre demandes multiples (§ 15). Dans une affaire ultérieure portant sur la question de l'identité de cause et d'objet, la CJ a jugé que les notions utilisées à l'art. 21 pour déterminer une situation de litispendance doivent être considérées comme autonomes et que cette conclusion n'est pas en contradiction avec l'affaire Z [...], dans laquelle la CJ considère qu'il incombe à chaque juridiction d'apprécier et de résoudre selon son propre droit national à quel moment une affaire doit être considérée comme pendante; en effet, ce raisonnement est lié au fait que l'art. 21 ne contient aucune indication sur la nature des formalités procédurales y relatives, la convention n'ayant pas pour objet d'unifier ces formalités étroitement liées à l'organisation de la procédure judiciaire dans les différents Etats (CJ, aff. G [...] contre P [...] du 8 décembre 1987, n° 144/86, Recueil 1987, pp. 4861 ss, §§ 11-12). Dans un arrêt-clé de 1997, le Tribunal fédéral considère que la jurisprudence Z [...] est déterminante pour définir la portée et le sens de l'art. 21 CL, nonobstant le fait qu'elle a été rendue à propos de l'art. 21 de la Convention de Bruxelles de 1968 (ci-après CB; ATF 123 III 414 c. 6d, JT 1999 I 251). Il relève que cette jurisprudence a été reçue diversement par la doctrine suisse. Certains auteurs sont d'avis que la CJ renvoyait aux droits nationaux et qu'il convient d'appliquer l'art. 9 al. 2 LDIP, lequel fixe en matière internationale la date d'introduction de l'instance de façon uniforme pour toute la Suisse. D'autres auteurs estiment au contraire que la CJ impose une interprétation partiellement autonome en ce sens qu'une ouverture d'action définitive est nécessaire, par laquelle le demandeur est lié à un certain degré par l'action qu'il a introduite et a une certaine obligation de continuer la procédure (ATF 123 III 414 c. 6c, JT 1999 I 251). Pour sa part, le Tribunal fédéral interprète la jurisprudence Z [...] en ce sens que la notion de litispendance au sens de l'art. 21 CL suppose que s'établisse un lien minimal entre le demandeur et le procès, qui ne peut être déterminé qu'au regard des règles de procédure propres à chaque Etat, lesquelles, en Suisse, relèvent des cantons. La formule selon laquelle la litispendance doit être "définitive" n'est pas une formule de circonstance; le lien que crée un acte de procédure déterminé se révèle décisif (ATF 123 III 414 c. 6d, JT 1999 I 251). Le Tribunal fédéral conclut que dans l'affaire en cause, il faut considérer que la demande a été formée au sens de l'art. 21 CL au moment du dépôt de l'acte de non-conciliation et de la demande devant le tribunal zurichois; c'est en effet à ce moment que le code de procédure zurichois fixe la litispendance. Si l'on se fondait sur la date de la requête de conciliation conformément à l'art. 9 al. 2 LDIP, la litispendance pourrait perdurer pendant trois mois puis échoir sans qu'un défendeur domicilié à l'étranger n'ait à aucun moment connaissance du dépôt d'une demande et sans qu'il en résulte d'inconvénients pour le demandeur (ATF 123 III 414 c. 6e, JT 1999 I 251). Dans un arrêt non publié de 2001 concernant une affaire tessinoise, le Tribunal fédéral se réfère à cet arrêt-clé et constate que l'action retirée après le dépôt de l'acte de

