

**COUR CIVILE**

---

---

Jugement incident dans la cause divisant **C.\_\_\_\_\_ SA**, à Morges, d'avec  
**A.\_\_\_\_\_ GMBH** et **B.\_\_\_\_\_ AG**, toutes deux à [...] (Allemagne).

---

Du 25 juin 2010

---

Présidence de Mme BYRDE, juge instructeur

Greffier : Mme Monti

\*\*\*\*\*

Statuant à huis clos, le juge instructeur considère :

**En fait**

**1.** Le 12 février 1960, [...] SA, en Suisse, et [...], à [...], en Allemagne, ont conclu un contrat de licence ("License agreement") rédigé en anglais.

En préambule du contrat, il est précisé que le donneur de licence [...] SA détient, par licence de [...] & Sons Inc., le droit de fabriquer ou faire fabriquer et de vendre, en dehors des Etats-Unis d'Amérique, la machinerie et l'équipement décrit dans le contrat et parfois désigné par le terme "l'Equipement" ("the Equipment").

Selon l'art. Ia, l'Équipement comprend les types et modèles de machines recensés sur une liste annexée au contrat, y compris leurs améliorations et compléments, ainsi que d'autres types et modèles de machines à l'égard desquels le donneur de licence pourrait acquérir plus tard le savoir-faire décrit à l'article Ib, et enfin toutes les pièces de rechange ou pièces accessoires de l'Équipement.

L'art. Ib décrit le savoir-faire comme incluant toutes les connaissances, plans, spécifications, dessins, instructions et autres éléments nécessaires ou utiles à la fabrication de l'Équipement qui sont ou pourraient devenir légalement en possession et contrôle du donneur de licence.

A teneur de l'art. III, le donneur de licence confère au preneur de licence [...] une licence non-exclusive de fabriquer l'Équipement tel qu'ordonné et au moment ordonné par le donneur de licence, lequel s'engage à prévenir le preneur par un préavis de trois mois s'il devait par la suite confier la fabrication à d'autres personnes en Europe (a). Le donneur de licence met à disposition du preneur son savoir-faire, qui restera toutefois la seule et exclusive propriété du donneur, sous la licence de [...] & Sons Inc. (b). Le donneur de licence achètera tout élément de l'Équipement qui aura été fabriqué par le preneur conformément à ses ordres, pour autant que ces éléments soient conformes aux spécifications et de qualité acceptable, le prix étant déterminé par un calcul décrit sous lettre e de l'art. III.

En vertu de l'art. IV, le preneur de licence s'engage notamment à fabriquer l'Équipement avec la vitesse et la diligence dues, au moment et dans la mesure où l'aura ordonné le donneur de licence, en respectant strictement le savoir-faire, ainsi qu'à maintenir en stock une quantité de pièces de rechange et accessoires suffisantes pour faire face à la demande des clients (d). Il s'engage en outre à ne divulguer aucun élément du savoir-faire transmis, reconnu comme étant la seule et exclusive propriété du donneur, à le retourner entièrement au donneur de licence à la fin du contrat et, pendant une durée de cinq ans à compter de

ce moment, à s'abstenir de prendre part à la fabrication ou de fabriquer, respectivement de vendre ou de disposer de tout élément de l'Equipement ou d'éléments similaires de même usage, sauf instruction ou accord écrit exprès du donneur de licence (b). Le preneur s'engage en outre à prendre les mesures adéquates pour garder le savoir-faire secret et protéger celui-ci contre toute perte ou dommage; il convient que l'Equipement restera sa propriété et sera gardé à ses propres risques jusqu'à son expédition conformément aux instructions du donneur de licence ou du client (h).

S'agissant de la résiliation du contrat, l'article II prévoit que l'accord restera en force pour cinq ans, puis d'année en année, à moins qu'une partie ne notifie à l'autre sa volonté de résilier au moins trois mois avant l'achèvement de la dernière année du terme originel ou de toute année supplémentaire.

En vertu de l'art. VIb, les parties conviennent que tout litige naissant de quelque clause que ce soit du contrat ou en rapport avec quelque clause que ce soit sera régi par le droit suisse et jugé par les tribunaux suisses ("[...] all disputes arising under or relating to any provision thereof shall be governed by the laws of Switzerland and shall be decided by its courts").

**2. a)** Un avenant à ce contrat du 17 août 1988 précise que [...] SA est désormais devenue C.\_\_\_\_\_ SA. Selon un extrait du Registre du commerce, C.\_\_\_\_\_ SA, sise à Morges, a été fondée en 1960 sous la raison sociale [...] SA.

Du côté du preneur de licence, [...] GmbH, puis M.\_\_\_\_\_GmbH ont successivement repris le contrat de licence. Les 28 juillet et 6 août 2003, C.\_\_\_\_\_ SA et M.\_\_\_\_\_GmbH ont signé une déclaration selon laquelle le contrat de licence initialement conclu le 12 février 1960 entre [...] et [...] a passé de [...] GmbH à M.\_\_\_\_\_GmbH avec effet au 1<sup>er</sup> avril 2003. En 2006, A.\_\_\_\_\_GmbH (ci-après : A.\_\_\_\_\_GmbH) a succédé à M.\_\_\_\_\_GmbH à la suite d'une fusion.

**b)** B.\_\_\_\_\_AG (ci-après : B.\_\_\_\_\_AG) est une société anonyme sise à [...]. Fondée le 31 mai 2000, elle a changé deux fois sa raison sociale et une fois son siège. Elle a notamment pour buts la fabrication, la réparation et la vente de machines et installations en tout genre, ainsi que l'acquisition et l'administration de participations en tout genre. En novembre 2006, trois sociétés ont acheté la totalité de ses actions. En décembre 2006, un contrat d'acquisition et d'apports a été conclu avec les actionnaires, en vertu duquel celles-ci apportaient à la société toutes les participations qu'elles détenaient dans la société A.\_\_\_\_\_GmbH à [...], en contrepartie de quoi elles obtenaient des actions de la société (augmentation de capital par apports en nature). L'assemblée générale de la société a approuvé le contrat d'apports et l'augmentation de capital a été inscrite au Registre du commerce en décembre 2006 avec la modification de la raison sociale en B.\_\_\_\_\_AG. Jusqu'en décembre 2006, B.\_\_\_\_\_AG n'exerçait pas d'activité propre. Une annexe aux comptes du groupe B.\_\_\_\_\_AG pour l'exercice 2006 précise qu'en reprenant la totalité des participations dans A.\_\_\_\_\_GmbH, qui a elle-même plusieurs sociétés-filles, B.\_\_\_\_\_AG a débuté son activité opérationnelle comme société chapeautant le groupe B.\_\_\_\_\_AG. B.\_\_\_\_\_AG doit tenir des comptes de groupe consolidés (P. 1003 p. 2); elle détient le 100 % des actions de A.\_\_\_\_\_GmbH, qui est inscrite au Registre du commerce.

[...] est président du conseil d'administration de B.\_\_\_\_\_AG depuis décembre 2006 et [...] est membre de ce conseil depuis janvier 2007. Tous deux sont en outre membres de la direction (Geschäftsführung) de A.\_\_\_\_\_GmbH, comme celle-ci le mentionne sur son papier à en-tête dans des courriers de 2006, 2007 et 2008.

**3.** C.\_\_\_\_\_ SA fait notamment le commerce de raffineurs de pâte de bois dénommés [...] utilisés dans l'industrie du papier, constitués d'un stator et d'un rotor en forme de [...], inventés en [...]. Le fonctionnement de cette machine requiert des garnitures [...], recouvertes de couteaux destinés à broyer la matière. Trois modèles différents sont

disponibles, dont un appelé " [...]". La variété de lamage de ces éléments permet de s'adapter à chaque besoin de raffinage.

A. \_\_\_\_\_ GmbH avait la charge de produire sous licence des pièces de rechange, soit principalement ces garnitures en fonte pour C. \_\_\_\_\_ SA.

La fabrication des garnitures nécessite des moules ou modèles particuliers, ainsi que le percement d'un dispositif de fixation spécial dans la phase finale d'usinage. Cette opération est effectuée sur une machine [...] grâce à une perceuse particulière ("Spezialbohrmaschine").

Initialement, la preneuse de licence pouvait fabriquer elle-même toutes les pièces commandées par C. \_\_\_\_\_ SA. Puis sa fonderie a fermé, de sorte que le travail de fonderie a été sous-traité à des fonderies des alentours. La preneuse de licence s'est alors occupée de l'usinage final des pièces qu'elle vendait ensuite à C. \_\_\_\_\_ SA.

**4.** Par courrier daté du 30 septembre 2005, M. \_\_\_\_\_ GmbH a déclaré résilier le "License Agreement" du 12 février 1960, faute d'avoir obtenu une réponse à son écriture du matin même. Elle y affirmait au surplus son intérêt à la poursuite de sa collaboration avec C. \_\_\_\_\_ SA et faisait part de son espoir de pouvoir conclure rapidement "la" nouvelle convention. Dans l'hypothèse où C. \_\_\_\_\_ SA aurait été empêchée de répondre à temps à l'écriture du matin, A. \_\_\_\_\_ GmbH acceptait d'appliquer "la" modification contractuelle la semaine suivante et de retirer ensuite cette résiliation; elle était en outre disposée à produire pour C. \_\_\_\_\_ SA sans nouveau contrat-cadre au-delà du 31 décembre 2005.

Les parties ont poursuivi leurs relations dans les faits, des livraisons étant encore intervenues après cette date.

Dans un courrier du 13 octobre 2005 faisant suite à leur rencontre du 29 septembre 2005, C. \_\_\_\_\_ SA a rappelé à M. \_\_\_\_\_ GmbH que les deux parties avaient émis le vœu que l'ancien

contrat de collaboration (contrat de licence du 12 février 1960) soit remplacé par un nouveau document contractuel à établir. Comme les deux parties avaient un intérêt vital à poursuivre leur relation de longue date, elle était convaincue qu'une solution acceptable pour les deux parties serait trouvée. Elle précisait en outre qu'elle ne pouvait pas entrer en matière sur la lettre de résiliation datée du 30 septembre 2005; comme celle-ci avait été postée le 6 octobre à [...] et reçue le 11 octobre 2005, elle contrevenait au délai de résiliation et aux conditions de forme des articles IIa et VIIa du contrat de 1960. S'agissant du nouveau contrat, il était indispensable de garantir des prix et conditions stables. A.\_\_\_\_\_GmbH était invitée à lui soumettre un projet de nouveau contrat. Enfin, C.\_\_\_\_\_ SA rappelait qu'il avait été convenu le 29 septembre 2005 de mettre à sa disposition une liste des "plans de moules" ("Modelpläne") se trouvant chez M.\_\_\_\_\_GmbH et auprès des fonderies.

