

## Cas N° 4

### *Contrat - coupure*

En 1985, R. et D., deux personnes domiciliées en Allemagne, concluent un contrat de bail portant sur un restaurant situé en Allemagne. Elles font une prorogation de for en faveur des tribunaux allemands.

Sur la dernière page du contrat de bail, qui a été fait en la forme écrite simple, se trouve la déclaration suivante, signée en Allemagne par Mme B. : "*Für diesen Vertrag übernimmt Frau Agnès B., CH-8336 Ober-Hittnau ZH, die selbstschuldnerische Bürgschaft, dies gilt insbesondere für die Pacht und das Inventar*".

Les parties mettent fin au contrat. En 1987, le bailleur ouvre action en paiement du loyer contre le locataire en Allemagne et contre Mme B. en Suisse. La valeur litigieuse est de Fr. 47'807.60.

\* \* \*

1. Comment doit-on qualifier ce litige ?
2. Pourquoi le bailleur a-t-il ouvert action en Suisse ? Aurait-il pu agir en Allemagne ?
3. Quel est le droit applicable ?
4. Le cautionnement est-il valable ?
5. Variante : le for est en Allemagne et non en Suisse; le bailleur obtient gain de cause et veut faire exécuter le jugement en Suisse.
  - Comment doit-il procéder ?
  - Ce jugement sera-t-il reconnu ?

(voir ATF 117 II 490 - JT 1993 I 312)

COURS DE  
DROIT INTERNATIONAL PRIVE  
UNIVERSITE DE NEUCHATEL  
FACULTE DE DROIT

## Cas N° 4

### *Contrat - coupure* *ATF 117 II 490*

A l'époque où le TF a statué, l'Allemagne n'avait pas encore ratifié la Convention de Lugano. La convention bilatérale entre la Confédération suisse et le Reich allemand relative à la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires et de sentences arbitrales de 1929 s'appliquait. Depuis lors, l'Allemagne a ratifié la Convention de Lugano qui est entrée en vigueur dans les relations entre la Suisse et l'Allemagne.

#### 1. Contrat - cautionnement.

2. La LDIP, tout comme la CL, permet aux parties de prévoir une prorogation de for dans un contrat de cautionnement. Y a-t-il une prorogation de for en l'espèce? Le contrat de cautionnement doit être considéré comme un contrat indépendant du contrat de bail, même s'il se trouve dans le même document. La prorogation de for en faveur des tribunaux allemands convenue par le bailleur et le locataire ne vaut dès lors pas pour le contrat de cautionnement. Conformément à l'art. 112 LDIP, les tribunaux suisses du domicile de la défenderesse étaient compétents.

Avant l'entrée en vigueur de la CL pour l'Allemagne, le bailleur aurait éventuellement pu actionner Mme B. en Allemagne en vertu de règles de compétence directe du droit allemand, ce qui aurait posé des problèmes au niveau de l'exécution en Suisse du jugement allemand. Depuis l'entrée en vigueur de la CL en Allemagne, le bailleur peut actionner Mme B. en Allemagne, au lieu d'exécution des obligations découlant du cautionnement (art. 5 ch. 1 CL).

3/4. Le droit suisse exige notamment que le cautionnement donné par une personne physique respecte la forme authentique s'il dépasse la somme de Fr. 2'000.-- et que le montant maximal pour lequel la caution s'engage soit indiqué (art. 493 CO). Le droit allemand est moins strict, la forme écrite simple suffit (§ 766 BGB). La validité du contrat dépendra donc du droit applicable.

Admettons que les questions relatives à la forme authentique et à l'indication du montant maximal soient de pure forme. L'**art. 124 LDIP** est consacré à la forme des contrats. L'alinéa 1 admet une coupure facultative : le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait soit au droit applicable au contrat (en l'espèce le droit suisse en vertu de l'art. 117 LDIP) soit au droit du lieu de conclusion (en l'espèce le droit allemand). Le cautionnement serait donc valable (par application du droit allemand désigné par l'art. 124 al. 1 LDIP). L'alinéa 2 (contrat entre absents) ne s'applique pas à notre cas. L'alinéa 3 prévoit que, dans certains cas, pour protéger une partie, la forme du contrat est régie exclusivement par le droit applicable au contrat "*à moins que ce droit n'admette l'application d'un autre droit*". La LDIP autorisant l'élection de droit pour les contrats de cautionnement, on doit partir du principe que le "*droit applicable au contrat*" admet l'application d'un autre droit, que l'alinéa 3 ne s'applique donc pas. On retrouve ainsi le système de l'alinéa 1 ; le cautionnement serait donc valable.

Le TF a toutefois décidé que la condition du montant maximal était une question non seulement de forme, mais également de fond, malgré la note marginale de l'art. 493 CO "*Forme*" (la

question avait été laissée ouverte dans l'ATF 110 II 484 - JT 1985 p. 369). Le TF s'est notamment fondé sur l'art. 492 al. 4 CO qui stipule que la caution ne peut pas renoncer d'avance aux droits qui lui sont conférés par la loi. En vertu de l'art. 117 LDIP, le droit suisse est applicable au fond. Le cautionnement ne mentionnant pas de montant maximal, l'art. 493 al. 1 CO n'est pas respecté et le contrat de cautionnement n'est pas valable. Le TF a dès lors rejeté la demande du bailleur. Si le montant maximal avait été indiqué, le TF aurait probablement jugé le contrat de cautionnement valable.

5. Le bailleur ayant obtenu gain de cause en Allemagne devra faire reconnaître son jugement par un tribunal suisse, s'il désire le faire exécuter.

- Avant l'entrée en vigueur de la CL pour l'Allemagne, l'existence d'un for allemand était déterminé au niveau des règles de conflit indirectes par les dispositions de la convention germano-suisse de 1929. Le for du demandeur n'étant pas parmi ceux retenus par la Convention germano-suisse, le jugement allemand n'aurait pas été reconnu en Suisse. Le raisonnement aurait été le même sur la base du droit international suisse (art. 25 lit. a et 26 LDIP). A supposer que le tribunal allemand ait fondé sa compétence sur une clause de prorogation de for valable, le jugement serait vraisemblablement déclaré contraire à l'ordre public matériel suisse.

- Depuis l'entrée en vigueur de la CL pour l'Allemagne, le jugement rendu en Allemagne, qui peut se fonder sur une compétence directe de la CL (notamment le for du lieu d'exécution de l'art. 5 ch. 1 CL), pourrait être exécuté en Suisse. Mais reste la question de la réserve d'ordre public (art. 27 ch. 1 CL). Jusqu'au 31 décembre 1999, Mme B. aurait pu de surcroît se prévaloir de la réserve faite par la Suisse, telle qu'elle figure à l'art. Ibis du Protocole N° 1 de la CL, pour s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de la décision en Suisse.

(ATF 117 II 490 - JT 1993 I 312)

□