CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PHILIPPE LÉGER

présentées le 5 décembre 2002 [1]

1. Par ordonnance du 22 février 2001, l'Oberster Gerichtshof (Autriche) a posé à la Cour trois questions préjudicielles portant sur l'interprétation de l'article 21 de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [2]. Cette disposition prévoit, en substance, que, lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées, entre les mêmes parties devant des juridictions d'États contractants différents, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir en faveur de la juridiction première saisie.

I — Cadre juridique

A — La convention

2. Aux termes de son préambule, la convention a pour but de faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires, conformément à l'article 293 CE, et de renforcer dans la Communauté européenne la protection juridique des personnes qui y sont établies. Son considérant indique qu'il importe à cette fin de déterminer la compétence des juridictions des États contractants dans l'ordre international.

3. Les règles concernant la compétence sont prévues au titre II de la convention. La section 8, intitulée «Litispendance et connexité», vise à éviter les contrariétés de décisions et à assurer ainsi une bonne administration de la justice dans la Communauté [3].

1 — Langue originale: le français.

2 — (JO 1972, L 299, p. 32). Convention telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 304, p. 1, et texte modifié p. 77), par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique (JO L 388, p. 1), par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise (JO L 285, p. 1) et par la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède (JO 1997, C 15, p. 1). Une version consolidée de la convention, telle que modifiée par ces quatre conventions d'adhésion, est publiée au JO 1998, C 27, p. 1 (ci-après la «convention»).

3 — Rapport sur la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit le «rapport Jenard» (JO 1979, C 59, p. 1).

4. L'article 21 qui concerne la litispendance prévoit:

«Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États contractants différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie.

Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci.»

5. L'article 22 a trait à la connexité et prévoit:

«Lorsque des demandes connexes sont formées devant des juridictions d'États contractants différents et sont pendantes au premier degré, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer.

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.

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».

B — Le droit autrichien

6. Afin de comprendre l'affaire, il convient de présenter les principes du droit autrichien sur la compensation. Pour ce qui est de la notion de «compensation», il suffit de rappeler qu'il s'agit d'un mode d'extinction des obligations. Elle a pour effet d'éteindre simultanément des obligations distinctes existant entre deux personnes qui se trouvent débitrices l'une envers l'autre, à concurrence de la dette la moins élevée.

7. En droit autrichien, la compensation a lieu par déclaration unilatérale de l'une des parties vers l'autre[4]. D'autres types de compensations connus dans d'autres droits nationaux européens, comme la compensation légale (du fait de la loi) et la compensation judiciaire (du fait d'une décision de justice), n'existent pas. Cette déclaration peut être faite soit par voie extrajudiciaire, soit dans le cadre d'un procès. La déclara-

4 — La compensation conventionnelle (deux déclarations réciproques) est aussi possible.

tion de compensation a le même effet qu'elle ait fait l'objet d'une déclaration par voie extrajudiciaire ou qu'elle ait été déclarée dans le cadre d'un procès. Elle a toujours un effet rétroactif: les deux créances sont considérées comme éteintes au jour où les conditions de la compensation sont réunies, et non au jour de la déclaration de compensation, et le juge se limite à constater que la compensation a eu lieu.

II — Les faits et la procédure au principal

8. Gantner Electronic GmbH [5] est une société autrichienne qui fabrique et commercialise des horloges pour pigeons voyageurs. Dans le cadre de sa relation commerciale avec la société néerlandaise Basch Exploitatie Maatschappij BV [6], elle lui livrait sa marchandise en vue de sa revente aux Pays-Bas.

9. Estimant que Basch n'avait pas honoré le prix de vente des marchandises livrées et facturées jusqu'en juin 1999, Gantner a mis un terme à leurs relations commerciales.

10. Basch a alors introduit, le 7 septembre 1999, une action auprès de l'Arrondissementsrechtbank Dordrecht (Pays-Bas) visant à faire condamner Gantner à lui verser des dommages-intérêts à hauteur de 2 520 814,26 euros [7]. Elle a fait valoir que, Gantner ayant résilié une relation contractuelle qui durait depuis plus de 40 ans, le délai de dénonciation aurait dû être plus long. Il ressort de l'ordonnance de renvoi [8] que Basch estimait avoir droit à la somme de 2 700 428,82 euros [9], mais qu'elle a considéré qu'il fallait soustraire de cette somme le montant de 170 852,34 euros [10] correspondant aux créances de Gantner qu'elle estime justifiées. Le résultat de cette soustraction conduit au montant de 2 520 814,26 euros qu'elle a réclamé. Elle a ainsi procédé à une compensation par déclaration de volonté [11], telle que prévue dans les législations néerlandaise et autrichienne.