Dans un courrier du 20 décembre 2005 adressé à M.\_\_\_\_\_GmbH, C.\_\_\_\_\_ SA a maintenu que la résiliation du 30 septembre 2005 n'était pas valable et a prié sa partenaire, compte tenu de son aliénation planifiée, de lui donner des garanties écrites d'une part sur la préservation du secret concernant la "propriété intellectuelle" de C.\_\_\_\_\_ SA telle que les plans, le transfert de savoir-faire, les données de la clientèle et autres, et d'autre part sur la poursuite des livraisons l'année suivante.

**5.** Les 15 et 16 mars 2007, les deux parties se sont rencontrées à [...]. Par télécopie du 5 avril 2007, A.\_\_\_\_\_GmbH a rappelé les termes de l'accord intervenu lors de cette réunion, à savoir que pour tous les articles livrés et facturés en 2005/2006 selon liste annexée, la hausse des prix était limitée à 2 % par rapport au dernier prix facturé. Cette réglementation avait un effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2007. C.\_\_\_\_\_ SA était invitée à confirmer ce qui précède par écrit.

Le 10 mai 2007, A.\_\_\_\_\_GmbH a écrit à C.\_\_\_\_\_ SA que comme celle-ci lui reprochait de pratiquer des prix non conformes au contrat et n'était pas ponctuelle dans ses paiements, les commandes en

cours ne seraient livrées que moyennant pré-paiement ("gegen Vorkasse"); de surcroît les créances en souffrance devaient être payées et C.\_\_\_\_\_ SA devait émettre une déclaration selon laquelle ses griefs relatifs aux prix non conformes ne s'appliquaient pas à ces commandes. Ces conditions s'appliquaient aussi aux nouvelles commandes.

Dans un courriel du 11 mai 2007, A.\_\_\_\_\_ GmbH s'est référée à sa télécopie du 5 avril 2007 et a indiqué que comme elle n'avait pu recueillir aucun accord sur la fixation des prix pour l'année 2007, ses prix calculés selon les bases de calcul les plus récentes étaient à nouveau valables; chaque commande ferait l'objet d'un nouvel examen et d'un nouveau calcul.

Le 14 mai 2007, C.\_\_\_\_\_ SA a écrit à A.\_\_\_\_\_ GmbH qu'elle avait étudié l'évolution de ses prix sur les six dernières années et constaté une hausse de 25 à 36 % pour un grand nombre de pièces, voire 70 % pour certaines. Il lui apparaissait que A.\_\_\_\_\_ GmbH ou ses prédécesseurs lui avaient facturé un prix bien supérieur à la formule de l'art. IIIe du contrat de licence. Elle estimait avoir été lésée de près de 500'000 euros chaque année. A.\_\_\_\_\_ GmbH était invitée à remettre entre autres l'ensemble des factures relatives aux matières qu'elle avait dû acquérir pour fabriquer les pièces ensuite vendues à C.\_\_\_\_\_ SA, à défaut de quoi celle-ci agirait en justice pour faire valoir ses droits. Elle ajoutait que le contrat avait été résilié par lettre du 30 septembre 2005, que la date de l'effet de cette résiliation restait litigieuse mais qu'en tout état de cause, ce contrat ne régissait plus les commandes passées dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007. A.\_\_\_\_\_ GmbH a admis avoir reçu cette lettre.

Le 21 mai 2007, en réponse au courrier précité du 10 mai 2007, C.\_\_\_\_\_ SA a déclaré que la formule de fixation des prix prévue à l'art. IIIe du contrat de licence du 12 février 1960 ne s'appliquait pas aux deux commandes en cours compte tenu du fait que ce contrat avait pris fin le 31 décembre 2006. Elle priait sa correspondante de lui confirmer l'expédition des deux commandes en cours, qui avaient par ailleurs déjà été payées. A.\_\_\_\_\_ GmbH a répondu le même jour qu'elle avait préparé

l'envoi et informé l'entreprise de transport; l'enlèvement aurait probablement lieu le 22 mai 2007.

Le 4 octobre 2007, A. \_\_\_\_\_ GmbH a écrit à C. \_\_\_\_\_ SA qu'elle n'entendait pas prendre position sur le procès-verbal de leur séance du 19 septembre 2007 dès lors qu'il avait été établi par cette dernière. Elle joignait à son courrier un projet d'accord fixant le cadre de leur collaboration future en soulignant qu'il n'intégrait pas le souhait exprimé par C. \_\_\_\_\_ SA de faire expertiser la production et les coûts de production de A. \_\_\_\_\_ GmbH.

Par courriel du 15 octobre 2007, C. \_\_\_\_\_ SA a accusé réception de ce courrier et a prié A. \_\_\_\_\_ GmbH d'informer par écrit les fonderies que les moules déposés chez elles étaient la propriété de C. \_\_\_\_\_ SA, de même que les droits protégés qui y étaient attachés.

Le 6 décembre 2007, A. \_\_\_\_\_ GmbH a écrit à C. \_\_\_\_\_ SA que comme elle l'avait déjà signalé plusieurs fois ces dernières semaines, les matières premières pour les [...] 101 et 202 manquaient. Les délais de livraison pour les pièces en fonte étaient d'environ 4 à 5 mois; à cela s'ajoutaient des délais de 6 à 8 semaines pour l'usinage par A. \_\_\_\_\_ GmbH. Elle ajoutait ne pas pouvoir accomplir la commande D-7777 comprenant 6 [...] 303.

Le même jour, C. \_\_\_\_\_ SA a répondu par courriel que son avocat demandait depuis plusieurs mois la restitution de tous leurs moules. Elle a invité A. \_\_\_\_\_ GmbH à les restituer le plus rapidement possible afin d'éviter des suites judiciaires.

Par courriel du même jour, A. \_\_\_\_\_ GmbH a répondu qu'elle comprenait l'expression "restituer les moules" en ce sens que C. \_\_\_\_\_ SA voulait avoir une attestation que les fonderies mandatées par A. \_\_\_\_\_ GmbH ne livraient pas à des tiers des produits sortant de ces moules; or c'était la base des affaires dans le domaine de la fonderie que de ne pas pratiquer de tels procédés. Elle a ajouté qu'elle avait déjà

promis de recueillir de telles attestations et que par ailleurs des réparations étaient nécessaires sur les moules, sans quoi certains articles ne pourraient pas être livrés l'année suivante. Elle proposait de préfinancer ces réparations et de régler ensuite les comptes avec C.\_\_\_\_\_ SA au niveau des prix.

Dans un courrier du 12 décembre 2007, C.\_\_\_\_\_ SA a résumé sa position en rappelant que A.\_\_\_\_\_ GmbH avait décidé de résilier leur contrat en octobre 2005, lequel avait finalement pris fin le 31 décembre 2006. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, A.\_\_\_\_\_ GmbH avait drastiquement augmenté ses prix à l'encontre de C.\_\_\_\_\_ SA; un accord avait été trouvé en avril 2007, que A.\_\_\_\_\_ GmbH avait unilatéralement rompu en mai 2007. C.\_\_\_\_\_ SA avait eu plusieurs contacts avec les trois fonderies principales en vue de commander directement auprès d'elles. Lors de leur réunion en septembre, A.\_\_\_\_\_ GmbH s'était engagée à écrire aux fonderies que C.\_\_\_\_\_ SA était seule propriétaire des moules et que les pièces devaient être fondues en exclusivité pour cette dernière. Toutes les fonderies attendaient cette déclaration que A.\_\_\_\_\_ GmbH n'avait toujours pas faite.

Le 15 décembre 2007, par courriers inscrits, C.\_\_\_\_\_ SA a informé les fonderies [...] GmbH et [...] GmbH que les moules en leur possession, dont les références étaient expressément citées, étaient la propriété exclusive de C.\_\_\_\_\_ SA, qui disposait de brevets mondiaux sur ces éléments; en conséquence, les fonderies n'avaient pas le droit de couler des pièces qui n'étaient pas destinées à C.\_\_\_\_\_ SA. Elle les informait que le contrat de licence avait perdu sa validité au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et que depuis lors, l'activité de A.\_\_\_\_\_ GmbH n'était plus que temporairement souhaitée, respectivement tolérée par C.\_\_\_\_\_ SA. Dès lors, sauf instruction expresse en ce sens, les fonderies n'étaient plus autorisées à produire pour A.\_\_\_\_\_ GmbH, mais directement pour elle-même; les fonderies étaient tenues de restituer les moules originaux à première réquisition.

Dans un courrier du 31 décembre 2007, C.\_\_\_\_\_ SA a notamment reproché à A.\_\_\_\_\_GmbH d'avoir donné de fausses informations aux fonderies sur la propriété des moules et de faire du chantage en évoquant une société est-européenne à qui il était question de livrer des pièces. Toutefois, C.\_\_\_\_\_ SA entendait encore passer commande pour 20 rotors de chaque sorte (101, 202 et 303) dont elle avait besoin pour le premier quart de l'année 2008; elle ferait ensuite transférer la machine perceuse à un endroit qu'elle indiquerait. Elle attendait confirmation de sa commande.

Le 1<sup>er</sup> février 2008, A.\_\_\_\_\_GmbH a écrit à C.\_\_\_\_\_ SA que sa communication du 17 janvier 2008 selon laquelle elle ne pouvait plus livrer de garniture de taille 303 était erronée; les 3 garnitures commandées pour janvier avaient par erreur été décomptées comme déjà livrées. Celles-ci étaient prêtes à l'envoi. Pour le surplus, il n'y avait pas de commandes confirmées pour ces garnitures.

Par courriel du 6 février 2008, C.\_\_\_\_\_ SA a averti [...] Turin, qui utilisait des garnitures de type 303 [...], de sa situation difficile avec A.\_\_\_\_\_GmbH concernant la production de ces pièces, due au "manque (...) de matières premières en stock", signalant qu'elle avait déjà entrepris des démarches judiciaires pour accélérer la production.

