ATF 145 III 303 | TF, 21.05.2019, 4A_446/2018, 4A_448/2018*

*L'introduction d'une action en constatation négative aux fins de s'assurer un certain for (*forum running*) n'est abusive que lorsqu'elle consacre une attitude contradictoire et est ainsi de nature à décevoir des attentes légitimes de la partie adverse, ce qui doit être admis de façon restrictive.*

*Le Tribunal fédéral revient sur sa jurisprudence antérieure et abandonne l'exigence du lien de proximité nécessaire pour recueillir les preuves et se prononcer sur la cause («* Sach- und Beweisnähe*« ) lorsqu'une partie introduit une action en constatation négative sur la base de l'art. 5 ch. 3 CL.*

*Finalement, pour déterminer le lieu de l'acte, il importe de déterminer quel est l'évènement déterminant dans la chaîne de causalité. Dès lors, même si deux filiales n'ont pas participé à une prise de décision stratégique par la maison mère, le fait qu'elles aient suivi cette stratégie suffit pour retenir le lieu de l'acte à leur égard au siège de la société mère.*

Faits

Dans le cadre de l'introduction d'un système de distribution sélective, un groupe horloger suisse met fin à la collaboration avec certains distributeurs qui commercent des montres et des pièces de rechange de ce groupe.

Le 16 mars 2016, un distributeur anglais somme le groupe de reprendre la livraison des pièces de rechange avant le 6 avril 2016, à défaut de quoi il introduirait une action au Royaume-Uni pour violation du droit européen des cartels (*Letter Before Action*). Il joint au courrier le projet de demande en justice.

Sur demande du groupe, le distributeur prolonge le délai imparti pour reprendre la livraison au 20 avril 2016.

Le 19 avril 2016, trois sociétés du groupe suisse (la société mère et deux filiales) introduisent une action en constatation négative devant le tribunal de commerce de Berne. L'action vise à faire constater que le groupe n'a aucune obligation de continuer à fournir les

pièces de rechange litigieuses, ni de verser une quelconque indemnité du fait de la fin de la relation qui liait le groupe au distributeur anglais.

Peu après, le distributeur anglais ouvre action pour violation du droit européen des cartels devant de la *High Court of Justice* à Londres.

Limitant sa décision à la question de l'intérêt des trois sociétés demanderesses, le tribunal bernois déclare la demande irrecevable au motif que, en application de la *lex fori*, le groupe ne disposait pas d'un intérêt suffisant à sa demande en constatation (*Feststellungsinteresse*). Elle ne tranche en revanche pas la question de sa compétente territoriale. Sur recours du groupe, le Tribunal fédéral renvoie l'affaire au tribunal bernois en considérant que lorsqu'une procédure judiciaire est imminente, l'intérêt d'une partie à introduire une action en constatation négative en vue de conserver un for dans un pays déterminé est suffisant à l'introduction de cette action (ATF 144 III 175, résumé *in* Lawinside.ch/595). L'abus de droit est toutefois réservé.

Saisi à nouveau de l'affaire par les trois sociétés du groupe, le tribunal bernois déclare irrecevable la demande des deux filiales en niant sa compétence territoriale au motif que ces sociétés n'auraient pas participé à la prise de décision relative à l'introduction du système de distribution sélective (critère déterminant pour l'existence d'un for selon l'art. 5 ch. 3 CL). Elle admet en revanche sa compétence en ce qui concerne la société mère.

Les deux sociétés et le distributeur anglais appellent de ce jugement. Amené à traiter une deuxième fois de ce litige, le Tribunal fédéral doit déterminer (*i*) si la façon de procéder du groupe est constitutive d'un abus de droit et (*ii*) si le Tribunal de commerce de Berne est compétent à l'égard des deux filiales.

Droit

(*i*) En entrée de cause, le Tribunal fédéral rappelle que l'ATF 144 III 175 ne traite pas de la question du caractère abusif du comportement du groupe. Cet arrêt se limite à constater que, dans une cause internationale, lorsqu'une procédure judiciaire paraît imminente, l'intérêt du demandeur à s'assurer un for en Suisse (*forum running*) doit être considéré

comme un intérêt suffisant à l'introduction d'une action en constatation négative. Autre est la question de savoir si, compte tenu des circonstances du cas particulier, le comportement du demandeur est constitutif d'un abus de droit.

Un comportement doit être considéré comme abusif (art. 2 al. 2 CC) en particulier lorsqu'il est en contradiction avec un comportement antérieur, ce qui a pour effet de décevoir des attentes légitimes suscitées du fait de ce comportement.