non-conciliation devant le tribunal zurichois ne peut en principe plus être présentée. Il faut donc considérer que le "lien minimal" requis pour qu'il y ait litispendance définitive est noué lorsqu'il est impossible pour le demandeur de retirer son action sans subir un préjudice de caractère juridique. Dans la procédure tessinoise, l'art. 167 al. 1 CPC/TI, sous note marginale "litispendance", indique que le dépôt de la demande au greffe ou à un office postal a pour effet l'interruption de la prescription ou de la péremption et la prévention du for. Les effets procéduraux liés à l'introduction de l'action au sens de cette disposition ne suffisent pas à créer un lien minimal, car ils n'influent pas sur la faculté de l'auteur de disposer de l'action. Le Tribunal fédéral en conclut que le lien minimal n'est noué qu'au moment de la notification de la demande au défendeur; en effet, passé ce moment, le demandeur ne peut plus retirer l'action qu'avec le consentement du défendeur, faute de quoi le retrait vaut désistement, lequel met fin au litige et a force de chose jugée (TF 4C.207/2000 du 25 janvier 2001 c. 8a in fine et 8b). Dans un arrêt non publié de 2005, le Tribunal fédéral rappelle que le critère de "litispendance définitive", indépendant de la notion de litispendance en usage dans chaque Etat membre de la convention de Lugano, se rapporte à l'intensité du lien d'instance, en ce sens que la litispendance est tenue pour définitive dès le moment où le demandeur assume une certaine obligation de poursuivre la procédure entreprise et qu'il n'a plus la faculté d'y renoncer sans conséquence défavorable sur ses prétentions contre l'autre partie (TF 4C.144/2005 du 4 août 2005 c. 3.2). Enfin, dans un arrêt de 2007, le Tribunal fédéral précise que l'acte de procédure déterminant pour la priorité temporelle est celui qui, selon le droit national en cause, implique une obligation de poursuivre (Forsetzungslast) ou crée un effet de lien (Bindungswirkung) en ce sens que le demandeur, en cas de retrait de l'action, doit prendre en compte des inconvénients non négligeables (nicht leicht zu nehmende Nachteile) (TF 4A_143/2007 du 6 juillet 2007 c. 3.2). c2) Le Tribunal fédéral interprète donc la jurisprudence de la CJ en ce sens que le tribunal n'est saisi au sens de l'art. 21 CL qu'à partir du moment où le demandeur assume une certaine obligation de continuer la procédure, faute de quoi il subira des désavantages. Selon les arrêts précités de 2001 et 2005, ces désavantages doivent être liés au droit matériel, en ce sens que le demandeur s'expose à la perte de sa prétention en cas de retrait. Souvent, la notification de la demande au défendeur marque le moment à compter duquel le demandeur ne pourra plus retirer son action qu'avec le consentement du défendeur, faute de quoi il sera privé du droit de réintroduire la même action. Tel est le cas de plusieurs codes cantonaux actuels (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 1 ad art. 121 CPC et réf. citées), et tel sera le cas dans le futur CPC fédéral du 19 décembre 2008 (art. 65 CPC). En revanche, le Code de procédure vaudois et la ZPO allemande prévoient une possibilité de retrait jusqu'à un stade ultérieur. L'interprétation du Tribunal fédéral peut ainsi avoir pour conséquence de repousser la litispendance à un moment très éloigné. Avec une partie de la doctrine, il faut admettre que cette interprétation de la jurisprudence Z [...] paraît trop extensive (Dasser, op. cit., nn. 58 ss ad art. 21 CL et réf. citées). La CJ devait en effet dire si le tribunal allemand était saisi au sens de l'art. 21 CB déjà au moment de la "pendance" ("Anhängigkeit"), soit à réception de la demande, ou au moment de la "litispendance" ("Rechtshängigkeit"), soit dès la notification au défendeur. L'expression "litispendance définitive" peut ainsi se comprendre par rapport à ces deux phases, sans égard à la possibilité de retrait de l'action, qui subsiste jusqu'à ce que le défendeur procède sur le fond à l'audience (§ 269 al. 1 ZPO : bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache; Dasser, op. cit., n. 59 ad art. 21 CL). C'est du reste dans ce sens que l'ont compris les autorités judiciaires allemandes qui, suite à l'arrêt de la CJ, ont jugé que la litispendance était