Par courrier du 11 février 2008, [...] Turin a pris note des difficultés rencontrées par C.\_\_\_\_\_ SA avec son sous-traitant A.\_\_\_\_\_GmbH. [...] déplorait cette situation qui compromettait hautement la continuité de sa production comme elle ne disposait de stocks de rechange que jusqu'à la seconde moitié de mars. Elle regrettait en outre d'avoir appris cette situation tardivement le 1<sup>er</sup> février précédent, alors que le litige avait débuté en septembre 2007 en raison prétendument d'une augmentation de prix. Cette absence d'avertissement ainsi que les informations contradictoires données constituaient à son sens une grave négligence, de sorte qu'elle se réservait de déposer plainte contre C.\_\_\_\_\_ SA pour tous dommages pouvant survenir.

Par fax daté du 16 février 2008 [le 6 étant biffé sur la copie produite], C.\_\_\_\_\_ SA a souligné l'importance de la livraison de garnitures 303 pour un de ses clients et a indiqué à A.\_\_\_\_\_ GmbH qu'il y avait trois possibilités de livrer ce client : soit la production se déroulait de la façon usuelle entre A.\_\_\_\_\_ GmbH, la fonderie [...] et C.\_\_\_\_\_ SA; soit la fonderie restituait les moules en fonte à C.\_\_\_\_\_ SA, afin qu'elle puisse faire produire ses pièces par une autre fonderie puis les faire usiner par une autre entreprise; soit A.\_\_\_\_\_ GmbH restituait les plans pour les moules en fonte de la garniture 303, afin que C.\_\_\_\_\_ SA puisse établir un nouveau moule et être entièrement indépendante.

Dans le cadre de la procédure provisionnelle ouverte le 11 novembre 2008 devant la Cour civile (infra ch. 10), A.\_\_\_\_\_ GmbH et B.\_\_\_\_\_ AG ont admis que dans la mesure où des fabriques de papier avaient fait des demandes portant encore sur des garnitures pour des raffineurs " [...]", A.\_\_\_\_\_ GmbH y avait donné suite.

Par six ordres des 7 mai, 20 juin et 7 juillet 2008, [...] Turin a passé directement commande à A.\_\_\_\_\_ GmbH et s'est directement fait livrer par celle-ci des pièces détachées et garnitures pour ses machines achetées à C.\_\_\_\_\_ SA.

**6.** Au cours de l'été 2008, une cliente suisse a passé commande auprès de C.\_\_\_\_\_ SA; celle-ci lui a adressé une facture après que la livraison de la marchandise se trouvant dans le dépôt de C.\_\_\_\_\_ SA eut été exécutée par A.\_\_\_\_\_ GmbH sur ordre de C.\_\_\_\_\_ SA.

**7.** Diverses procédures ont été ouvertes en Allemagne.

**a)** Le 17 décembre 2007, C.\_\_\_\_\_ SA a déposé auprès de l'Amtsgericht de Berlin une requête en délivrance d'une "injonction de payer" (Mahnbescheid) à l'encontre de A.\_\_\_\_\_ GmbH. Dans son formulaire de réquisition, C.\_\_\_\_\_ SA réclamait paiement du montant de 5 millions d'euros, soit 8,3 millions de francs suisses, plus intérêt à 5 % du 1<sup>er</sup> janvier 2002 au 31 décembre 2006, en invoquant le contrat de licence

du 12 février 1960 pour la période du 18 février 1997 au 31 décembre 2006; elle renvoyait au numéro 28 du "catalogue" annexé au formulaire. Il découle d'autres pièces du dossier que ce numéro désigne une créance de dommages-intérêts. Sous chiffre 45 du formulaire, C. \_\_\_\_\_ SA précisait que l'éventuelle procédure contentieuse devrait être introduite devant le "Landgericht" à "1014 Lausanne (CH)"; elle n'avait toutefois pas coché la rubrique permettant de demander la mise en œuvre de la procédure contentieuse en cas d'opposition.

Le 7 janvier 2008, l'Amtsgericht de Berlin a écrit à C. \_\_\_\_\_ SA que sa requête avait été reçue le 19 décembre 2007 et enregistrée sous n° [...]01, mais que l'injonction de payer ne pouvait pas être délivrée car le chiffre 45 renvoyait à un tribunal étranger. En conséquence, C. \_\_\_\_\_ SA était invitée à corriger sa réquisition ou à la retirer. Par courrier du 22 janvier 2008, C. \_\_\_\_\_ SA a indiqué qu'elle rectifiait le chiffre 45 en ce sens : "Landgericht, Kammer für Handelssachen, 44135 Dortmund".

Le 25 janvier 2008, l'Amtsgericht a délivré une injonction de payer à l'encontre de A. \_\_\_\_\_ GmbH en se référant à la réquisition du 19 décembre 2007. Au pied de l'injonction, il était précisé que le tribunal n'avait pas vérifié la prétention du requérant et que l'intimé avait un délai de deux semaines pour payer le montant revendiqué ou pour indiquer si et dans quelle mesure il contestait la prétention. Si l'intimé ne réagissait pas, le requérant pouvait obtenir à l'issue du délai une ordonnance d'exécution (Vollstreckungsbescheid) et procéder à l'exécution forcée.

Selon le jugement du 16 février 2009 du Landgericht Dortmund, la notification du Mahnbescheid est survenue le 1<sup>er</sup> février 2008.

Le 15 février 2008, l'Amtsgericht a informé C. \_\_\_\_\_ SA que A. \_\_\_\_\_ GmbH avait fait opposition le 13 février 2008 pour la prétention totale; pour que la procédure soit transmise (Abgabe des Verfahrens), il était nécessaire de former une réquisition de mise en œuvre de la

procédure contentieuse (streitiges Verfahren). Le paiement des frais de justice équivalait à une telle requête.

Le 18 mars 2008, C.\_\_\_\_\_ SA a écrit à l'Amtsgericht sous numéro de cause [...]01 qu'elle entendait limiter sa créance à 700'000 euros et l'a invité à lui adresser un nouveau coupon de justice. Elle précisait qu'une fois celui-ci payé, la procédure contentieuse devrait être mise en œuvre immédiatement et la cause transférée au Landgericht Dortmund (Chambre des affaires commerciales). Le 22 mai 2008, C.\_\_\_\_\_ SA a demandé à l'Amtsgericht qu'elle lui adresse un coupon de justice pour une valeur litigieuse de 250'000 euros. C.\_\_\_\_\_ SA a payé l'avance de frais afférente à ce montant. Le 30 juillet 2008, l'Amtsgericht a transmis la cause au Landgericht de Dortmund en vue de la procédure contentieuse. Dans son avis aux parties, elle a réservé la compétence de cette autorité d'examiner sa compétence.

Le 12 août 2008, le Landgericht de Dortmund a informé les parties que la procédure [...]01 N lui avait été transmise et qu'elle se poursuivait désormais sous son autorité sous n° [...]08. Dite autorité a sommé C.\_\_\_\_\_ SA de motiver sa demande en justice dans un délai de deux semaines dès réception de cet avis.

Le 20 août 2008, le Landgericht de Dortmund a reçu une motivation de demande en justice (Anspruchsbegründung) émanant de C.\_\_\_\_\_ SA, datée du 15 août 2008 et tendant à ce que A.\_\_\_\_\_ GmbH soit condamnée à lui restituer une perceuse-troueuse (Mehrspindelbohrmaschine) inventoriée sous numéro [...]3, ainsi qu'une liste de moules de fonderie (Gussmodelle) référencés selon leurs numéros d'inventaire. Dans cette écriture, C.\_\_\_\_\_ SA indique une valeur litigieuse provisoire de 250'000 euros; elle invoque son droit de propriété sur ces choses et soutient que A.\_\_\_\_\_ GmbH a tout au plus acquis la possession dérivée médiate (mittelbare Fremdbesitzerin) en raison du contrat de licence, de sorte que A.\_\_\_\_\_ GmbH ne saurait bénéficier de la présomption de propriété.

Le 29 septembre 2008, A.\_\_\_\_\_GmbH a adressé à l'Amtsgericht une réquisition de mettre en oeuvre la procédure contentieuse (Streitantrag) et de transmettre la cause au Landgericht Dortmund pour le solde de 4,75 millions d'euros, en précisant que cette autorité était déjà saisie à raison du "Streitantrag" de C.\_\_\_\_\_ SA pour le montant de 250'000 euros.

Le 14 octobre 2008, C.\_\_\_\_\_ SA a écrit à l'Amtsgericht que le point de vue selon lequel l'intimée avait le droit de formuler un "Streitantrag" n'était pas valable. A titre préventif, elle a retiré la requête de mise en oeuvre de la procédure contentieuse pour une valeur de 4,75 millions d'euros.

Par écriture du 27 octobre 2008, C.\_\_\_\_\_ SA a augmenté ses conclusions en ce sens que A.\_\_\_\_\_GmbH est condamnée à lui restituer une série d'articles supplémentaires expressément désignés, d'une valeur de 300'000 euros. C.\_\_\_\_\_ SA se réfère à une écriture de A.\_\_\_\_\_GmbH du 10 octobre 2008.

Dans cette écriture, C.\_\_\_\_\_ SA maintient qu'elle est propriétaire des moules tandis que A.\_\_\_\_\_GmbH n'en est que le possesseur pour autrui non autorisé. Celle-ci en a acquis la possession après la conclusion du contrat de licence, afin de produire des pièces en exclusivité pour la donneuse de licence; la preneuse de licence ne bénéficie ainsi pas de la présomption de propriété. C.\_\_\_\_\_ SA concède que certains modèles ont été améliorés ou fabriqués par A.\_\_\_\_\_GmbH, mais à sa requête, grâce à ses propres plans et à ses frais. C.\_\_\_\_\_ SA voit notamment des indices de son droit de propriété dans le fait qu'elle a assumé les coûts de réparation et frais d'assurance des objets revendiqués. Par ailleurs, elle conteste le droit de rétention qui lui a été opposé par A.\_\_\_\_\_GmbH, compte tenu notamment du fait que les créances qu'il est destiné à garantir ne sont à son avis pas fondées ou insuffisamment motivées. Sont ainsi contestées : une créance de A.\_\_\_\_\_GmbH en paiement de produits commandés et prêts à la livraison, le problème concernant le système d'avance de paiement

(Vorkasse); une créance en paiement de frais de nettoyage d'un moule; une créance pour les coûts causés par une annonce de commande faite le 31 décembre 2007 qui n'aurait pas été mise à exécution; enfin, une créance en paiement de produits dont le stockage aurait été ordonné par C.\_\_\_\_\_ SA. S'agissant de cette dernière créance, C.\_\_\_\_\_ SA fait valoir que l'accord de stockage prétendument convenu entre les parties ne peut découler que du contrat de licence et qu'à cet égard, le Landgericht de Dortmund n'est pas compétent pour les créances qui pourraient découler directement de ce contrat, lequel prévoit la compétence des tribunaux suisses et l'application du droit suisse. C.\_\_\_\_\_ SA s'étonne en outre du fait que la partie adverse n'invoque pas cette créance à titre reconventionnel. C.\_\_\_\_\_ SA conteste aussi l'existence d'un lien de connexité entre le droit de rétention opposé par A.\_\_\_\_\_ GmbH et sa propre prétention en restitution de divers objets. En fin d'écriture, C.\_\_\_\_\_ SA réserve tout droit fondé sur la propriété ou la protection de la possession, ainsi que d'éventuelles prétentions découlant de la concurrence déloyale ou de violations de prohibition de concurrence.

