CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. FRANCESCO CAPOTORTI, PRÉSENTÉES LE 17 NOVEMBRE 1976 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Dans la présente affaire, la Cour est appelée à résoudre un problème d'interprétation de l'article 17 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Il s'agit, qu'il nous soit permis de le rappeler, de l'article relatif à la prorogation de compétence. Cette disposition vise l'hypothèse dans laquelle «les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État contractant, ont désigné un tribunal ou les tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé», et elle reconnaît compétence exclusive au tribunal ou aux tribunaux ainsi désignés, dès lors que l'accord des parties revêt la forme d'une «convention écrite» ou d'une «convention verbale confirmée par écrit». C'est précisément sur la portée de cette condition de forme que portent les questions préjudicielles qui vous sont soumises par le Bundesgerichtshof de la république fédérale d'Allemagne.

Les parties au procès principal, la société allemande RÜWA, en qualité de vendeur, et la société italienne Estasis Salotti, en qualité d'acquéreur, ont stipulé à Milan, le 31 octobre 1969, un contrat de vente qu'elles ont consigné sur du papier commercial à l'en-tête du vendeur et au verso duquel étaient imprimées les conditions générales établies à l'avance par celui-ci. Le texte du contrat ne faisait aucune référence ni renvoi à ces conditions. Il était dit que l'acquéreur commandait au vendeur les «machines offertes conformément à votre lettre du 18 septembre accompagnait sept offres de vente datées du 11 septembre, chacune de celles-ci se référant aux conditions générales de vente imprimées à son verso, tandis que la lettre ne contenait aucune référence de ce genre.

L'acquéreur ayant refusé par la suite de prendre livraison des machines, le vendeur l'a attrait devant le tribunal allemand indiqué dans la clause attributive de compétence contenue dans ces conditions générales. Ce tribunal faisant application des articles 1341 et 1342 du Code civil italien (dispositions aux termes desquelles les clauses imprimées attributives de compétence doivent être confirmées expressément par écrit) a accueilli l'exception d'incompétence soulevée par l'acquéreur. Le juge de l'appel, en revanche, estimant devoir se baser sur l'article 38 du Code de procédure civile allemand pour établir la validité de la prorogation de compétence invoquée par le vendeur, a admis la compétence de la juridiction allemande.

Saisi en cassation, le Bundesgerichtshof, se conformant à l'article 3 du protocole du 3 juin 1971 sur l'interprétation de la convention du 27 septembre 1968, a déféré à la Cour, à titre préjudiciel, les questions suivantes:

1. Est-il satisfait à l'exigence de forme écrite prévue à l'article 17, alinéa 1, de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, lorsqu'une clause attributive de juridiction est contenue dans les conditions générales de vente imprimées au verso d'un contrat signé par les deux parties?
2. Est-il en particulier satisfait à l'exigence de forme écrite prévue à l'ar-

1 — Traduit de l'italien.

ticle 17, alinéa 1, de la convention, lorsque dans le texte du contrat les parties se réfèrent explicitement à une lettre d'offre antérieure, qui renvoyait aux conditions générales de vente annexées à cette dernière et contenant une clause attributive de juridiction?»

2. Le problème général du choix entre une interprétation autonome des normes juridiques de la convention et un renvoi au droit matériel applicable selon le droit international privé du for, que vous avez mis en lumière dans votre arrêt Industrie Tessili-Dunlop, se pose de nouveau dans la présente affaire. Incontestablement, la forme n'est qu'un des aspects de la convention privée qui vise à proroger la compétence, et l'évidence du lien unissant les divers aspects de cet accord apparaît avec encore plus de netteté lorsque la prorogation de compétence fait seulement l'objet d'une clause insérée dans un contexte formé de clauses contractuelles se rapportant à des problèmes de fond. C'est la raison pour laquelle, sur le plan du droit interne, certains auteurs ont estimé que la forme de l'accord ou de la clause de prorogation de compétence doit être déterminée en tenant compte de la norme juridique de droit international privé relative à la forme des contrats (laquelle suit le principe «locus regit actum» dans la majeure partie des États). Cette façon de penser peut-elle influer sur le problème d'interprétation qu'il s'agit de résoudre ici?