11. Le 22 septembre 1999 [12], Gantner a introduit une action auprès du Landesgericht Feldkirch (Autriche) visant à faire condamner Basch à lui payer le prix d'achat des marchandises livrées jusqu'en 1999 qui s'élèverait à 837 460,18 euros [13]. Gantner n'a pas fait valoir cette créance au cours de la procédure aux Pays-Bas.

5 — Ci-après «Gantner».

6 — Ci-après «Basch».

7 — L'ordonnance de renvoi indique que le montant réclamé est de 5 555 143,60 NLG (p. 3).

8 — Pages 3 et 4.

9 — L'ordonnance de renvoi indique que cette somme est de 5 950 962 NLG (p. 4).

10 — L'ordonnance de renvoi indique que ce montant est de 376 509 NLG (p. 4).

11 — Ci-après la «compensation extrajudiciaire».

12 — Cette action a été notifiée à Basch le 21 décembre 1999.

13 — L'ordonnance de renvoi indique que ce montant est de 11 523 703,30 ATS (p. 4).

12. Basch a conclu au rejet de la demande. Elle soutenait que la partie de la créance de Gantner qu'elle estimait justifiée (170 852,34 euros) était éteinte par compensation extrajudiciaire et que le reliquat (666 607,84 euros) serait compensé [14] avec le reste de sa créance en dommages-intérêts qui faisait l'objet du litige aux Pays-Bas. En outre, Basch a demandé au juge autrichien de surseoir à statuer pour cause de litispendance, en vertu de l'article 21, ou de connexité, en vertu de l'article 22 de la convention.

13. La juridiction autrichienne de première instance a refusé de suspendre l'ensemble de la procédure. Elle a cependant décidé de surseoir à statuer sur l'exception de compensation judiciaire.

14. Basch a formé appel contre la décision de ne pas suspendre l'ensemble de la procédure. La juridiction d'appel, estimant que l'exception de paiement par compensation extrajudiciaire pouvait faire naître une relation de litispendance entre les deux litiges, a annulé la décision de première instance.

14 — Afin de distinguer les deux compensations déclarées par Basch, on se réfèrera ci-après à cette seconde compensation comme la «compensation judiciaire» dans le sens où la déclaration de volonté exigée par le droit autrichien a été exprimée au cours d'une procédure judiciaire. Il ne s'agit donc nullement, comme nous l'avons dit au point 6 des présentes conclusions, d'une compensation judiciaire telle qu'elle existe dans d'autres droits nationaux.

15. Gantner a formé un pourvoi contre cette décision devant l'Oberster Gerichtshof.

III — Les questions préjudicielles

16. L'Oberster Gerichtshof a considéré que la solution du litige au principal dépendait de l'interprétation de l'article 21 de la convention. Il a donc décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes:

«1) La notion de 'même objet et de même cause' au sens de l'article 21 de la convention [...] s'applique-t-elle aussi à l'exception soulevée par la défenderesse relative au remboursement par compensation extrajudiciaire d'une partie de la créance dont le recouvrement est poursuivi en justice, lorsque, d'après ce qui est allégué, la partie non encore remboursée de cette créance constitue l'objet d'un litige entre les mêmes parties du fait d'une action déjà introduite antérieurement dans un autre État contractant?

2) Pour déterminer si des actions en justice ont 'le même objet et la même cause', faut-il prendre en compte seulement les arguments présentés par la

demanderesse dans le procès né d'une action en justice ultérieure et, par conséquent, ne pas tenir compte des exceptions et des demandes de la défenderesse, notamment du moyen de défense tiré de l'exception de compensation judiciaire relative à une créance qui fait l'objet d'un litige entre les mêmes parties du fait d'une action déjà introduite antérieurement dans un autre État membre?

3) La décision relative à une demande de dommages-intérêts pour résiliation illicite d'un rapport d'obligation à durée indéterminée est-elle également obligatoire pour un procès ultérieur entre les mêmes parties concernant la question de l'existence de ce rapport d'obligation?»