Selon le procès-verbal d'une audience tenue le 29 octobre 2008 par le président du Landgericht de Dortmund dans la cause [...], les parties se sont mises d'accord quant à l'application du droit allemand pour les prétentions concernées par ce litige. Il est précisé que C.\_\_\_\_\_ SA a déposé l'original de l'écriture du 27 octobre 2008 et que la situation de fait et de droit a été examinée de façon circonstanciée; une audience ne sera fixée que sur requête d'une partie. Il résulte du jugement du 16 décembre 2009 qu'il s'agit d'une audience de conciliation (Gütetermin) et que comme un arrangement paraissait encore possible, les parties n'ont pas pris de conclusions.

Le 18 novembre 2008, l'Amtsgericht de Wedding s'est dessaisie de la cause [...]01-N et l'a transmise au Landgericht Dortmund sous n° [...]08.

Par avis du 10 décembre 2008, le Landgericht Dortmund a informé C.\_\_\_\_\_ SA que la cause faisant l'objet du "Mahnbescheid" [...]-

01-N lui avait été transmise et prenait désormais la référence [...] /08. Dite autorité lui a imparti un délai de deux semaines dès réception de l'avis pour motiver le solde de sa prétention, soit 4,75 millions d'euros. C. \_\_\_\_\_ SA n'a déposé aucune motivation de cette prétention.

Par avis du 12 janvier 2009, les parties ont été citées à comparaître à une audience de conciliation et de débats (Gütetermin und Verhandlungstermin) du Landgericht Dortmund appointée le 6 mai 2009.

A cette audience, C. \_\_\_\_\_ SA n'a pris aucune conclusion sur la prétention de 4,75 millions d'euros; A. \_\_\_\_\_ GmbH a conclu au rejet de l'action par jugement par défaut.

Le 6 mai 2009, le Landgericht Dortmund a rendu un jugement partiel par défaut (Teil-Versäumnisurteil) par lequel il a rejeté l'action en tant qu'elle concernait les prétentions en dommages-intérêts fondées sur le contrat de licence du 12 février 1960 portant sur le montant de 4,75 millions d'euros.

C. \_\_\_\_\_ SA s'est opposée à ce jugement, concluant à son annulation. Dans un mémoire du 28 septembre 2009, C. \_\_\_\_\_ SA a conclu à ce que les coûts de la procédure pour le dépôt du "Streitantrag" à hauteur de 4,75 millions d'euros soient mis à la charge de A. \_\_\_\_\_ GmbH. Elle a précisé pour clarifier sa volonté qu'elle retirait le "Mahnbescheid" à concurrence de 4,75 millions d'euros

Le 16 décembre 2009, le Landgericht Dortmund a confirmé son jugement du 6 mai 2009. Selon les considérants de cette décision, C. \_\_\_\_\_ SA n'a pas clairement exprimé la volonté qu'elle entendait mettre un terme définitif à la "Mahnverfahren" pour le solde de 4,75 millions d'euros. Le fait de limiter la créance litigieuse à 250'000 euros ne saurait revêtir une telle signification, mais implique tout au plus une limitation du "Streitantrag". De la part d'un avocat, on peut attendre qu'il recoure à l'expression "retrait du Mahnantrag". Pour des raisons de prescription, C. \_\_\_\_\_ SA pouvait en effet avoir intérêt à ne pas retirer

l'injonction de payer (Mahnbescheid). Le retrait du "Streitantrag" ne vaut pas retrait du "Mahntrag". A l'audience de conciliation du 29 octobre 2008, le président a suggéré avec insistance un retrait partiel du "Mahntrag" en précisant qu'à son sens, un tel acte était encore possible; or à ce moment-là, le représentant de C.\_\_\_\_\_ SA n'a pas prétendu avoir déjà retiré son "Mahntrag". Le § 696 al. 1 CPC prévoit qu'"une partie" peut demander la mise en œuvre de la procédure contentieuse, de sorte que ce droit appartenait aussi bien à C.\_\_\_\_\_ SA qu'à A.\_\_\_\_\_ GmbH. Dans la mesure où C.\_\_\_\_\_ SA n'a pas motivé sa prétention de 4,75 millions d'euros et n'a pas pris de conclusions à l'audience du 6 mai 2009, il faut, sur requête de l'intimé, rejeter l'action par un jugement par défaut partiel. Le tribunal se rallie expressément à l'opinion de Zöllner/Vollkommer (§ 697 n. 10), selon laquelle en l'absence de demande motivée (Klagebegründung), il ne faut pas rejeter l'action comme étant irrecevable (unzulässig) faute de remplir les conditions au procès, mais comme étant infondée (unbegründet). Selon le tribunal, il ne faut en effet pas négliger l'intérêt du défendeur à obtenir une décision ayant force de chose jugée (rechtskräftig). A cet égard, la défenderesse a fait valoir qu'elle s'était vue contrainte de constituer des provisions en raison des prétentions formées par la demanderesse. Le jugement entrepris n'a pas été motivé dans la mesure où son contenu n'est pas susceptible d'exécution, le juge partant de l'idée qu'il ne serait pas invoqué à l'étranger. La demanderesse n'a pas été lésée par le défaut de motivation puisqu'une opposition a été formée contre le jugement.

**b)** Parallèlement à cette procédure, le 18 février 2008, C.\_\_\_\_\_ SA a saisi le Landgericht Dortmund d'une requête de mesures provisoires tendant à ce que A.\_\_\_\_\_ GmbH soit condamnée à lui livrer immédiatement soixante garnitures [...] des tailles 101, 202 et 303.

Le 2 mars 2008, C.\_\_\_\_\_ SA a modifié cette requête en ce sens que A.\_\_\_\_\_ GmbH doit être condamnée à livrer six garnitures [...] de taille 333 [sic] au plus tard dans les 15 jours après l'ordonnance provisionnelle.

Par jugement daté du 27 février 2008 (sic), portant le numéro de cause [...]08, ladite autorité a rejeté la requête modifiée, en relevant que C.\_\_\_\_\_ SA se référait à une commande du 28 novembre 2007, date à laquelle, selon ses propres allégations, la résiliation du contrat de licence avait pris effet; or elle n'avait pas établi l'acceptation de sa commande.

**c)** Le 1er avril 2008, C.\_\_\_\_\_ SA a déposé une requête de mesures provisoires devant le Landgericht de Dortmund, tendant à faire interdire à A.\_\_\_\_\_GmbH, sous la menace de sanctions pénales, d'utiliser, d'aliéner à des tiers ou de transmettre de toute autre façon les moules de la requérante ainsi que les pièces produites grâce à ces moules et les machines de C.\_\_\_\_\_ SA en fonction auprès de A.\_\_\_\_\_ GmbH, respectivement de les entreposer dans un lieu autre que la halle louée par la requérante, où elle ira retirer ces objets.

Lors d'une audience du 23 avril 2008, C.\_\_\_\_\_ SA a déclaré retirer sa requête de mesures provisionnelles.

**d)** Le 15 septembre 2008, l'Oberlandesgericht de [...] (Allemagne), statuant sur recours dans la cause n° [...]08, a ordonné à A.\_\_\_\_\_ GmbH de restituer à C.\_\_\_\_\_ SA toutes les membranes en caoutchouc se trouvant dans l'entrepôt loué à [...] et lui a interdit de priver C.\_\_\_\_\_ SA de la possession des membranes mentionnées au chiffre 1 de ses conclusions. Selon cette décision, il était suffisamment vraisemblable que A.\_\_\_\_\_ GmbH avait illicitement privé C.\_\_\_\_\_ SA de sa possession par un acte d'usurpation (§ 858 al. 1 du Code civil allemand - Bürgerliches Gesetzbuch, ci-après BGB) et que cette dernière avait une prétention fondée sur le § 861 al. 1 BGB; l'autorité intimée avait méconnu le fait que les prétentions en protection de la possession fondées sur les §§ 861 et 862 BGB peuvent être accordées dans le cadre de mesures provisionnelles.

**8.** Par requête de conciliation du 12 février 2008, C.\_\_\_\_\_ SA a prié le Juge de paix du district de [...] de tenter la conciliation avec les

intimées sur la conclusion suivante, en se réservant la possibilité d'augmenter ses conclusions :

"Condamner solidairement A. \_\_\_\_\_ GmbH et B. \_\_\_\_\_ AG à payer à C. \_\_\_\_\_ SA une somme non inférieure à CHF 8'000'000.- (huit millions de francs suisses), plus intérêts à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 1998."

Le 13 août 2008, le conseil de A. \_\_\_\_\_ GmbH et B. \_\_\_\_\_ AG a écrit au Juge de paix qu'en l'état, seule la seconde société avait été convoquée à l'audience du 21 août 2008 et que celle-ci demandait une dispense de comparution. Le Juge de paix a en outre été invité à confirmer que A. \_\_\_\_\_ GmbH n'avait pas été convoquée et qu'elle n'avait donc pas à se présenter à l'audience de conciliation.

Le 18 août 2008, le Juge de paix a répondu que les deux sociétés avaient été convoquées à l'audience du 21 août 2008 et que la présence des parties était indispensable, de sorte qu'il n'accordait pas la dispense de comparution de A. \_\_\_\_\_ GmbH.

L'audience s'est tenue le 21 août 2008. L'acte de non-conciliation indique que personne ne s'est présenté pour les deux défenderesses, "dispensées de comparution personnelle" (sic). Le Juge de paix a délivré un acte de défaut pour valoir acte de non-conciliation. L'acte a été envoyé pour notification aux parties le 27 août 2008.