survenue en Allemagne au moment de la notification de la demande (Dasser, op. cit., note infrapaginale 102 p. 473 ad art. 21 CL). La jurisprudence G [...] pourrait laisser entendre que la CJ a renoncé à consacrer une notion autonome, ou semi-autonome, de la notion de saisine. Il est intéressant de relever que l'idée de l'avocat général dans l'affaire Z [...] était d'imposer une notion semi-autonome, en ce sens que la lex fori est déterminante, mais pour autant que certaines exigences minimales soient respectées, la litispendance ne pouvant débiter avant que le défendeur se soit vu notifier l'acte (Dasser, op. cit., nn. 47-49 et n. 59 ad art. 21 CL, qui considère que la CJ a rejeté cette notion semi-autonome). c3) Il résulte de ce qui précède qu'il est délicat de savoir en l'espèce qui, du juge suisse ou allemand, a été saisi en premier au sens de l'art. 21 CL. Si l'on applique l'art. 9 al. 2 LDIP en conjonction avec l'art. 119 al. 1 let. a CPC, le juge suisse pourrait avoir été saisi dès le 12 février 2008, date de la requête de conciliation au juge de paix. A supposer que la date de notification de la demande soit déterminante (hypothèse qui ne paraît pas s'imposer dans la doctrine suisse), le juge suisse serait saisi depuis le 12 février 2009. Si, comme paraît l'exiger la jurisprudence fédérale, l'on se fonde sur le moment où le demandeur perd la faculté de disposer librement de son action, il faut conclure que le juge suisse n'est à ce jour toujours pas saisi. En effet, le droit vaudois permet au demandeur de se désister de son instance jusqu'au dépôt des conclusions au fond du défendeur (art. 121 al. 1 CPC). Le désistement met fin à l'instance mais n'invalide pas le droit litigieux; la partie qui se désiste doit tout au plus payer des dépens arrêtés d'office par le juge (art. 122 CPC). Le code de procédure civile allemand prévoit que la litispendance remonte au moment de la notification de l'injonction de payer, pour autant que la cause ait été transmise "peu après" l'opposition (§ 696 al. 3 ZPO). Cette exigence ne paraît pas réalisée en l'espèce. L'opposition a été formée le 13 février 2008 et l'"Amtsgericht" n'a transmis la cause au "Landgericht" que le 30 juillet 2008. Selon l'opinion majoritaire, il faut se fonder sur la date de réception des actes par le "Landgericht", soit le 12 août 2008. Se pose toutefois la question d'une modification essentielle opérée entre la requête de "Mahnbescheid" et l'"Anspruchsbegründung", qui pourrait avoir pour conséquence que la litispendance n'est nouée qu'au moment du dépôt de l'écriture au fond, comme dans le cadre d'une procédure ordinaire. A cet égard, on sait tout au plus que le tribunal a reçu l'"Anspruchsbegründung" de C._____ SA en date du 20 août 2008 et que la défenderesse a déposé une réponse le 10 octobre 2008. Si l'on tient pour déterminante la date du moment où le demandeur ne peut plus se désister unilatéralement de l'action, le tribunal allemand pourrait avoir été saisi à la date de l'audience du 29 octobre 2008. Toutefois, la question est discutée de savoir quand un défendeur commence à entrer en matière sur le fond à l'audience (mit der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache beginnt). Selon un arrêt du Tribunal fédéral allemand, tel peut être le cas lorsque les questions de fait et de droit ont été examinées (Bundesgerichtshof, 23 juin 2004, XII ZB 212/01, c. a p. 5); or c'est ce qui s'est produit à l'audience du 29 octobre 2008. Quoi qu'il en soit, la question délicate de savoir quel tribunal a été le premier saisi au sens de l'art. 21 CL peut rester en suspens, dans la mesure où les autres conditions de cette disposition ne sont de toute façon pas réalisées. c) L'art. 21 CL exige qu'il y ait identité de parties, de cause et d'objet. c1) Il y a identité de parties lorsque les mêmes personnes sont parties aux deux procédures, sans qu'important leurs rôles respectifs au procès (Dasser, op. cit., n. 7 ad art. 21 CL). Lorsque d'autres personnes sont parties à la procédure, cela ne change rien à l'applicabilité de l'article 21 CL entre les parties identiques; le demandeur au second procès ne peut pas échapper à la suspension au motif qu'il actionne d'autres personnes que le demandeur au premier procès. Le second procès ne peut se poursuivre que contre ces autres