Notre réponse est négative, et cela pour deux motifs. En premier lieu, nous croyons qu'en réglant les conditions que doivent remplir la clause ou la convention de prorogation de compétence afin de produire l'effet voulu par les parties, l'article 17 de la convention reste attaché à la fonction procédurale propre de la convention de Bruxelles et ne préjuge en aucune manière ni de certains problèmes de fond inhérents à cette manifestation de volonté (capacité pour agir, vices éventuels du consentement), ni du problème de la forme à respecter par le contexte contractuel dont la clause fait partie. Autrement dit, l'article 17 se limite à établir les conditions requises pour que puisse se produire l'effet procédural consistant en la prorogation de compétence. En second lieu, l'importance de l'uniformité de traitement dans tous les États contractants des sujets de droit privé entre lesquels sont conclues des conventions de prorogation de compétence tombe sous le sens; cette exigence serait méconnue en cas de renvoi à l'un ou l'autre droit matériel applicable à la forme des actes selon le droit international privé de chaque État membre. Par conséquent, l'article 17 de la convention de Bruxelles doit être interprété de manière autonome par rapport aux ordres juridiques nationaux.

3. La formulation de l'article 17 de la convention de Bruxelles est assez semblable à celle de l'article 3, n° 2, de la convention germano-belge du 30 juin 1958, entrée en vigueur le 27 janvier 1961, disposition inspirée à son tour de la règle de l'article 2 de la convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels.

Comme le note le rapport Jenard relatif à la convention de Bruxelles, l'exigence de la forme écrite vise à garantir la sécurité des rapports juridiques, ce qui veut dire qu'il faut une preuve sûre de l'existence d'une volonté commune des parties sur la clause établissant le for compétent, de manière à éviter ces incertitudes et disparités de jugement sur l'existence et les termes de l'accord en question, qui auraient été possibles si le critère d'une pleine liberté de la forme avait été retenu.

Toujours selon le rapport Jenard, la disposition de l'article 17 devrait permettre de protéger ces exigences sans tomber dans un formalisme excessif susceptible d'entraver les usages commerciaux. Les auteurs de la convention ont en fait cherché à protéger l'intérêt que peut avoir le commerce à la fluidité et à la flexibilité

des formes juridiques, surtout là où ils ont admis que les parties contractantes peuvent validement s'accorder sur la prorogation de compétences, même au moyen d'une clause verbale, pourvu que celle-ci soit «confirmée par écrit». Le mécanisme de la confirmation n'est pas clairement précisé et peut donner lieu à certaines difficultés d'interprétation, spécialement là où la confirmation vient d'une seule des parties; mais il s'agit là d'une question qui dépasse le cadre de la présente affaire. Nous aurons l'occasion de revenir sur cet argument dans les conclusions relatives à l'affaire 25-76.

Le problème central que soulève la présente affaire est d'un autre ordre; il s'agit du problème des clauses de prorogation de compétence, stipulées à l'avance par écrit par une des parties contractantes dans son propre intérêt et qui sont généralement déjà imprimées sur les formulaires utilisés pour les contrats ou pour les offres de contrat. On sait que certains ordres juridiques nationaux, face au risque que ces clauses soient acceptées par la partie qui ne les a pas établies à l'avance sans que celle-ci ne se rende bien compte de la portée de l'engagement qu'elles impliquent, prescrivent des conditions de forme pour ainsi dire plus strictes: c'est-à-dire non seulement la forme écrite — qui est manifestement respectée quand la clause est établie à l'avance et, en particulier, lorsqu'elle est imprimée — mais encore l'acceptation expresse par écrit. La convention de Bruxelles ne contient pas de disposition de ce genre et même la réserve exprimée par le Luxembourg, qui exige une acceptation expresse et spéciale pour que la convention attributive de juridiction produise ses effets à l'égard de personnes domiciliées dans cet État (article 1, deuxième alinéa, du protocole annexé à la convention), démontre qu'en règle générale, l'approbation spéciale par écrit va au-delà de ce qui est prévu par l'article 17, cela est dû probablement toujours au souci de ne pas entraver les usages commerciaux en imposant des conditions de forme qui pourraient paraître trop rigides. Mais, lorsqu'il cite le rapport qui accompagnait la convention germano-belge de 1958, le rapport Jenard fait état d'une préoccupation assez significative à cet égard en affirmant qu'il s'agit de «neutraliser les effets des clauses qui risquent de passer inaperçues dans les contrats». Et d'ajouter: «C'est pourquoi ces clauses ne seront prises en considération que si elles font l'objet d'une convention, ce qui suppose un échange de consentement entre les parties. Seront donc sans effet les stipulations qui figurent sur les imprimés servant à la correspondance ou à l'établissement des factures et qui n'auraient pas été acceptées par la partie à laquelle elles sont opposées».