Dans la présente procédure incidente, A. \_\_\_\_\_ GmbH et B. \_\_\_\_\_ AG allèguent qu'une nouvelle requête de conciliation a été déposée le 16 janvier 2009 et qu'elle contient exactement les mêmes conclusions que la requête du 12 février 2008. Il est tout au plus établi que le 24 avril 2009, ces deux sociétés se sont vu notifier par la voie de l'entraide internationale une citation à comparaître devant le Juge de paix du district de [...] en date du 28 mai 2009 pour une conciliation hors compétence dans la cause les opposant à C. \_\_\_\_\_ SA. Par courrier du 30 avril 2009, le conseil de A. \_\_\_\_\_ GmbH et B. \_\_\_\_\_ AG a indiqué que ses clientes lui avaient communiqué les deux citations à comparaître qui leur avaient été transmises, sans annexe. Le conseil a sollicité leur dispense de comparution en invoquant le fait qu'elles avaient déjà signé

des déclarations de renonciation à invoquer la prescription pour autant qu'elle n'eût pas déjà été acquise au jour du dépôt de la deuxième requête de conciliation. L'intimée a tout au plus admis que des procédés visant l'interruption de la prescription ont été renouvelés contre les requérantes.

**9.** Le 29 septembre 2008, C. \_\_\_\_\_ SA a déposé devant la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud (ci-après Cour civile) une demande contenant les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens :

**I.** A. \_\_\_\_\_ GmbH et B. \_\_\_\_\_ AG, solidairement, respectivement l'une ou l'autre, l'une et l'autre dans la mesure que justice dira, sont condamnées à payer immédiatement à C. \_\_\_\_\_ SA la somme de 2'000'000 d'Euros (deux millions d'Euros), subsidiairement CHF 3'200'000.- (trois millions deux cent mille francs suisses), plus intérêts à 5 % (cinq pour cent) l'an dès le 1er janvier 1998 sur 1'000'000 d'Euros (un million d'Euros), subsidiairement CHF 1'600'000.- (un million six cent mille francs suisses), et dès le 1er janvier 2008, sur 1'000'000 d'Euros (un million d'Euros), subsidiairement CHF 1'600'000.- (un million six cent mille francs suisses), les conclusions étant susceptibles d'être modifiées et augmentées en cours d'instance.

**II.** A. \_\_\_\_\_ GmbH et B. \_\_\_\_\_ AG, solidairement, respectivement l'une ou l'autre, l'une et l'autre dans la mesure que justice dira, sont condamnées à verser à C. \_\_\_\_\_ SA le produit du gain réalisé, selon les précisions qui seront données en cours d'instance, après expertise, correspondant aux sommes qu'elles ont, respectivement auront encaissées, pour la vente et la livraison de produits, machines et pièces détachées, à [...] Turin SpA, de type " [...]", en particulier et sans limitation, destinés aux machines de la marque " [...]", telles que des garnitures.

**III.** Interdiction est faite à A. \_\_\_\_\_ GmbH et B. \_\_\_\_\_ AG, notamment de reproduire, faire reproduire, usiner, commercialiser sous toutes formes, vendre, livrer, céder, donner sous licence, disposer d'une quelconque manière, de toutes les pièces d'Equipements, pour toutes machines de C. \_\_\_\_\_ SA, toutes pièces détachées, tous plans, tous modèles, tous moules, tous dessins, tous descriptifs techniques, toutes garnitures, en particulier tous rotors, tous stators, correspondant à des produits de la marque " [...]" et développés pour les machine de marque " [...]" ( [...] [...], etc), et de livrer à tous clients de C. \_\_\_\_\_ SA, en particulier [...] Turin SpA, et toutes autres sociétés du groupe [...] dans le monde, aux sociétés [...] etc., tous éléments précités, sous la commination de la peine d'amende en cas d'infraction à cette injonction, au sens de l'article 292 du Code pénal suisse."

Après une tentative infructueuse de notification par la voie de l'entraide internationale, la demande a été notifiée le 12 février 2009 au conseil des défenderesses.

**10.** Le 11 novembre 2008, C.\_\_\_\_\_ SA a déposé devant la Cour civile une requête de mesures provisionnelles et préprovisionnelles.

Par ordonnance du 15 avril 2009 (date d'expédition du dispositif), le Juge instructeur de la Cour civile a ordonné ce qui suit :

**I.** Interdit à A.\_\_\_\_\_ GmbH d'utiliser toutes machines, et en particulier la machine-foreuse, perceuse-troueuse (Spezialbohrmaschine), ainsi que tous moules et modèles destinés à la fabrication de produits de C.\_\_\_\_\_ SA, telles que les machines, pièces de rechanges et garnitures destinées à la fabrication de garnitures de raffineur pour les machines de la gamme " [...]", vendues par C.\_\_\_\_\_ SA sous la marque " [...]", pour un quelconque usage, de reproduire, faire reproduire, usiner, commercialiser sous toutes formes, vendre, livrer, à quiconque, à l'exception de C.\_\_\_\_\_ SA et sur commande de celle-ci, toutes pièces d'équipements, soit toutes machines, toutes pièces détachées, tous plans, tous modèles, tous moules, dessins, descriptifs techniques, toutes garnitures, correspondant à des produits de la gamme " [...]", et en particulier des rotors, stators, et de toutes pièces de rechanges, notamment développés pour les machines de marque " [...]".

**II.** Interdit à A.\_\_\_\_\_ GmbH de livrer directement ou indirectement des machines, des garnitures, des cônes, des rotors, des stators, et toutes autres pièces de la gamme " [...]", et en particulier de pièces détachées, garnitures, modèles et moules nécessaires à la machine " [...]", à tous clients de C.\_\_\_\_\_ SA.

**III.** Interdit à A.\_\_\_\_\_ GmbH de céder, d'autoriser la cession, l'usage, de disposer ou d'autoriser la disposition d'une quelconque manière, la fabrication, la reproduction, sous toutes formes, de toutes machines, de tous modèles et moules, destinés à la fabrication des machines de la gamme " [...]" commercialisées par C.\_\_\_\_\_ SA, en particulier sous la marque " [...]", ainsi que de céder, d'autoriser la cession, de disposer ou d'autoriser la disposition, la vente, la location et toutes autres formes d'usage, la fabrication et la reproduction de garnitures destinées aux machines précitées.

**IV.** Assortit les injonctions décernées sous chiffres I à III ci-dessus de la menace de la peine d'amende prévue par l'article 292 du Code pénal en cas d'insoumission à une décision de l'autorité.

**V.** Révoque l'ordonnance de mesures préprovisionnelles du 13 janvier 2009 en tant qu'elle porte des injonctions plus larges ou différentes que celles figurant ci-dessus.

**VI.** Impartit à la requérante C.\_\_\_\_\_ SA un délai de **trente jours** à compter de celui où la présente ordonnance sera devenue définitive pour faire valoir son droit en justice.

**VII.** Arrête les frais de la procédure provisionnelle à 3'370 fr. (trois mille trois cent septante francs) pour la requérante.

**VIII.** Dit que les dépens suivent le sort de la cause au fond.

**IX.** Rejette toutes autres ou plus amples conclusions.

**X.** Déclare la présente ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant recours ou appel."

**11. a)** Prorogé à plusieurs reprises, le délai pour déposer une réponse arrivait à échéance le 3 juin 2009. A cette date, A. \_\_\_\_\_ GmbH et B. \_\_\_\_\_ AG ont déposé une requête incidente contenant les conclusions suivantes :

"(...)

**III. CONCLUSIONS DE A. \_\_\_\_\_ GmbH**

Fondée sur ce qui précède, la requérante A. \_\_\_\_\_ GmbH a l'honneur de conclure à ce qu'il plaise au Juge instructeur de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois, avec suite de frais et dépens, prononcer :

I. C. \_\_\_\_\_ SA est éconduite de son instance en ce qu'elle a trait à A. \_\_\_\_\_ GmbH, dans son entier, subsidiairement pour les prétentions que justice dira, la cause étant suspendue pour le surplus dans son entier, subsidiairement pour les prétentions que justice dira, jusqu'à ce que la compétence du Landgericht de Dortmund soit établie, date à partir de laquelle la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois se dessaisira, au sens de l'art. 21 al. 2 CLug, de la cause.

**Cumulativement à la conclusion I :**

II. C. \_\_\_\_\_ SA est éconduite de son instance en ce qu'elle a trait à A. \_\_\_\_\_ GmbH, pour la partie de la cause qui ne serait pas déjà rayée du rôle ou suspendue conformément à la conclusion I ci-dessus.

**Subsidiairement à la conclusion II :**

III. La cause ou partie de la cause opposant C. \_\_\_\_\_ SA à A. \_\_\_\_\_ GmbH qui ne serait pas rayée du rôle ou suspendue conformément aux conclusions I et II ci-dessus est suspendue, dans son entier ou pour les prétentions que justice dira, jusqu'à ce que le Landgericht de Dortmund ait statué de manière définitive sur les prétentions formulées par C. \_\_\_\_\_ SA contre A. \_\_\_\_\_ GmbH.

**IV. CONCLUSIONS DE B. \_\_\_\_\_ AG**

(...)

IV. C. \_\_\_\_\_ SA est éconduite de son instance en ce qu'elle a trait à B. \_\_\_\_\_ AG, dans son entier, subsidiairement pour les prétentions que justice dira.

**Subsidiairement à la conclusion IV :**

V. La cause ou partie de la cause opposant C. \_\_\_\_\_ SA à B. \_\_\_\_\_ AG qui ne serait pas rayée du rôle conformément à la conclusion IV ci-dessus est suspendue, dans son entier ou pour les prétentions que justice dira, jusqu'à ce que le Landgericht Dortmund ait statué de manière définitive sur les prétentions formulées par C. \_\_\_\_\_ SA contre A. \_\_\_\_\_ GmbH."

Par avis du 5 juin 2009, le Juge instructeur de la Cour civile a imparti à l'intimée C. \_\_\_\_\_ SA un délai au 29 juin 2009 pour faire la déclaration prévue par l'art. 148 du Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966 (ci-après CPC - RSV 2.7) ou indiquer les mesures d'instruction demandées et a signifié que la présente valait

interpellation au sens de l'art. 149 al. 4 CPC pour toutes les parties. Il a précisé que l'instruction au fond était suspendue jusqu'à droit connu sur la requête incidente.