personnes, sous réserve de l'application de l'art. 22 CL (Dasser, op. cit., n. 8 ad art. 21 CL). La notion d'identité d'objet et de cause doit s'interpréter de façon communautaire et non en référence aux droits nationaux. Il faut tenir compte des buts de l'art. 21 CL, qui tend à éviter des jugements contradictoires et un refus de reconnaissance fondé sur l'art. 27 ch. 3 CL (CJ, aff. G [...] contre P [...] précitée, §§ 11-13; ATF 123 III 414 c. 5, JT 1999 I 251). Selon la CJ, par "cause", il faut entendre l'état de fait et la disposition légale sur lesquels se fonde la demande et par "objet", le but de la demande (CJ, aff. M [...] contre F [...] du 14 octobre 2004, n° C-39/02, Recueil 2004, pp. I-9657 ss, § 38; TF 4A_298/2008 du 19 novembre 2008 c. 2; ATF 123 III 414 c. 5 et les réf. citées, JT 1999 I 251; Dasser, op. cit., nn. 14-15 ad art. 21 CL). Une demande fondée sur un acte illicite n'a pas le même fondement que celle fondée sur un contrat (aff. M [...] contre F [...] précitée, § 38; TF 4C.351/2005 du 28 février 2006 c. 4). En droit interne et international commun, le juge applique d'office le droit et apprécie ainsi librement l'identité objective au regard de l'état de fait allégué, sans être lié par les motifs juridiques invoqués à l'appui des conclusions (Reymond, L'exception de litispendance, thèse Lausanne 1991, pp. 235 s.). Tel qu'interprété par la CJ, l'article 21 CL paraît instituer une condition supplémentaire opposable au juge suisse; elle devrait toutefois jouer peu de rôle en pratique, la CJ interprétant largement la notion d'identité de cause (Donzallaz, vol. I, nn. 1469-1470 pp. 553 s.). Le juge doit en fin de compte rechercher si le jugement à venir dans le premier procès pourra fonder l'exception de chose jugée à l'encontre de la seconde demande, dans son entier ou seulement partiellement (JT 1996 III 34 c. IVc; Reymond, op. cit., p. 195). La CJ a opté pour une définition large de l'identité des procès; l'attention doit se porter sur le point central de la procédure (Kernpunkttheorie). Dans les contestations pécuniaires, ont le même objet toutes les actions qui ont pour point central l'efficacité ou l'inefficacité d'un contrat, soit notamment les actions qui tendent simplement à faire constater le caractère efficace ou inefficace d'un contrat de vente internationale, mais aussi celles qui tendent à l'accomplissement ou à la restitution des prestations exécutées, ou à la réparation du dommage consécutif à l'exécution défectueuse (TF 4C.207/2000 du 25 janvier 2001 c. 6a). De même, il y a identité entre deux litiges basés sur le même rapport contractuel, dans lesquels l'une des parties requiert l'exécution du contrat, alors que l'autre vise à son annulation ou sa résolution, ou encore entre l'action tendant à faire constater la responsabilité du défendeur et à le condamner à des dommages-intérêts et l'action introduite par ce même défendeur à l'effet de faire constater qu'il ne répond pas de ce dommage (ATF 123 III 414 c. 5 et réf. citées, JT 1999 I 251). Une action négatoire et une action condamnatoire doivent être considérées comme identiques (ATF 128 III 284 c. 3b/bb, à propos de l'art. 35 LFors; ATF 123 III 414 c. 5, JT 1999 I 251). Un auteur souligne que par nature, certaines conclusions ne seront jamais identiques; tel est le cas de l'actio in rem par rapport à l'actio in personam (Donzallaz, vol. I, n. 1442 p. 545).