La tribunal bernois a retenu que la demande de prolongation de délai par le groupe horloger ne visait pas « *einzig und allein* » à préparer l'introduction d'une demande en constatation négative en Suisse, de sorte que ce comportement ne pouvait pas être considéré comme abusif. Le Tribunal fédéral confirme ce raisonnement en retenant que le distributeur ne démontre pas que ce constat, fondé sur l'appréciation des preuves, serait arbitraire. Le comportement du groupe n'était pas contradictoire au sens de la notion d'abus de droit et, dans tous les cas, il n'était pas de nature à créer des attentes légitimes qui auraient été déçues par la suite, ce en particulier compte tenu du fait que les parties étaient rompues aux affaires et représentées par des avocats. La possibilité du *forum running* ne pouvait donc pas échapper à l'analyse du cas par le distributeur, lequel aurait par exemple pu faire dépendre l'octroi du délai supplémentaire de certaines conditions. Le Tribunal fédéral rejette donc ce premier grief du distributeur anglais.

(*ii*) La deuxième partie de l'arrêt du Tribunal fédéral traite de la compétence territoriale. A teneur de l'art. 5 ch. 3 CL, en matière délictuelle ou quasi délictuelle, une personne domiciliée sur le territoire d'un État lié par la convention peut être attraite devant les tribunaux d'un autre État lié par la convention, au lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Cette disposition, applicable aux prétentions fondées sur des violations du droit des cartels, laisse au demandeur le choix d'agir au lieu de l'acte (*Handlungsort*) et le lieu du résultat (*Erfolgsort*).

Dans l'ATF 133 III 282, le Tribunal fédéral avait conditionné l'introduction d'une action en constatation négative sur la base de l'art. 5 ch. 3 CL au fait que le demandeur n'exerce pas son droit contrairement à son but, en fondant la compétence d'un tribunal dépourvu du « lien de proximité nécessaire pour recueillir les preuves et se prononcer sur la cause »

(*Sach- und Beweisnähe*). Cette exigence avait été justifiée par la nécessité d'empêcher au demandeur d'introduire une action dans le but de rendre plus difficile la poursuite des droits du lésé.

Cette jurisprudence a été très critiquée par la doctrine. D'une part, en raison de l'insécurité juridique qu'elle comporte dans chaque cas particulier et, d'autre part, du fait que la CJUE a entre-temps reconnu sans restriction la possibilité d'introduire une action en constatation négative sur la base de l'art. 5 ch. 3 de l'ancienne directive européenne 44/2001 (aujourd'hui remplacée par la directive européenne 1215/2012), dont la lettre est identique à celle de l'art. 5 ch. 3 CL. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral considère que les conditions pour un changement jurisprudentiel sont réalisées. Il décide ainsi d'abandonner la condition du lien de proximité nécessaire pour recueillir les preuves et se prononcer sur la cause. Une action en constatation négative peut donc être intentée sans restriction particulière aux fors de l'art. 5 ch. 3 CL.

En l'espèce, s'agissant de la compétence à l'égard de la société mère, le Tribunal fédéral confirme la compétence du tribunal bernois. Il rejette ainsi le grief du distributeur anglais, selon lequel une action en constatation négative en application de l'art. 5 ch. 3 CL n'aurait été possible que devant les mêmes tribunaux qui auraient pu connaître d'une action en exécution (*Leistungsklage*) par le distributeur. Le Tribunal fédéral précise ainsi la portée de l'ATF 125 III 346 et confirme le raisonnement du tribunal bernois.

En dernier lieu, le Tribunal fédéral doit déterminer si l'instance bernoise a eu raison de refuser sa compétence à l'égard des deux filiales. Il doit donc juger quel était le lieu de l'acte en l'espèce. Il observe que sur le fond de l'affaire, il s'agira de décider si le groupe a abusé de son éventuelle position dominante en prenant la décision d'interrompre la livraison de pièces de rechange à certains distributeurs. En reprenant les conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-27/17 flyLAL le Tribunal fédéral retient qu'il convient de déterminer l'évènement qui, sous l'angle de la causalité, assume le rôle le plus important compte tenu des conséquences qui s'en sont suivies. En l'espèce, cet évènement est sans doute la décision d'introduire un système de distribution sélective prise par le groupe à son siège de Bienne. Par conséquent, même si les deux filiales n'ont pas véritablement participé à cette

prise de décision, le fait qu'elles ont par la suite appliqué cette stratégie choisie au niveau du groupe suffit pour retenir l'existence d'un for à Bienne, au lieu de la prise de décision par le groupe.

Le Tribunal fédéral conclut ainsi que la société mère et les deux filiales filles étaient en droit d'ouvrir action devant les tribunaux de Bienne, ce qui implique que la cour bernoise était également compétente pour connaître de l'appel formé contre le premier jugement.

Note

Dans la première partie de l'arrêt consacrée à l'analyse de l'abus de droit, le Tribunal fédéral cite l'arrêt C-352/13 *CDC Hydrogen Peroxide* de la CJUE, dans lequel il a été retenu que le seul fait d'avoir mené des pourparlers en vue d'une éventuelle transaction amiable et d'introduire une action par la suite n'est pas de nature à établir un comportement abusif. Il n'y a donc pas lieu de s'écarter de la norme établissant la compétence territoriale d'un tribunal dans ce cas.

Proposition de citation : Simone Schürch, Forum running: abus de droit et compétence territoriale, in: https://lawinside.ch/787/