**b)** Le 10 juin 2009, C.\_\_\_\_\_ SA a déposé une requête tendant à modifier et compléter la conclusion III de sa demande au fond du 29 septembre 2008.

A.\_\_\_\_\_GmbH et B.\_\_\_\_\_AG se sont déterminées par courrier du 23 juin 2009.

**c)** Par courrier du 29 juin 2009, l'intimée a conclu au rejet de la requête incidente en indiquant que l'audience pouvait être remplacée par un échange d'écritures unique, pour autant qu'elle puisse produire des pièces; à défaut, une audience devrait être tenue.

Par courrier daté du même jour, les requérantes A.\_\_\_\_\_GmbH et B.\_\_\_\_\_AG ont sollicité une prolongation de délai en indiquant qu'elles ne pouvaient en l'état se déterminer conformément à l'art. 149 al. 4 CPC faute de savoir si l'intimée s'opposait ou non à leur requête incidente.

Par courrier du 30 juin 2009, le Juge instructeur a accordé aux requérantes une prolongation de délai au 6 juillet 2009. Le 1<sup>er</sup> juillet 2009, les requérantes ont sollicité la fixation d'un nouveau délai de détermination ne commençant à courir qu'après réception des pièces de la partie adverse.

Par avis du 7 juillet 2009, le Juge instructeur a notamment signifié qu'en l'état du dossier, l'application de l'art. 149 al. 4 CPC se justifiait sans autre opération non prévue par le Code. Il a imparti aux requérantes un délai au 17 août 2009, respectivement aux intimées au 1<sup>er</sup> septembre 2009, pour produire un mémoire incident, en précisant qu'à l'échéance de ce dernier délai, il statuerait sans plus ample instruction en application de l'art. 149 al. 4 CPC.

Par courrier du 14 juillet 2009, les requérantes ont fait valoir qu'au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le droit d'être entendu, il n'était pas possible de clore l'échange d'écritures à réception du mémoire de l'intimée et qu'elles avaient le droit de se déterminer sur cette écriture, leurs déterminations devant être prises en compte par le Juge instructeur.

Le 18 août 2009, le Juge instructeur a accordé aux requérantes une prolongation de délai au 2 septembre 2009 pour déposer leur mémoire et a prolongé d'office au 16 septembre le délai imparti à l'intimée.

Le 24 août 2009, sur réquisition des requérantes se référant à leur demande de production de pièces formulée dans leur requête du 3 juin 2009, le Juge instructeur a ordonné la production par l'intimée de diverses pièces dans un délai échéant le 2 septembre 2009.

Le 2 septembre 2009, les requérantes ont déclaré se référer entièrement aux arguments de fait et de droit formulés dans leur requête du 3 juin 2009 et se sont réservé la possibilité de se déterminer sur le mémoire-réponse de l'intimée ainsi que sur les pièces qu'elle devait produire.

Par courrier du 14 septembre 2009, les requérantes ont notamment demandé le retranchement de la pièce 400 produite par l'intimée (consistant en une déclaration écrite de [...]) au motif qu'il s'agissait d'une forme de témoignage déguisé.

Par avis du 17 septembre 2009, le Juge instructeur a constaté que les mémoires ne pourraient être déposés qu'une fois les pièces requises produites, un délai au 24 septembre 2009 étant imparti à l'intimée pour ce faire. Il ajoutait que dès l'échéance de ce délai et la production complémentaire annoncée, il fixerait à nouveau des délais

successifs pour le dépôt de mémoire incident; en conséquence, son avis du 18 août 2009 n'avait plus d'objet.

Le 24 septembre 2009, l'intimée a produit des factures sous numéro de pièce 400 en sollicitant l'application de l'art. 183 al. 2 CPC.

Par avis du 29 septembre 2009, le Juge instructeur a indiqué qu'il faisait application de l'art. 183 al. 1 CPC s'agissant de la pièce 400, cette pièce étant soustraite à la consultation de la partie adverse en vue de la sauvegarde des secrets d'affaires.

Par courrier du 7 octobre 2009, les requérantes ont indiqué que les documents produits sous pièce 400 le 24 septembre 2009 ne répondaient aucunement à la réquisition de production, mais qu'elles ne s'opposaient pas à l'application de l'art. 183 al. 1 CPC aux factures produites par l'intimée.

Le 20 octobre 2009, le Juge instructeur a imparti aux parties de nouveaux délais pour produire un mémoire incident, échéant respectivement le 4 novembre 2009 pour les requérantes et le 19 novembre 2009 pour l'intimée, en précisant qu'à l'échéance, il statuerait sans plus ample instruction en application de l'art. 149 al. 4 CPC.

Par courrier du 4 novembre 2009, les requérantes se sont référées à leur requête incidente du 3 juin 2009 et ont précisé qu'elles entendaient exercer leur droit d'être entendues et déposer des déterminations sur les éventuels arguments de l'intimée.

Le 19 novembre 2009, l'intimée a déposé un mémoire incident concluant au rejet, avec suite de frais et dépens, de toutes les conclusions formulées par les requérantes au pied de leur requête du 3 juin 2009. Elle s'est de surcroît opposée à toute requête tendant à donner aux requérantes un second tour de parole.

Le 24 novembre 2009, les requérantes ont indiqué avoir pris connaissance des écritures déposées par l'intimée le 19 novembre 2009 et ont demandé au Juge instructeur de leur accorder un délai pour se déterminer sur celles-ci.

Le 25 novembre 2009, le Juge instructeur a adressé le courrier suivant aux parties : "(...)

A la suite du dépôt par l'intimée à l'incident de son mémoire, je considère que l'instruction de l'incident est close. En effet, la procédure incidente telle que prévue par l'article 149 CPC prévoit que, si l'audience est remplacée par un échange d'écritures, celui-ci est "unique" et à bref délai.

(...) Dans le cadre des mémoires incidents remplaçant l'audience et déposés par la suite, chaque partie a pu faire valoir ses moyens, soit être entendue. Le juge instructeur ne saurait agir contra legem en instaurant un nouvel échange d'écritures.

La décision incidente vous parviendra prochainement.

(...)"

Le 27 novembre 2009, les requérantes ont en substance écrit au Juge instructeur que leur courrier du 24 novembre 2009 constituait une requête d'autorisation de se déterminer, laquelle était conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral; le refus du Juge instructeur d'y donner suite constituait une violation flagrante du droit constitutionnel suisse. Elles l'invitaient dès lors à revenir sur sa décision et à leur impartir un délai pour répliquer.

Le Juge instructeur n'a pas réagi à ce courrier.

Par fax et courrier du 22 janvier 2010, les requérantes ont produit une pièce 324 consistant en un jugement partiel rendu le 16 décembre 2009 par le Landgericht Dortmund.

Par courrier du 29 janvier 2010, l'intimée a conclu à l'irrecevabilité de cette nouvelle écriture et de cette nouvelle pièce.

Les requérantes se sont déterminées sur la position de l'intimée par lettre du 1<sup>er</sup> février 2010.

Le 3 février 2010, l'intimée a indiqué qu'elle maintenait ses conclusions en retranchement de pièces produites tardivement.

Par courrier du 1<sup>er</sup> mars 2010, les requérantes ont produit sous pièce 325 la motivation du jugement partiel rendu en Allemagne le 16 décembre 2009, en indiquant que celui-ci confirmait les indications contenues dans leur requête du 3 juin 2009.

Par courrier du 2 mars 2010, l'intimée a confirmé derechef ses conclusions en retranchement des pièces produites tardivement et des dernières écritures "déposées hors délai". Tout en se référant à son mémoire incident du 19 novembre 2009, elle s'est déterminée "à titre très subsidiaire" sur la pièce 325, soit le jugement allemand du 16 décembre 2009. Elle a confirmé avec dépens les conclusions en rejet prises dans son mémoire incident.

Dans un courrier du 4 mars 2010, les requérantes ont maintenu que les pièces 324 et 325 étaient recevables et ont répondu à un argument soulevé par A. \_\_\_\_\_ GmbH à propos du jugement allemand.

### **En droit :**

**1. a)** A. \_\_\_\_\_ GmbH et B. \_\_\_\_\_ AG (ci-après : les requérantes) demandent le retranchement de la pièce 400 produite le 10 septembre 2009.

Il s'agit d'un courrier daté du 9 septembre 2009 émanant de [...], "product manager de la division papier" de C. \_\_\_\_\_ SA (ci-après : l'intimée), qui indique en préambule "confirme[r] sous la forme écrite les faits suivants (...)".

Selon l'art. 177 al. 1 CPC, sauf accord des parties, le juge doit s'opposer à la production de déclarations écrites faites pour tenir lieu de témoignage, en vue ou à l'occasion du procès, par des tiers qui peuvent être entendus comme témoins. En l'occurrence, la présente procédure est soumise à la forme incidente (infra let. b). La Chambre des recours a constaté que l'art. 177 CPC ne s'applique pas directement à la forme incidente et qu'il n'est pas exclu de prendre en compte un témoignage écrit (Crec., 5 juillet 2006, n° 400 ). Toutefois, ladite autorité n'a pas eu à définir plus précisément à quelles conditions un tel document serait recevable; dans l'affaire en cause, les déclarations se recoupaient en effet avec d'autres éléments du dossier. En procédure provisionnelle ou incidente, la Cour civile a pour pratique d'appliquer l'art. 177 CPC par analogie (en matière provisionnelle, cf. JI-Cciv., 11 juillet 2008, n° 105/2008; en matière incidente, cf. JI-Cciv., 15 décembre 2008, n° 180/2008; JI-Cciv., 3 septembre 2007, S. c. D. AG et crts). En l'occurrence, il n'y a pas de motif qui conduirait à s'écarter de cette pratique. Il apparaît qu'il eût été possible à l'intimée de requérir l'appointement d'une audience à bref délai pour obtenir l'audition de ce témoin (JI-Cciv., 1<sup>er</sup> 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.

**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<sup>er</sup> 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<sup>ème</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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.

**3.** Les requérantes soulèvent le déclinatoire.

**a)** A teneur de l'art. 56 CPC, intitulé "définition", le déclinatoire a lieu lorsque la cause est portée devant un juge incompétent pour en connaître d'après les règles qui déterminent le for et les attributions des autorités judiciaires.