c2) En l'occurrence, C._____ SA et A._____ GmbH sont toutes deux parties à la présente procédure et à la procédure allemande initiée par une injonction de payer (supra ch. 7a). La question de la litispendance se pose donc à leur égard. L'action intentée par C._____ SA devant la Cour civile conclut au paiement de dommages-intérêts, à la remise du gain réalisé grâce aux ventes directes aux clients de la demanderesse ainsi qu'à l'interdiction de divers comportements, en particulier livrer à tout client de la demanderesse (supra, c. 3e). L'action tend essentiellement à la réparation du dommage causé par des pratiques déloyales et contraires aux obligations découlant du contrat de licence, consistant en substance à pratiquer des prix surfaits et à s'approprier la clientèle de la demanderesse; elle vise aussi à prévenir de nouvelles atteintes en prononçant l'interdiction de divers

comportements. Pour les motifs déjà exposés ci-dessus (c. 3c), il n'y a pas à tenir compte des conclusions déposées le 10 juin 2008. En Allemagne, C. _____ SA a tout d'abord fait délivrer une injonction de payer en réclamant la somme de 5 millions d'euros au titre de dommages-intérêts fondés sur le contrat de licence de 1960. Après avoir requis la mise en œuvre de la procédure contentieuse, elle a déposé une motivation de sa demande en justice (*Anspruchsbegründung*) à concurrence d'une valeur litigieuse de 250'000 euros. Il faut considérer que l'"*Anspruchsbegründung*", par opposition à l'injonction de payer, est déterminante pour apprécier s'il y a identité d'objet et de cause avec l'action introduite en Suisse. En effet, l'indication de la prétention dans la requête d'injonction de payer doit tout au plus permettre d'individualiser la prétention et de délivrer un titre d'exécution forcée. La motivation est insuffisante pour servir de fondement dans la procédure contentieuse; le § 697 ZPO requiert le dépôt d'une écriture ayant la forme et le contenu d'une demande (*Vollkommer*, op. cit., n. 1 ad § 697 ZPO). En outre, une fois la procédure au fond mise en œuvre, le demandeur est en droit de modifier le fondement de sa prétention, avec pour conséquence qu'il peut être privé de l'effet de litispendance conféré par la notification de l'injonction de payer si les fondements sont trop différents. Dans son "*Anspruchsbegründung*" du 20 août 2008, C. _____ SA requiert la restitution de divers moules et d'une perceuse en invoquant sa qualité de propriétaire. Le contrat de licence est invoqué comme indice de ce droit de propriété et du type de possession exercée par A. _____ GmbH. C. _____ SA fait ainsi valoir que A. _____ GmbH ne bénéficie pas de la présomption de propriété car elle n'est qu'un possesseur dérivé médiat (*mittelbare Fremdbesitzerin*). C. _____ SA invoque donc une prétention de nature réelle, voire la protection de la possession. Les droits de rétention opposés par A. _____ GmbH sont également de nature réelle. Ils se fondent certes sur des créances qui découlent si ce n'est du contrat de licence, du moins de la même relation contractuelle. Toutefois, celles-ci portent sur d'autres aspects que les créances invoquées devant la Cour civile, et à cet égard notamment, le risque de jugements contradictoires est inexistant. En conséquence, on ne saurait voir d'identité d'objet et de cause entre l'action suisse et l'action allemande. Le Landgericht a aussi été saisi d'une prétention en paiement