IV — L'objet des questions préjudicielles

17. En raison de la complexité des faits du litige et de la procédure au principal, il nous semble utile de résumer brièvement la situation. Basch fait valoir, en substance, que la créance de Gantner serait éteinte comme conséquence des deux compensations intervenues avec la créance en dommages-intérêts dont elle serait titulaire. Si la première compensation a été déclarée en dehors de toute procédure et la seconde au cours de la procédure autrichienne, cette différence est sans pertinence au regard du droit autrichien [15]: dans les deux cas, si les conditions prévues par la loi pour que la compensation puisse avoir lieu sont remplies, la créance de Gantner serait éteinte au jour où ces conditions étaient réunies [16]. Le juge autrichien devrait donc déclarer que la créance de Gantner n'existe pas au jour du prononcé du jugement.

18. La difficulté apparaît du fait que la partie de la créance en dommages-intérêts de Basch, qui fait l'objet de l'exception de compensation judiciaire, fait aussi l'objet de la demande que celle-ci a formée aux Pays-Bas. Cela soulève deux problèmes. En premier lieu, le juge autrichien, lorsqu'il examine le bien-fondé de l'exception de compensation judiciaire, doit examiner la même créance qui fait l'objet du litige aux Pays-Bas. En second lieu, lorsqu'il examine le bien-fondé de l'autre exception de compensation (extrajudiciaire), il doit examiner la question de l'existence du contrat de concession qui sera également examinée par le juge néerlandais.

19. La juridiction de renvoi se demande si ces circonstances font naître une situation

15 — Voir point 6 des présentes conclusions. Le droit néerlandais semble comparable au droit autrichien pour ce qui est de la compensation.

16 — Voir point 7 des présentes conclusions.

de litispendance au sens de l'article 21 de la convention [17].

20. La première question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure une compensation alléguée par voie d'exception peut faire naître une situation de litispendance. Le juge de renvoi semble considérer qu'il conviendrait d'assimiler l'exception de compensation à une demande, ce qui lui permettrait de s'en dessaisir comme il le ferait avec n'importe quelle autre demande, initiale ou reconventionnelle (première question préjudicielle). Il estime que, si cette assimilation n'est pas possible (et donc qu'il ne peut se dessaisir de la seule exception), la question se pose encore de savoir si le fait qu'il doit examiner la créance de Basch est de nature à élargir l'objet du litige. Il en résulterait qu'il faudrait tenir compte de l'exception de compensation pour déterminer si la demande à laquelle elle est opposée a le «même objet et la même cause» qu'une autre demande formée devant une juridiction d'un autre État contractant (deuxième question préjudicielle).

21. Si l'on répond affirmativement à la première question préjudicielle, il semble évident que l'exception de compensation judiciaire est identique à la demande formée aux Pays-Bas. En effet, elles portent toutes les deux sur l'existence de la partie de la créance en dommages-intérêts de Basch qui n'a pas fait l'objet de la compensation extrajudiciaire. Il en résulte que le juge autrichien devrait se dessaisir de cette exception.

22. En revanche, si l'on estime que cette assimilation n'est pas possible, mais que l'exception de compensation doit être prise en compte pour comparer les deux demandes en cause (réponses négative à la première question et positive à la deuxième), il nous semble qu'elles devraient être considérées comme ayant «le même objet et la même cause», comme conséquence de l'identité de l'exception de compensation judiciaire et de la demande aux Pays-Bas. Le juge autrichien devrait donc se dessaisir de l'ensemble de la procédure.

17 — Il nous semble que la question soulevée dans cette affaire ne se posera que devant les tribunaux des États contractants qui prévoient la compensation par déclaration unilatérale. Dans ces États qui connaissent la distinction entre la «compensation légale» et la «compensation judiciaire», il semble que seule la compensation légale peut être invoquée par voie d'exception, la compensation judiciaire devant faire l'objet d'une demande reconventionnelle. Or, étant donné les exigences prévues par la loi pour la compensation légale (les créances doivent être réciproques, certaines, exigibles et liquides), il n'y aura pas compensation légale, et donc exception de compensation, lorsque l'une des créances fait l'objet d'une demande. Si le défendeur veut opposer une créance non certaine ou non liquide, il devra, semble-t-il, introduire une demande reconventionnelle. Or, dans ce cas, il est évident que, si la créance du défendeur fait l'objet d'une procédure dans un autre État contractant, seule la demande reconventionnelle sera concernée par la litispendance et le juge national ne devra se dessaisir que de cette demande. Dans les États contractants qui ne connaissent que la compensation judiciaire, la compensation peut être invoquée par voie d'exception ou de demande, mais, en tout cas, le moyen doit toujours être admis par le juge national. Il nous semble que le juge national devant lequel l'exception de compensation est soulevée refusera d'admettre le moyen si la créance du défendeur fait l'objet d'une demande pendante devant une autre juridiction. Concernant la distinction entre les différentes familles de droit au regard de la compensation, voir nos conclusions dans les affaires Danværn Production (arrêt du 13 juillet 1995, C-341/93, Rec. p. I-2053, point 31), et Commission/CCRE (C-87/01 P, points 32 et 34), pendante devant la Cour.