Il n'y a pas de doute que, lorsqu'ils parlent de «clauses qui risquent de passer inaperçues», les passages cités ci-dessus se réfèrent implicitement aux clauses établies à l'avance par une des parties.

L'idée qui apparaît du rapport Jenard peut se traduire à notre avis en ces termes: même si la partie contractante qui n'a pas contribué à rédiger la clause à l'avance a la possibilité d'en prendre connaissance (par exemple, en lisant ce qui est imprimé au verso du formulaire), cela n'est pas suffisant; il faut prouver le consensus, la volonté comune des parties qui est évidemment plus que la simple connaissance ou la possibilité de connaissances des clauses qu'une partie a établie à l'avance à son propre avantage. Nous croyons que cette idée est parfaitement pertinente: non seulement elle correspond au principe général de la protection du contractant le plus faible, de laquelle s'inspire également l'article 17, mais elle touche aussi à ce point limite où le non-respect d'une exigence formelle peut signifier l'absence totale de consentement.

En pratique, ce risque existe principalement dans les cas où les clauses établies à l'avance ont été écrites en dehors du texte du contrat (nous avons déjà donné l'exemple, qui coïncide d'ailleurs avec le cas de l'espèce, de clauses imprimées au verso de la feuille sur laquelle est couché

le contrat). Dans une hypothèse de ce genre, le contrat pourrait contenir un renvoi aux clauses en question, mais l'emploi de cette technique de renvoi fait surgir quelques difficultés supplémentaires. Sans prétendre présenter ici une casuistique exhaustive des manières suivant lesquelles le renvoi peut être formulé, nous nous limiterons à dire que celui-ci doit être suffisamment précis, de façon à faire raisonnablement présumer que la partie à laquelle est opposée la prorogation de compétence ait accepté celle-ci.

En définitive, dans les cas où la clause de prorogation de compétence a été établie à l'avance et, en particulier, lorsque celle-ci figure dans les conditions générales de vente, le rôle de garantie du consentement que joue la forme écrite requise par l'article 17 impose une vérification rigoureuse de consentement de l'acquéreur à la prorogation de compétence. Cette rigueur se justifie par la gravité que revêt sur le plan international le fait de soustraire une des parties au contrat à son juge naturel, tel qu'il est indiqué aux articles 2 et 5 de la convention de Bruxelles.

4. Examinons maintenant les deux questions posées par le Bundesgerichtshof à la lumière des concepts généraux exposés jusqu'ici.

En ce qui concerne la première question, nous ferons observer que, lorsque la clause de prorogation de compétence figure parmi les conditions générales de vente imprimées au verso de la feuille sur laquelle est couché le texte du contrat, il faut qu'il y ait une référence claire à cette clause, ou à tout le moins aux conditions générales de vente, dans le corps même de l'acte au bas duquel figure la signature de l'acquéreur, afin d'éviter que celui-ci se voie opposer la clause sans avoir eu conscience de son existence au moment de la stipulation du contrat et en vue d'assurer par conséquent que l'accord s'est formé sur cette prorogation. La simple circonstance qu'un contrat a été mis par écrit sur un formulaire au verso duquel se trouvent imprimées les conditions générales établies à l'avance par le vendeur, au nombre desquelles figure également la clause de prorogation de compétence, ne suffit pas à prouver que l'acquéreur a eu effectivement connaissance de la clause de prorogation ou qu'il a eu l'intention de l'accepter au cas où il apparaîtrait par ailleurs qu'il en a eu connaissance.

Compte tenu dès lors du fait que la forme écrite imposée par l'article 17 de la convention de Bruxelles sert surtout à garantir la réalité de l'accord sur la prorogation de compétence, la disposition contenue dans cet article ne peut être considérée comme étant respectée dans le cas considéré ci-dessus. Conclure différemment serait mettre en péril ce critère de sécurité des rapports juridiques qui a déterminé l'adoption de la règle en question. Il ne nous paraît pas que ce soit faire preuve d'un formalisme excessif que d'exiger un renvoi clair et explicite, sinon spécifiquement à la clause de prorogation, du moins aux conditions générales au nombre desquelles celle-ci figure.