de 4,75 millions d'euros, correspondant au solde du montant invoqué par C. _____ SA dans son injonction de payer. Le tribunal a rejeté cette action par jugement par défaut du 6 mai 2009, en tant qu'elle concernait les prétentions en dommages-intérêts fondées sur le contrat de licence à hauteur de 4,75 millions d'euros. A défaut d'*Anspruchsbegründung*, l'action est en effet rejetée en se référant à l'objet litigieux selon le Mahnantrag (*Putzo/Reichhold/Hüsstege*, *Zivilprozessordnung, Kommentar*, 27^{ème} éd., n. 8 ad § 697 ZPO). La doctrine et la jurisprudence allemandes sont divisées sur les conséquences à tirer lorsque le demandeur s'abstient définitivement de déposer une "*Anspruchsbegründung*". Une première thèse consiste à considérer l'action comme irrecevable, les conditions de procédure n'étant pas réalisées (*Unzulässigkeit*) (*Olzen*, op. cit., n. 6 ad § 697 ZPO; *Hartmann*, *Zivilprozessordnung*, 66^{ème} éd., n. 21 ad § 697 ZPO); selon ces auteurs, il n'y a pas lieu d'opérer une différence avec la procédure "normale", où les vices formels de l'action n'empêchent pas non plus la litispendance, mais conduisent au rejet de l'action par un jugement de procédure. Selon la seconde thèse, retenue par le "Landgericht", l'action doit être tenue pour infondée (*unbegründet*) (*Vollkommer*, op. cit., n. 10 ad § 697 ZPO et réf. citées), dans l'intérêt du défendeur qui doit pouvoir bénéficier de l'effet de chose jugée (*Musielak* éd., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4^{ème} éd., Voit, n. 6 ad § 697 ZPO). D'une part, la première opinion apparaît convaincante compte tenu de l'analogie opérée avec

la procédure ordinaire. D'autre part, elle va dans le même sens que le droit suisse, selon lequel seul un jugement au fond (Sachurteil) jouit de l'autorité de la chose jugée, alors que la décision procédurale en jouit tout au plus sur la question de recevabilité qu'elle a tranchée. Le juge rend une décision au fond lorsqu'il statue sur le fondement matériel de la prétention déduite en justice, sur la base des allégations de fait des parties. Si ces allégations permettent d'identifier suffisamment la prétention et que le juge rejette l'action car la partie chargée du fardeau de la preuve a insuffisamment motivé ses assertions, il rend un jugement de fond; en revanche, le juge rend une décision procédurale lorsque les assertions ne permettent pas d'identifier la prétention (ATF 115 II 187 c. 3a et b, JT 1989 I 586; cf. aussi TF 5A_438/2007 du 20 novembre 2007 c. 2.2.1). En l'occurrence, on ne saurait attribuer d'importance à l'indication faite dans le "Mahnbescheid", alors que cette procédure ne vise en soi qu'à la délivrance d'un titre d'exécution forcée et que la motivation doit être complétée par une demande en cas de mise en œuvre de la procédure de fond. Le jugement allemand du 6 mai 2009 n'examine ni ne statue sur le fondement matériel du montant réclamé; il ne saurait dès lors être considéré comme un jugement de fond. Le risque de jugements contradictoires est du reste inexistant. Le jugement allemand relève lui-même qu'il n'est pas susceptible d'exécution. Au vu de tous ces éléments, un tel jugement ne saurait empêcher le juge suisse d'entrer en matière sur des prétentions en dommages-intérêts fondées sur le contrat de licence. Il n'y a donc pas non plus identité de cause et d'objet par rapport à l'action portant sur le montant de 4,75 millions d'euros.