23. Reste, finalement, la question de savoir si, dans l'hypothèse où une exception de compensation est à assimiler à une demande, le juge national devrait se dessaisir aussi de l'exception de compensation extrajudiciaire. Cette question fait l'objet de la troisième question préjudicielle.

24. La juridiction de renvoi affirme que, en droit autrichien, cette «demande» ne serait pas considérée comme identique à celle qui a été formée aux Pays-Bas, mais connexe [18], et elle ne donnerait pas lieu à une situation de litispendance. Elle doute, cependant, que cette solution nationale reste valable dans le cadre de l'article 21 de la convention. Elle rappelle que la Cour, dans son arrêt du 8 décembre 1987, Gubisch Maschinenfabrik [19], a estimé qu'il y avait litispendance dans une situation où la question posée à titre principal dans l'un des litiges n'était qu'une question préalable pour la solution de l'autre. Dans cette affaire, les deux demandes en cause portaient, respectivement, sur l'exécution d'un contrat de vente internationale de marchandises et la constatation de la nullité dudit contrat. La Cour a jugé que la force obligatoire du contrat se trouvait au centre de deux litiges [20] et qu'il existait un risque d'inconciliabilité des décisions si les deux demandes n'étaient pas jugées par le même juge [21].

25. La juridiction de renvoi affirme que la situation en l'espèce ne correspond pas exactement à celle qui a donné lieu à l'arrêt Gubisch Maschinenfabrik, précité. Si, dans ladite affaire, les deux actions soulevaient la question de la validité du contrat, ici, la question de l'existence du contrat de concession n'est que préalable dans les deux litiges. La juridiction de renvoi se demande donc si la Cour entend encore élargir la notion de «même objet et même cause» de telle sorte à considérer qu'il y aurait litispendance dans une situation comme celle de l'espèce.

26. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre, à notre avis, la troisième question déférée à la Cour par l'Oberster Gerichtshof. Par cette question, le juge de renvoi demande, certes, si l'appréciation portée par le juge néerlandais sur l'existence du contrat est obligatoire pour le juge autrichien. Le juge de renvoi, cependant, ne vise, nous semble-t-il, qu'à déterminer s'il y a litispendance entre l'exception de compensation extrajudiciaire et la demande pendante aux Pays-Bas [22].

18 — Elle explique que, en droit national, l'appréciation faite par un juge sur une question préalable (comme, en l'espèce, l'existence du contrat de concession) n'est pas obligatoire pour un juge saisi postérieurement d'une demande différente, mais qui soulèverait la même question, toujours en tant que question préalable. Il en résulterait que, lorsque les deux procédures sont en cours au même moment, il n'y a pas de litispendance.

19 — (144/86, Rec. p. 4861, points 16 à 18.) Dans cet arrêt, la Cour a opté pour une définition large de cette notion en estimant que deux demandes visant, respectivement, l'exécution d'un contrat de vente internationale et la constatation de sa nullité avaient le même objet au sens de l'article 21 de la convention.

20 — Point 17.

21 — Point 18.

22 — Cette interprétation de la question préjudicielle est confirmée par les motifs de l'ordonnance de renvoi qui ne se réfèrent qu'à la question de la litispendance. En outre, la juridiction de renvoi n'est saisie que de la question de savoir s'il y a litispendance entre la demande formée en Autriche et celle formée aux Pays-Bas. Toutes ses questions visent donc à lui permettre de se prononcer sur cette question.

27. Il nous semble que les questions préjudicielles peuvent donc être présentées comme suit:

1) La notion de «même objet et même cause» au sens de l'article 21 de la convention s'applique-t-elle aussi à une exception de compensation?

2) Pour déterminer si des actions en justice ont «le même objet et la même cause», faut-il prendre en compte seulement les arguments présentés par la demanderesse et, par conséquent, ne pas tenir compte de l'exception de compensation soulevée par la défenderesse?