En l'espèce, la compétence territoriale se détermine selon la Convention dite de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après CL - RS 0.275.11). En effet, l'intimée et demanderesse au fond est domiciliée en Suisse, tandis que les requérantes et défenderesses au fond sont sises en Allemagne. Les deux Etats sont signataires de la Convention de Lugano et la présente cause ne concerne pas un domaine exclu du champ d'application du traité (art. 1 al. 2 CL).

Selon l'art. 19 CL, le juge d'un Etat contractant, saisi à titre principal d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre Etat contractant est exclusivement compétente en vertu de l'art. 16, se déclare d'office incompétent.

A teneur de l'art. 20 al. 1 CL, lorsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant est attiré devant une juridiction d'un autre Etat contractant et ne comparaît pas, le juge se déclare d'office incompétent si sa compétence n'est pas fondée aux termes de la présente convention. Cette compétence peut en particulier résulter d'une prorogation de compétence convenue entre les parties (art. 17 CL) ou

d'une comparution devant le tribunal où le défendeur a été attiré (art. 18 CL).

**b)** Dans la mesure où la Convention de Lugano ne traite pas des questions de procédure, celle-ci est régie par la *lex fori* (Donzallaz, La convention de Lugano, vol. I, n. 1162 pp. 441 s. [cité ci-après Donzallaz, vol. I ou vol. III]).

Pour examiner sa compétence, le juge doit se placer au moment de l'ouverture de l'action. Selon le principe de la *perpetuatio fori*, applicable de manière générale en matière civile, le tribunal saisi demeure compétent même si les faits constitutifs de sa compétence changent par la suite (JI-Cciv., 24 décembre 2004, n° 04/2005; Donzallaz, vol. I, n. 1174 p. 446). Le juge doit qualifier l'action ouverte et établir si le type d'action auquel elle appartient se trouve dans la compétence du juge saisi; pour ce faire, il doit se fonder sur les faits allégués, les conclusions prises - le cas échéant selon l'interprétation qu'en donne la partie qui les formule - et les moyens invoqués, sans être lié par la cause juridique invoquée et sans examiner le bien-fondé de la demande (Crec., 14 décembre 2005, n° 807; Crec., 19 novembre 2004, n° 918; JT 2003 III 9 c. 3b).

La preuve du bien-fondé du déclinatoire appartient à la partie requérante, en application supplétive de l'article 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210) en procédure cantonale (Bonard, Les sanctions des règles de compétence, thèse Lausanne 1985, pp. 158 ss). Ainsi, si le doute subsiste sur les éléments de fait et sur leur qualification juridique, le déclinatoire doit être rejeté (JT 2005 III 79).

Selon une jurisprudence ancienne critiquée par la doctrine mais confirmée depuis lors, pour se prononcer sur le mérite du déclinatoire, le juge doit se fonder sur les éléments du dossier en l'état du procès, sans procéder à une instruction d'office (Crec., 8 avril 2008, n° 162/I; Crec., 28 novembre 2007, n° 589/I; JT 1995 III 34 c. 2a; critiques, Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 3 ad art. 59 CPC, qui plaident pour une instruction d'office même en cas de déclinatoire requis). Il faut toutefois

rappeler que la Chambre des recours a reconnu la similitude entre la procédure incidente du déclinatoire et la procédure sommaire des art. 346 ss CPC, dont l'art. 352 al. 2 in fine CPC impose une forme de maxime inquisitoire limitée (cf. supra c. Ib).

**c)** Dans le cas d'espèce, il y a lieu d'examiner la requête de déclinatoire à la lumière de la demande du 29 septembre 2008, à l'exclusion des conclusions prises dans la requête en modification de conclusions du 10 juin 2009. En effet, ces conclusions ont été déposées après la requête de déclinatoire et après que les parties eurent été avisées que l'instruction au fond était suspendue jusqu'à droit connu sur la requête incidente.

**d)** L'intimée fait valoir que la Cour civile est compétente en vertu de la prorogation de compétence prévue à l'art. VIb du contrat de licence conclu en 1960.

Bien que la Convention de Lugano soit entrée en vigueur postérieurement à cette prorogation de compétence, elle lui est applicable car l'intimée a ouvert action après l'entrée en vigueur du traité, survenue en 1992 pour la Suisse et en 1995 pour l'Allemagne (art. 54 CL; ATF 124 III 436 c. 4, JT 1999 I 333).

Selon l'art. 17 ch. 1 CL, si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat 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 Etat sont seuls compétents. Cette convention attributive de juridiction est conclue :

- a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit
- b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, soit
- c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir

connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce.

L'art. 17 ch. 3 CL précise que demeure sans effet la prorogation de for qui ne respecterait pas les compétences exclusives de l'article 16 CL ou les clauses de protection des la partie faible en matière d'assurance ou de contrats de consommateurs (art. 12 et 15 CL).

Si le contrat contenant la clause d'élection de juridiction fait l'objet d'une cession, les règles ordinaires sur la transmission des créances et des obligations conduisent à admettre le jeu de la clause au profit ou à l'encontre du cessionnaire (Gaudemet-Tallon, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, 2<sup>ème</sup> éd., pp. 97 s.; Dutoit, Guide pratique de la compétence des tribunaux et de l'exécution des jugement en Europe, n. 157; Bucher/Bonomi, Droit international privé, 2<sup>ème</sup> éd., n. 124).

**d)** En l'espèce, l'art. VIb du contrat de licence du 12 février 1960 prévoit que tout litige naissant de quelque clause que ce soit du contrat ou en rapport avec quelque clause que ce soit sera régi par le droit suisse et jugé par les tribunaux suisses.

Au moment de la signature de cette prorogation de for (Crec., 15 février 2006, n° 60), les parties étaient toutes deux sises dans des Etats contractants, soit respectivement en Suisse et en Allemagne; elles le sont du reste toujours. De même, les tribunaux élus sont dans un Etat contractant, soit en Suisse. Il n'est pas contesté que la prorogation de for corresponde à la volonté concordante des parties cocontractantes.

Les parties en cause ne sont pas les signataires du contrat de licence contenant la clause de prorogation de for. Un avenant au contrat du 17 août 1988 précise que [...] SA est désormais C.\_\_\_\_\_ SA. C.\_\_\_\_\_ SA et M.\_\_\_\_\_ GmbH ont signé une déclaration selon laquelle le contrat de licence de 1960 a passé à cette dernière avec effet au 1<sup>er</sup> avril 2003. La requérante A.\_\_\_\_\_ GmbH a ensuite succédé par fusion à M.\_\_\_\_\_ GmbH. Il faut ainsi admettre que la requérante A.\_\_\_\_\_ GmbH

et l'intimée sont liées par la prorogation de for insérée dans le contrat de 1960.

M. \_\_\_\_\_ GmbH a déclaré résilier le contrat de licence par courrier du 30 septembre 2005; l'intimée a admis que le contrat avait pris fin à tout le moins le 31 décembre 2006 (courrier du 21 mai 2007). Cela étant, la clause de prorogation de for incluse dans un contrat est une convention indépendante qui ne partage pas nécessairement le sort du contrat principal (Donzallaz, vol. III, n. 6522 p. 933). En l'absence d'indices contraires, il faut admettre que les parties entendaient soumettre au tribunal élu tous les litiges relatifs au contrat, y compris ceux nés après sa résiliation.

**e)** En matière d'élection de for, le Tribunal fédéral a jugé qu'une clause conçue en termes généraux pour s'appliquer à "tous les litiges afférents au contrat" dans lequel elle est insérée vise non seulement les prétentions fondées sur ce contrat, mais aussi les prétentions résultant d'actes illicites, quand ces actes constituent simultanément une violation du contrat ou qu'il existe une connexité entre ceux-là et l'objet de celui-ci. Le Tribunal fédéral a admis la connexité dans la mesure où les actes censément contraires à la LCD consistaient exclusivement dans le refus d'exécuter un contrat, dans l'exécution défectueuse de ce contrat, dans sa résiliation et dans la modification des conditions générales qui lui avaient été incorporées (TF 4C.142/2006 du 25 septembre 2006 c. 2).

En l'occurrence, dans sa demande du 29 septembre 2008, C. \_\_\_\_\_ SA conclut au paiement de 2 millions d'euros (I), à la remise du gain réalisé par les défenderesses avec les livraisons à [...] Turin SpA (II) et à l'interdiction de divers comportements (tels que reproduire, usiner, vendre ou disposer d'une quelconque manière) en relation avec toute pièce de l'Équipement, pour toute machine de la demanderesse, toutes pièces détachées, tous plans, tous moules etc., correspondant à des produits de la marque " [...]" et développés pour les machines de marque " [...]", respectivement de livrer à tout client de la demanderesse (III). A

l'appui de ses conclusions, la demanderesse allègue en substance les éléments suivants :

- Depuis 1997, les défenderesses ont pratiqué des prix surfaits en violation de la formule de calcul prévue par l'art. III du contrat de licence. La surfacturation n'est pas inférieure à trois millions d'euros. La demanderesse précise toutefois qu'à ce stade elle limitera ses prétentions.

- Les défenderesses ont causé à C.\_\_\_\_\_ SA un préjudice de l'ordre de 100'000 euros en laissant perdre ou en abandonnant des moules confiés à des fonderies qui ont fait faillite.

- Elles ont provoqué la rupture de ses relations avec son client [...], en échafaudant des manœuvres consistant à augmenter excessivement les prix, à retarder des livraisons urgentes et à prétexter une impossibilité de livrer, pour ensuite livrer directement à [...] des pièces détachées faisant partie de l'Équipement contractuel. C.\_\_\_\_\_ SA invoque à cet égard une violation de l'art. IVb du contrat et de ses droits exclusifs, ainsi que de la loi sur la concurrence déloyale. La perte nette subie pour la rupture des relations n'est pas inférieure à 3,5 millions d'euros. Par ailleurs, en livrant directement à ce client, les défenderesses réalisent un gain annuel net d'au moins 350'000 euros.

- Les défenderesses bloquent un stock de pièces détachées entreposées en Allemagne ainsi qu'une machine qui appartiennent à la demanderesse. Une importante commande d'un client chinois portant sur plus de 600'000 euros de machines n'a pu être confirmée, les défenderesses empêchant la demanderesse de poursuivre sa production et de récupérer les composants de son savoir-faire. Elles refusent en outre de confirmer la livraison d'une machine commandée pour une cliente de la demanderesse en Allemagne, tentant de s'approprier cette cliente. C.\_\_\_\_\_ SA a également une importante clientèle en Suisse. Elle est exposée à ne plus pouvoir fournir ses clients en Suisse et à l'étranger.