4. A titre subsidiaire, A._____ GmbH invoque la connexité des causes suisse et allemande au sens de l'art. 22 CL. a) Selon l'art. 22 CL, lorsque des demandes connexes sont formées devant des juridictions d'Etat différents et sont pendantes au premier degré, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer (al. 1). Cette juridiction peut également se dessaisir à la demande de l'une des parties, à condition que sa loi permette la jonction d'affaires connexes et que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des deux demandes (al. 2). Sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément (al. 3). Le but principal de cette disposition est d'éviter les jugements contradictoires. Elle poursuit également un but d'économie de procédure en réduisant le nombre d'instances (Donzallaz, vol. I, nn. 1541 s. p. 581 et n. 1549 p. 584). La notion de connexité, définie de façon autonome à l'art. 22 al. 3 CL, est interprétée de façon large par la CJ (Donzallaz, vol. I, n. 1549 p. 584; Dasser, op. cit., n. 5 ad art. 22 CL). La connexité n'impose pas l'identité des parties ou de l'objet du litige au sens technique; elle requiert tout au plus que les causes reposent sur un même complexe de faits susceptible d'une appréciation globale. La similitude que présentent des questions à juger est insuffisante; en revanche, il est indifférent que les prétentions en question soient ou non de même nature ou portent sur les mêmes catégories juridiques telles que les droits réels, personnels etc. A lui seul, le souci d'économie de procédure ne suffit pas à reconnaître l'existence d'un lien de connexité (Donzallaz, vol. I, n. 1556 p. 586). Se pose le problème de la compétence du tribunal pour juger l'ensemble des procédures. L'art. 22 CL ne crée pas de for spécial (Donzallaz, vol. I, n. 1545 p. 582 s.). b) En l'occurrence, les deux procédures ont pour cadre les relations contractuelles entre C._____ SA et A._____ GmbH. Toutefois, au regard des questions soumises aux tribunaux suisse et allemand, il n'y a pas de risque que ceux-ci rendent de décisions inconciliables. Déterminer si des biens mobiliers doivent être restitués en vertu d'un droit de propriété ou de la protection de la possession, respectivement s'ils peuvent être retenus en vertu d'un droit de

rétenction, soulève des questions juridiques tout autres que de déterminer si une preneuse de licence a causé un dommage ou menace de causer un dommage à la donneuse de licence en enfreignant les règles d'exclusivité du contrat et en adoptant un comportement déloyal. Il n'y a pas non plus de risque de décisions inconciliables entre les créances obligationnelles invoquées à l'appui du droit de rétenction et les violations contractuelles invoquées dans la demande en Suisse. Indépendamment du problème de compétence qui pourrait se poser, il apparaît ainsi que les demandes ne sont pas connexes. 5. Pour les motifs qui précèdent, la requête incidente formée le 3 juin 2009 par A. _____ GmbH et B. _____ AG est intégralement rejetée. Les frais de la procédure incidente, par 2'700 fr., sont mis à la charge des requérantes, solidairement entre elles (art. 4, 5 al. 1, 10 et 170a al. 1 TFJC). L'intimée, qui obtient gain de cause, a le droit à des dépens arrêtés à 4'000 fr. (art. 92 al. 1 et 150 al. 2 CPC). Par ces motifs, le juge instructeur, statuant à huis clos et par voie incidente, prononce : I. La requête incidente formée le 3 juin 2009 par les requérantes A. _____ GmbH et B. _____ AG est intégralement rejetée. II. Les frais de la procédure incidente sont arrêtés à 2'700 fr. (deux mille sept cents francs) pour les requérantes, solidairement entre elles. III. Les requérantes, solidairement entre elles, verseront à l'intimée C. _____ SA le montant de 4'000 fr. (quatre mille francs) à titre de dépens. Le juge instructeur : _____ Le greffier : F. Byrde _____ D. Monti Du Le jugement qui précède, dont le dispositif a été expédié pour notification le 2 juillet 2010, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties. Les parties peuvent recourir auprès du Tribunal cantonal dans les dix jours dès la notification du présent jugement en déposant au greffe de la Cour civile un acte de recours en deux exemplaires désignant le jugement attaqué et contenant leurs conclusions en réforme, éventuellement en nullité, ou à défaut, indiquant sur quels points le jugement est attaqué et quelle est la modification demandée. Le greffier : D. Monti

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.