3) La décision relative à une demande de dommages-intérêts pour résiliation illicite d'un rapport d'obligation à durée indéterminée s'imposerait-elle dans un procès ultérieur entre les mêmes parties concernant la question de l'existence de ce rapport d'obligation de telle sorte que, si la seconde demande est introduite avant que le premier litige ne soit terminé, elle ferait naître une situation de litispendance?

V — La réponse aux questions préjudicielles

A — *Sur la première question*

28. La juridiction de renvoi se demande si la notion de «même objet et même cause» au sens de l'article 21 de la convention s'applique à une exception de compensation soulevée par Basch. Cette question vise à savoir si une exception de compensation peut être assimilée à une demande de sorte que la juridiction appelée à statuer, à la suite d'une telle exception sur une créance qui fait l'objet d'un autre litige doit se dessaisir de cette exception comme elle devrait se dessaisir d'une demande.

29. Il nous semble qu'une réponse négative doit être donnée à cette question.

30. Le problème a été soulevé dans l'affaire Meeth [23]. À cette occasion, le Bundesgerichtshof (Allemagne) demandait à la Cour l'interprétation de l'article 17, premier alinéa, de la convention [24]. Il s'agissait de

23 — Arrêt du 9 novembre 1978 (23/78, Rec. p. 2133).

24 — Cette disposition prévoit que, «[s]i les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État sont seuls compétents [...]».

savoir si le juge allemand désigné par les parties, en vertu d'une clause attributive de juridiction, comme étant seul compétent pour connaître des demandes de l'une des parties contre l'autre était compétent pour connaître d'une exception de compensation soulevée par le défendeur. La clause attributive de juridiction avait comme effet d'exclure la possibilité pour le défendeur d'invoquer la compensation par voie de demande reconventionnelle. La juridiction de renvoi demandait si une telle clause pouvait aussi exclure la possibilité de l'invoquer par voie de simple exception. La Cour semble avoir considéré que, sauf si les parties ont exclu cette possibilité, le juge devrait tenir compte de la compensation [25]. L'avocat général Capotorti était allé plus loin dans ses conclusions dans cette affaire et, après avoir clairement établi la différence entre exception de compensation et demande reconventionnelle, il avait considéré que les parties ne pouvaient pas exclure l'exception de compensation de la compétence du juge saisi de la demande. Il avait affirmé que «[i]maginer que l'exception soit soumise à un juge autre que celui qui est saisi de l'action reviendrait à rompre l'unité de la procédure et à méconnaître les droits de la défense» [26].

31. La Cour a clairement jugé, dans son arrêt Danværn Production, précité [27], qu'une exception de compensation n'est pas une demande reconventionnelle. Dans cette affaire, la Cour était saisie, par le Vestre Landsret (Danemark), de la question de savoir si le terme «demande reconventionnelle» contenu à l'article 6, point 3, de la convention [28] devait être interprété comme visant les demandes reconventionnelles présentées en vue de la compensation [29]. La Cour a considéré que le terme «demande reconventionnelle» doit être réservé aux situations où le défendeur demande le prononcé d'une condamnation distincte à l'encontre du demandeur. Si le défendeur invoque comme simple moyen de défense une créance dont il serait titulaire à l'encontre du demandeur, il ne s'agit pas d'une demande reconventionnelle [30].

32. Il résulte donc de la jurisprudence de la Cour qu'une exception de compensation doit être distinguée d'une demande reconventionnelle. Certes, les arrêts précités Danværn Production et Meeth ne visaient pas l'article 21 de la convention, mais d'autres dispositions de ladite convention. Or, il nous semble que cette solution doit être appliquée lorsqu'il s'agit d'apprécier la litispendance.

25 — Arrêt Meeth, précité (point 8).

26 — Point 4.

27 — Point 18.

28 — Cette disposition prévoit que «[c]e même défendeur peut aussi être attrait [...] s'il s'agit d'une demande reconventionnelle qui dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire, devant le tribunal saisi de celle-ci».

29 — Point 10. La difficulté venait du fait que, en droit procédural danois, l'expression «demande reconventionnelle» est utilisée tant pour désigner les moyens de défense visant au rejet des prétentions du demandeur que les moyens visant à la condamnation du demandeur conformes à la demande reconventionnelle. Le droit danois ne connaît donc pas la distinction terminologique entre «exception» et «demande reconventionnelle» qui semble exister dans les autres droits nationaux (voir points 17 dudit arrêt, 18 de nos conclusions dans ladite affaire et conclusions de l'avocat général Capotorti dans l'affaire Meeth, précitée, point 3).