5. La seconde question se rapporte à une hypothèse plus complexe: celle dans laquelle les parties font référence expresse à une lettre d'offre antérieure qui renvoyait aux conditions générales, annexées à celle-ci, lesquelles contenaient à leur tour la clause relative à la compétence judiciaire.

On ne saurait ni exclure ni admettre de manière absolue qu'un renvoi indirect à une clause de prorogation remplit les conditions de l'article 17. Il convient de vérifier dans chaque cas particulier si le renvoi a été fait en termes suffisamment clairs, de façon à satisfaire objectivement à cette exigence de certitude que la norme juridique considérée vise à protéger.

Pour répondre adéquatement à la question du Bundesgerichtshof, il faudra donc considérer de plus près l'hypothèse par rapport à laquelle la question a été posée.

La lettre du 18 septembre 1969 qui accompagnait les sept propositions de

vente, à laquelle se réfère le contrat du 31 octobre suivant, ne faisait en réalité aucune mention des conditions générales de vente qui figuraient au verso de chacune des offres, mais se référait tout simplement à ces offres, lesquelles à leur tour renvoyaient aux conditions de vente imprimées au verso de chacune d'elles. A partir du contrat, nous nous trouvons donc en présence d'une chaîne de trois renvois: du contrat à la lettre, de cette dernière aux offres de vente, de chacune de ces offres aux conditions générales de vente. Et il ne faut pas oublier que la clause de prorogation n'était qu'une des conditions générales et n'était donc pas particulièrement mise en évidence.

Pourra-t-on considérer qu'un renvoi aussi indirect suffit pour que soient remplies les conditions de forme prévues par l'article 17, alinéa 1?

Si ce point devait être tranché en application du droit interne des États signataires de la convention de Bruxelles, la solution pourrait varier selon l'ordre juridique national auquel on se reporte. Il ne fait pas de doute que la prorogation n'aurait pas été effectuée validement selon le droit italien, puisqu'aux termes de l'article 1341 du Code civil, les conditions générales établies à l'avance dans un contrat par un des contractants ne sauraient produire effet à l'égard de l'autre contractant si celui-ci ne les a pas expressément approuvées par écrit. En droit français, la solution serait probablement la même que celle qui a été retenue en droit italien. L'article 48 du nouveau Code de procédure civile, entré en vigueur le 1er janvier 1976, prévoit en effet que toute clause dérogeant aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite, à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes qui ont toutes stipulé en qualité de commerçant et qu'elle ait été spécifiée «*de façon très apparente* dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée».

En droit allemand, la solution pourrait, en revanche, être favorable à l'opposabilité de la clause de prorogation, en application du paragraphe 38 du Code de procédure civile tel qu'il a été interprété en l'espèce par l'Oberlandesgericht de Cologne, dont le jugement est contesté devant la juridiction qui nous a déféré les présentes questions.

Nous laisserons de côté la question telle qu'elle peut se poser lorsqu'un contrat de vente s'insère dans le contexte de rapports commerciaux continus entre deux entreprises, dans le cadre desquels l'emploi de la clause de prorogation de compétence est usuel: cela ne semble, en effet, pas être le cas en l'espèce. A notre avis, il faut considérer comme insuffisante, au regard des conditions de forme requises par l'article 17, alinéa 1, de la convention de Bruxelles, une technique de renvoi aussi complexe et de nature aussi largement indirecte que celle qui résulte de l'hypothèse par rapport à laquelle le Bundesgerichtshof a posé les questions à l'examen. Elle ne pourrait pas satisfaire en effet à l'exigence de certitude du prétendu accord entre la partie qui a établi à l'avance les conditions générales et celle à laquelle est opposée la clause de prorogation de compétence.

6. Nous concluons par conséquent en proposant à la Cour de répondre aux deux questions qui lui ont été déférées par le Bundesgerichtshof en ce sens que:

a) il n'est pas satisfait à l'exigence de la forme écrite exprimée par l'article 17, alinéa 1, de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, lorsque la clause de prorogation de compétence figure parmi les

conditions imprimées au verso du contrat signé par les deux parties, sans qu'il y ait un clair renvoi à ces conditions dans le corps même du contrat;

b) il n'est pas non plus satisfait aux conditions de l'article 17 lorsqu'un contrat contient renvoi à un précédent document qui, sans indiquer lui-même le texte des conditions de vente au nombre desquelles figure la clause d'attribution de compétence et sans non plus se référer à cette dernière, se limite à son tour à renvoyer à un autre document, lequel contient un renvoi aux conditions de vente figurant à son verso.