La demanderesse reproche ainsi essentiellement aux défenderesses de pratiquer des prix surfaits et de s'être approprié, respectivement de chercher à s'approprier sa clientèle, par diverses manœuvres telles que l'augmentation des prix, le refus de livrer la

marchandise commandée et le refus de lui laisser récupérer ses moyens de production.

L'action n'entre manifestement pas dans les cas de compétence exclusive prévus par l'art. 16 CL, ni dans les prévisions des art. 12 et 15 CL. Elle se fonde sur la violation d'obligations trouvant leur source dans le contrat de licence, soit en particulier la violation de l'obligation d'être en mesure de livrer au moment et dans la mesure demandée par le donneur de licence (art. IVd), de l'obligation de livrer en exclusivité au donneur de licence, de l'interdiction d'utiliser à son propre profit le savoir-faire transmis et de l'obligation de non-concurrence prévues aux art. IIIb, IIIe et IVb. Sont également en cause les dispositions contractuelles quant au mode de fixation des prix (art. IIIe) et quant à l'obligation de préserver le savoir-faire de toute perte ou dommage (art. IVh). Ayant trait à des obligations trouvant leur source dans le contrat de licence, le litige entre donc dans la compétence des tribunaux suisses désignés par les parties au contrat, et relève du droit suisse compte tenu de l'élection opérée par les parties (art. 116 al. 1 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [LDIP - RS 291], disposition qui trouve application dans la mesure où le contrat et les prestations ici en cause déploient leurs effets après l'entrée en vigueur de la LDIP [art. 196 al. 2 LDIP ; ATF 134 III 224 c. 3.2.1]).

La demanderesse invoque également des actes illicites, de concurrence déloyale; dans la mesure où ces comportements sont en même temps constitutifs de violations contractuelles et ont ainsi une connexité suffisante avec le contrat de 1960, ils entrent également dans la compétence des tribunaux élus. Au demeurant, la compétence des tribunaux suisses est également donnée en vertu de l'art. 5 ch. 3 CL (cf. infra let. h).

**f)** La clause de prorogation de for désigne "les tribunaux suisses", sans plus autre précision.

**f1)** La doctrine considère que les parties peuvent se contenter de se référer à la compétence générale des tribunaux de tel ou tel Etat contractant, au lieu de désigner un tribunal déterminé spécialement compétent; il appartient alors à chaque Etat d'offrir une solution permettant de donner effet à une telle convention (Bucher, Droit international privé suisse, tome I/1, n. 176; Gaudemet-Tallon, op. cit., n. 112 p. 81 et n. 133 p. 94; Donzallaz, vol. III, nn. 6693 et 6697 ss pp. 998 ss; Dutoit, op. cit., n. 162). Pour une partie de la doctrine, lorsque seule la compétence internationale est ainsi arrêtée, c'est la LDIP qui remplit cet office en désignant le for suisse (Donzallaz, vol. III, n. 6698 p. 1000 et réf. citées).

Selon l'art. 112 LDIP, les tribunaux suisses du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur sont compétents pour connaître des litiges découlant d'un contrat. Aux termes de l'art. 113 LDIP, lorsque le défendeur n'a ni domicile ou résidence habituelle, ni établissement en Suisse, mais que la prestation litigieuse doit être exécutée en Suisse, l'action peut être portée devant le tribunal suisse du lieu d'exécution de cette prestation. La jurisprudence a précisé qu'est déterminante l'obligation contractuelle sur laquelle le demandeur fonde son action; ainsi, lorsqu'il réclame des dommages-intérêts, il faut se baser sur l'obligation contractuelle dont l'inexécution est invoquée pour fonder la prétention litigieuse (ATF 135 III 556 c. 3.1; dans ce sens également à propos de l'art. 5 ch. 1 CL : Oberhammer, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, n. 27 ad art. 5 CL). Est déterminant le lieu d'exécution convenu dans le contrat; à défaut, la doctrine divisée suggère de se référer à la *lex causae* ou à la *lex fori*, à savoir en Suisse l'art. 74 CO (ATF 129 III 738 c. 3.4 qui n'a pas eu à trancher la controverse).

Lorsque le droit national ne désigne pas de for pour le type de litige en cause, la doctrine majoritaire est d'avis qu'il faut laisser au demandeur le libre choix d'un tribunal dans l'Etat désigné par la clause, pourvu que cette option soit exercée de bonne foi, le demandeur ne pouvant notamment s'adresser à une juridiction hors de l'atteinte légitime

des parties (Donzallaz, vol. III, nn. 6700 à 6703 pp. 1000 ss; Bucher, op. cit., n. 177; Gaudemet-Tallon, op. cit., n. 133 p. 94).

**f2)** En l'espèce, les requérantes et défenderesses au fond sont domiciliées en Allemagne, de sorte que le for de l'art. 112 LDIP n'apporte pas de solution. Le contrat ne règle pas la question du lieu d'exécution des obligations. Le droit suisse, plus précisément l'art. 74 CO, est applicable en tant que *lex causae* voire *lex fori*. Les obligations litigieuses énumérées ci-dessus (let. e) ne permettent pas de localiser un lieu d'exécution en Suisse. L'intimée, demanderesse au fond, disposait ainsi du libre choix d'un tribunal en Suisse, pour autant que ce choix soit conforme à la bonne foi. En l'occurrence, elle a intenté l'action au for de son siège, devant l'autorité compétente pour les causes patrimoniales d'une valeur supérieure à 100'000 fr. (art. 74 al. 2 de la loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 [LOJV – RSV 173.01]). Il faut admettre qu'un tel choix est conforme au principe de la bonne foi.

**g)** Les requérantes font valoir qu'en procédant en Allemagne, les parties ont conclu une nouvelle prorogation de for tacite et que l'intimée a renoncé par actes concluants à la clause de prorogation de for prévue par le contrat de licence.

**g1)** Les procédures allemandes évoquées sous ch. 7b, c et d ci-dessus sont des procédures provisionnelles. Or le fait de désigner conventionnellement un tribunal pour connaître d'un litige ne fait nullement obstacle à la possibilité de saisir une autre autorité en matière provisionnelle, vu l'indépendance des mesures provisionnelles consacrée par l'art. 24 CL (Donzallaz, vol. I, nn. 1650, 1651 et 1653 pp. 624 s.).

La question se pose ainsi uniquement pour la procédure évoquée sous ch. 7a.

**g2)** L'art. 18 CL dispose qu'outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions de la présente convention, le juge d'un Etat contractant devant lequel le défendeur comparaît est compétent. Cette

règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'art. 16.

L'*Einlassungsprinzip* (principe de l'acceptation tacite de compétence) ancré à l'art. 18 CL signifie que le défendeur ne peut plus contester la compétence du juge saisi du litige lorsqu'il est entré en matière sur le fond sans soulever l'exception d'incompétence (TF 5C.110/2002 du 4 juillet 2002 c. 2.2).

Cette règle confère au défendeur un droit formateur de nature procédurale susceptible de fonder la compétence d'un tribunal qui, à défaut, serait précisément incompétent (Donzallaz, vol. III, n. 7095 p. 1152); la compétence du tribunal saisi est ainsi prorogée en vertu d'un contrat tacite entre les deux parties, le juge ne pouvant relever d'office son incompétence originaire (Gaudemet-Tallon, op. cit., pp. 100-101). En d'autres termes, l'entrée en matière sans réserve sur le fond crée un nouveau cas de compétence fondé sur l'art. 18 CL. Cette prorogation tacite (ATF 122 III 298 c. 4) a les mêmes effets qu'une prorogation de compétence fondée sur l'art. 17 CL. L'art. 18 CL est applicable quand bien même les parties auraient convenu d'une élection de for conformément à l'art. 17 CL. Ce dernier ne donne pas force contraignante aux conventions attributives de juridiction, les parties étant libres de modifier ultérieurement leur choix (Donzallaz, vol. III, n. 6498 p. 919).

**g3)** Il convient d'évoquer au préalable les caractéristiques de la procédure décrite sous chiffre 7a ci-dessus.

Selon le code de procédure civile allemand (Zivilprozessordnung, ci-après : ZPO), à la demande du requérant, une injonction de payer (Mahnbescheid) peut être émise pour une prétention ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent déterminée en euro (§ 688 al. 1 ZPO). La procédure relève des "Amtsgerichten" (§ 689 ZPO). La requête (Mahntrag) doit notamment indiquer les parties et la prétention, en spécifiant la prestation exigée; elle doit aussi indiquer le tribunal

compétent pour la procédure contentieuse (streitiges Verfahren) (§ 690 al. 1 ch. 3 et 5 ZPO). L'injonction de payer doit notamment préciser que le tribunal n'a pas examiné si le requérant a droit à la prétention invoquée (§ 692 al. 1 ch. 2 ZPO). Elle est notifiée à l'intimé (§ 693 al. 1 ZPO), lequel peut faire une opposition écrite contre tout ou partie de la prétention (§ 694 al. 1 ZPO).

La "Mahnverfahren" tend à la délivrance d'une ordonnance d'exécution, sur la base de laquelle le requérant peut demander l'exécution forcée si l'intimé n'a pas formé d'opposition (§ 692 al. 1 ch. 4 ZPO). Selon la doctrine, la prétention invoquée fait l'objet d'une description sommaire; son individualisation est à la fois nécessaire et suffisante. La description doit pouvoir servir de base adéquate au titre d'exécution. La "Mahnverfahren" a pour effet d'interrompre la prescription pour la prétention invoquée (§ 204 al. 1 ch. 3 BGB; Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, 3<sup>ème</sup> 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; Zöllner, Zivilprozessordnung, 26<sup>ème</sup> 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 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 (Erfolgort). 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 médiate, 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 déroulé 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.

**i1)** Selon l'art. 6 ch. 1 CL, le défendeur domicilié dans un Etat contractant peut être attiré dans un autre Etat contractant, pour autant qu'un codéfendeur y soit domicilié. Alors que l'art. 7 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<sup>ème</sup> 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 certains 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, attrayant 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'importent 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/Reichold/Hüsstege, Zivilprozessordnung, Kommentar, 27<sup>ème</sup> 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<sup>ème</sup> 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<sup>ème</sup> 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 rétention, 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 rétention 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