30 — Point 18 de l'arrêt.

33. Il convient, en effet, de maintenir une même qualification de l'exception de compensation pour l'application de toutes les dispositions de la convention, d'autant plus que ces dispositions sont susceptibles d'être appliquées dans le même litige. Par exemple, en l'espèce, il résulte de l'arrêt Danværn Production, précité, que l'article 6, point 3, de la convention n'est pas applicable parce que la compensation a été invoquée par voie d'exception et non de demande reconventionnelle. Le juge autrichien ne saurait donc se dessaisir de l'exception de compensation en vertu de cette disposition. Dans ces circonstances, cependant, considérer qu'il devrait tout de même s'en dessaisir, en vertu de l'article 21, parce qu'elle doit être assimilée à une demande, créerait une contradiction et reviendrait à qualifier l'exception de façon différente au cours du même procès.

34. Il nous semble donc que l'exception de compensation ne doit pas être considérée, aux fins de l'article 21 de la convention, comme une demande.

35. Nous proposons donc à la Cour de répondre que la notion de «même objet et même cause», au sens de l'article 21 de la convention, ne s'applique pas à une exception de compensation.

B — *Sur la deuxime question*

36. La juridiction de renvoi demande, en substance, si une exception de compensation doit être prise en compte afin de comparer si la demande à l'encontre de laquelle elle a été soulevée a «le même objet et la même cause», au sens de l'article 21 de la convention, qu'une autre demande formée devant un juge d'un autre État contractant.

37. Il nous semble qu'il convient de préciser, à titre liminaire, en laissant de côté momentanément la question de la compensation, que les deux demandes formées aux Pays-Bas et en Autriche ne sont pas identiques au sens de l'article 21 de la convention.

38. L'existence d'une situation de litispendance en droit communautaire exige, aux termes de l'article 21 de la convention, qu'il existe une triple identité entre les deux demandes: des parties, de la cause et de l'objet. Si l'une de ces identités faisait défaut, la litispendance n'aurait pas lieu.

39. En l'espèce, il nous semble évident que les deux demandes n'ont pas la même cause. La cause, au sens de l'article 21 de la convention, a été définie par la Cour comme comprenant «les faits et la règle

juridique invoqués comme fondement de la demande» [31]. Ni les faits ni la règle juridique invoqués dans chacune des demandes ne sont identiques.

40. Ainsi, les faits qui sont à la base de la demande formée par Basch aux Pays-Bas peuvent être résumés, semble-t-il, comme suit: 1) il existait un contrat de concession entre les deux parties depuis plus de 40 ans, et 2) Gantner a résilié ledit contrat sans respecter le délai qui s'imposait au regard de sa durée. En revanche, les faits servant de base à la demande formée par Gantner en Autriche sont les suivants: 1) Gantner a livré et a facturé des marchandises à Basch, et 2) celle-ci n'a pas acquitté le prix des marchandises.

41. Pour ce qui est de la règle juridique, la demande formée aux Pays-Bas serait fondée sur le prétendu contrat de concession, alors que la demande formée en Autriche serait fondée sur la vente des marchandises [32].

42. La question est de savoir si le fait qu'une exception de compensation a été soulevée est de nature à modifier cette analyse.

43. La Cour a déjà eu l'occasion de constater que la notion de «litispendance» n'est pas la même dans tous les ordres juridiques des États contractants et que l'on ne saurait déduire d'un rapprochement des différentes dispositions nationales pertinentes une notion commune de «litispendance» [33]. La Cour a donc jugé que les notions contenues dans l'article 21 de la convention doivent être considérées comme étant autonomes [34]. Nous chercherons donc à répondre à la question qui a été posée à partir du texte, de l'économie et des objectifs de l'article 21 de la convention.

44. Tout d'abord, le texte de l'article 21 de la convention dispose qu'il existe litispendance lorsque deux «*demandes* ayant le même objet et la même cause *sont formées* entre les mêmes parties devant des juridictions d'États contractants différents» [35].

45. Deux éléments nous semblent essentiels. D'une part, cette référence au terme «demandes» est significatif dès lors que certains droits nationaux disposent qu'il y a litispendance quand deux «litiges» sont

31 — Arrêt du 6 décembre 1994, Tatry (C-406/92, Rec. p. I-5439, point 39).

32 — Le fondement juridique de la demande de Gantner en Autriche n'est pas clair à la lecture de l'ordonnance de renvoi. Les parties ont, cependant, affirmé à l'audience que cette demande n'est pas fondée sur le contrat de concession (dont l'existence est niée par Gantner), mais sur l'achat ou la livraison des marchandises.

33 — Arrêts Gubisch Maschinenfabrik, précité (points 10 et 11), et du 7 juin 1984, Zelger (129/83, Rec. p. 2397, point 13).

34 — Arrêt Gubisch Maschinenfabrik, précité (point 11).

35 — Souligné par nous.

identiques [36]. La demande est définie comme «l'acte par lequel est introduite une action en justice» [37]. Les autres versions linguistiques de la convention font aussi référence à cet acte introductif d'instance. Ainsi, par exemple, la convention utilise l'expression «klagen» en allemand, «demanda» en espagnol, «domande» en italien, «vorderingen aanhangig zijn» en néerlandais, «acções» en portugais, «kanteita» en finnois, «talan» en suédois et «proceedings are brought in the courts» en anglais.

46. D'autre part, aux termes de l'article 21 de la convention, la litispendance apparaît automatiquement dès que deux demandes identiques sont formées. La Cour a jugé que le moment où une demande est formée relève du droit de la procédure de l'État du juge qui est saisi [38]. Les droits nationaux des États contractants prévoient, certes, des formalités différentes afin de considérer que la demande est formée (notification au défendeur, date d'inscription de l'affaire au rôle de la juridiction) [39]. Or, ces formalités sont toujours antérieures au dépôt du mémoire en défense. Il en résulte que la demande est formée, au sens de l'article 21 de la convention, avant que les moyens en défense ne soient présentés. La situation est ainsi fixée (positivement ou négativement) et les moyens de défense, quels qu'ils soient, ne sauraient la modifier [40].

47. Mais il est surtout essentiel, à notre avis, de garder présente à l'esprit l'économie de l'article 21 de la convention. Cette disposition oblige le juge saisi d'une demande identique à une autre, formée antérieurement devant la juridiction d'un autre État contractant, à se dessaisir en faveur du premier tribunal dès que la compétence de celui-ci est établie. Il s'agit donc d'une *obligation de dessaisissement* [41].

48. Il convient, dès lors, d'envisager quelles seront les conséquences d'un tel dessaisissement lorsque seule l'exception de compensation invoquée dans le second procès est identique à la demande première formée. Ainsi, dans la présente affaire, la prise en compte de l'exception de compensation obligerait le juge autrichien à se dessaisir, alors que la demande formée aux Pays-Bas, on l'a vu [42], n'est pas identique à celle de Gantner. La procédure autrichienne serait

36 — Ainsi, l'article 100 du nouveau code de procédure civile français dispose que: «[s]i le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande [...]». En droit espagnol, voir De la Oliva Santos, A., et Fernández López, M. A., *Derecho procesal civil*, 1993 (p. 65 et 66).

37 — Voir *Le Petit Larousse*.

38 — Arrêt Zelger, précité (points 14 à 16).

39 — Voir conclusions de l'avocat général Mancini dans l'affaire Zelger, précitée (point 4).

40 — En outre, le droit français, par exemple, exige que l'exception de litispendance soit soulevée in limine litis avant toute défense au fond ou toute fin de non-recevoir (article 74, premier alinéa, du nouveau code de procédure civile français). Voir Cadiet, L., *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 1998 (point 628). En droit espagnol, la nouvelle loi concernant la procédure civile exige également que la litispendance soit invoquée avant le dépôt du mémoire en défense (voir Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, du 7 janvier 2000, article 39).

41 — À l'inverse, l'article 22 de la convention prévoit la possibilité pour le juge saisi en second lieu de surseoir à statuer s'il estime que la demande qui a été formée devant lui est connexe à une autre demande formée devant un tribunal étranger.

42 — Voir points 37 et 38 des présentes conclusions.

clôturée et aucun juge ne se prononcerait sur l'existence de la créance de Gantner. Cette solution conduirait donc à un véritable déni de justice [43].

49. En outre, comme le gouvernement autrichien l'a souligné [44], la compensation n'est alléguée, en général, qu'à titre subsidiaire, autrement dit, le défendeur ne fait valoir sa créance que dans l'hypothèse où l'existence actuelle de la créance du demandeur serait admise. Si le juge estime que la créance invoquée par le demandeur n'a jamais existé ou qu'elle a déjà été éteinte par d'autres causes, il n'examinera pas la créance invoquée en compensation. La litispendance qui pourrait apparaître du fait de l'exception de compensation ne serait ainsi, en tout cas, que «subsidiaire». Dans ce contexte, le dessaisissement nous semble encore inapproprié en ce qu'il priverait le demandeur d'une décision sur sa créance, alors que, au moment où il est décidé, il n'est même pas certain que le juge soit amené à examiner la créance du défendeur.

50. Cette solution ne nous paraît pas, finalement, contraire aux objectifs de l'article 21 de la convention. Cette disposition vise à éviter que des procédures parallèles portant sur la même demande se déroulent devant des juridictions d'États contractants différents et que des contrariétés de décisions en résultent [45].

51. Certes, si le droit de la procédure du juge devant lequel l'exception est soulevée confère l'autorité de la chose jugée à l'appréciation portée sur la créance du défendeur, on pourrait craindre qu'il en découle un risque d'inconciliabilité de décisions et de refus de reconnaissance. Or, la convention prévoit un autre moyen venant s'ajouter à la litispendance pour éviter cette contrariété. Ainsi, l'article 22, troisième alinéa, de la convention offre au juge national la possibilité de surseoir à statuer au cas où les deux demandes, sans être identiques, sont «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».

52. Il nous semble donc que, si le juge national saisi en second lieu estime que la décision qu'il doit rendre pourrait être inconciliable avec celle qui sera rendue dans un autre État contractant, il pourrait surseoir à statuer en vertu de l'article 22 de la convention. Cette solution permettrait de

43 — Le rapport Jenard commentant l'article 22 de la convention souligne l'importance d'éviter des conflits négatifs de compétence.

44 — Voir ses observations écrites (p. 1 et 5).

45 — Arrêt Gubisch Maschinenfabrik, précité (point 8).

maintenir la cohérence de la notion de «litispendance» et de respecter les droits du second demandeur tout en évitant l'existence de décisions inconciliables.

53. En outre, il semble que certains droits nationaux qui, comme le droit autrichien, prévoient la compensation par déclaration unilatérale autorisent le juge à suspendre la procédure pour ce qui concerne l'exception de compensation (c'est ce qui a été fait dans la procédure au principal) et même, dans certaines circonstances, de rendre son jugement sur la créance du demandeur sous réserve de la décision sur la compensation [46]. Cette décision «provisoire» est même susceptible de faire l'objet d'une exécution forcée. Les juges concernés pourront donc utiliser cette possibilité et surseoir à statuer pour cause de connexité, en vertu de l'article 22 de la convention, sur la seule exception de compensation soulevée par le défendeur. La procédure concernant la demande pourrait ainsi continuer son cours normal.

54. Au regard des considérations qui précèdent, nous proposons donc à la Cour de répondre que, pour déterminer si des actions en justice ont «le même objet et la même cause», il faut prendre en compte seulement les arguments présentés par la demanderesse et, par conséquent, ne pas tenir compte de l'exception de compensation soulevée par la défenderesse.

C — *Sur la troisième question*

55. La juridiction nationale demande si l'appréciation portée, dans un litige relatif à une créance en dommages-intérêts du fait de la résiliation illicite d'un contrat de concession sur l'existence même d'un tel contrat, s'imposerait dans un litige postérieur portant sur une créance différente, mais fondée sur la résiliation illicite de ce même contrat.

56. Comme on l'a vu [47], par cette question, la juridiction nationale cherche à savoir s'il existe une situation de litispendance entre l'exception de compensation extrajudiciaire et la demande formée aux Pays-Bas. Or, nous avons indiqué que cette question ne présente un intérêt pour la solution du litige au principal que si l'on admet qu'une exception de compensation doit être assimilée à une demande dont le juge pourrait se dessaisir. Étant donné que nous estimons que cette assimilation n'est pas possible et que le juge ne saurait se dessaisir d'une exception de compensation, cette question devient donc sans objet.

46 — Voir, notamment, articles 145, paragraphe 3, et 302, du code de procédure allemand, ainsi que 391, paragraphe 1, du code de procédure autrichien.

47 — Points 23 à 26 des présentes conclusions.

VI — Conclusion

57. Au vu de l'ensemble de ces éléments, nous proposons à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions posées par l'Oberster Gerichtshof:

«1) La notion de même objet et 'même cause' au sens de l'article 21 de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ne s'applique pas à une exception de compensation.

2) Pour déterminer si des actions en justice ont 'le même objet et la même cause', il faut uniquement tenir compte des arguments présentés par la demanderesse et, par conséquent, ne pas tenir compte de l'exception de compensation soulevée par la défenderesse.»